



# Mandantenrundschriften 12/2007

Sehr geehrte Damen und Herren,

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

Bitte lesen Sie im Einzelnen.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Doris Holzinger  
Steuerberaterin

Steuerkanzlei  
Doris Holzinger-Bachhuber  
Rheinstr. 7  
80803 München  
Tel. 089/38849843  
Fax 089/38849845  
[steuerkanzlei@holzinger-bachhuber.de](mailto:steuerkanzlei@holzinger-bachhuber.de)  
[www.holzinger-bachhuber.de](http://www.holzinger-bachhuber.de)



## **Inhalt**

### **Privatbereich**

1. Betriebskonzept zur Vermeidung von Liebhaberei
2. Diätkosten auch als Ersatz medikamentöser Behandlung nicht abzugsfähig
3. Einkunftserzielungsabsicht bei Vermietung ohne Finanzierungskonzept
4. Veräußerung von Bonusaktien
5. Riester-Rente – Zulageberechtigung bei nicht gesetzlich versichertem Ehepartner
6. Formalismus auch zugunsten des Steuerpflichtigen?
7. Schenkungsteuer: Finanzamt muss Verjährungsfristen beachten
8. Pfändbarkeit von Kapitallebensversicherungen
9. Italienische Erbschaftsteuer anrechenbar
10. Unwissende Ehepartner und gemeinsames Konto
11. Gestaltungsmissbrauch bei Spekulationsgeschäften?
12. Nachweispflichten bei Option durch den Vermieter
13. Umsatzsteuerbefreiung für Lehrer

### **Unternehmer und Freiberufler**

1. Referentenentwurf zur Erbschaftsteuerreform veröffentlicht
2. Streit um Pendlerpauschale und Auswirkung für das Lohnbüro
3. Links auf Homepage auch gegen den Willen des Betreibers möglich
4. Das „Vertreterrecht“ eines Handelsvertreters ist nach individuellen Verhältnissen abzuschreiben
5. Bundesrat stimmt dem Gesetz über die Anerkennung von Berufsqualifikationen der Heilberufe zu
6. Unechter Mitgliedsbeitrag und Mindestbemessungsgrundlage
7. Keine Umsatzsteuerpauschalierung bei Veräußerung zugekaufter landwirtschaftlicher Produkte und sog. Handelswaren
8. Vergleich im Kündigungsschutzprozess rechtfertigt keine Sperrzeit beim Arbeitslosengeld
9. Zwangsversetzung in den Ruhestand bei Erreichen der Regelaltersrente keine Altersdiskriminierung
10. Golfclub muss Darlehen an ausscheidende Mitglieder zurückzahlen
11. Landwirtschaftliche Mitunternehmerschaft bei stiller Beteiligung
12. Aufwand für Kanzleijubiläum oder runden Geburtstag?
13. Dauerdefizitäre kommunale Bäder-GmbH führt zu verdeckter Gewinnausschüttung
14. Notare und die steuerrechtlichen Folgen des beurkundeten Geschäfts
15. Ärztliche Gutachten – steuerfrei oder steuerpflichtig?
16. Steuersparpotenzial durch Umsatzsteuervorauszahlungen
17. Erhöht die Grunderwerbsteuer die Umsatzsteuer?



**GmbH-Gesellschafter/-Geschäftsführer**

1. Zusammenhang von Bilanzänderung und Bilanzberichtigung
2. Befristeter Arbeitsvertrag nach Ausbildungsverhältnis nur einmal zulässig
3. Fehlende Verzinsung berührt Wirksamkeit der Organschaft nicht
4. Aufhebungsverträge führen in vielen Fällen nicht mehr zu Einbußen beim Arbeitslosengeld
5. Zum Betriebsübergang bei Insolvenz
6. Haftung des Arbeitgebers für „Mobbing“ durch Mitarbeiter
7. Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes auf Schuldbeitritt des Geschäftsführers
8. Nachweis einer innergemeinschaftlichen Lieferung: EuGH vs. Finanzverwaltung



**Privatbereich**

**1. Betriebskonzept zur Vermeidung von Liebhaberei**

**Kernproblem**

Bei der Neugründung von Unternehmen werden vielfach zunächst Verluste erwirtschaftet. Diese Verluste werden steuerlich anerkannt, wenn insgesamt eine Gewinnerzielungsabsicht gegeben ist. Hieran fehlt es jedoch, wenn die verlustbringende Tätigkeit nur aus persönlichen Gründen und Neigungen ausgeübt wird; Liebhaberei ist steuerlich unbeachtlich.

**Sachverhalt**

Als Nebenerwerbsquelle hat ein Steuerpflichtiger einen Buchverlag gegründet. Dieser veröffentlichte über einen Zeitraum von 5 Jahren 3 in sich abgeschlossene Romane. Die daraus resultierenden Verluste hat das Finanzamt wegen Liebhaberei nicht anerkannt.

**Entscheidung**

Nach herrschender Rechtsprechung erfordert die Gewinnerzielungsabsicht das Streben nach einer Betriebsvermögensmehrung in Gestalt eines Totalgewinns. An einer Gewinnerzielungsabsicht fehlt es jedoch bei Anlaufverlusten dann, wenn der Steuerpflichtige zu Beginn seiner Tätigkeit kein schlüssiges Betriebskonzept erstellt hat. Ein solches Betriebskonzept hätte den Steuerpflichtigen zu der Annahme veranlassen können, durch die gewerbliche Tätigkeit insgesamt einen Totalgewinn zu erzielen.

Liegt ein schlüssiges Betriebskonzept jedoch vor, sind größere Korrektur- und Umstrukturierungsmaßnahmen innerhalb von 5 Jahren nur in Ausnahmefällen notwendig.

**Konsequenz**

Der Bundesfinanzhof hat eine (wichtige) Selbstverständlichkeit verdeutlicht: Bevor eine Tätigkeit aufgenommen wird, ist ein schlüssiges Betriebskonzept zu erstellen. Der Steuerpflichtige hat sich zu vergegenwärtigen, ob mit der angestrebten Tätigkeit „Geld verdient“ werden kann oder nicht. Insofern ist die Entscheidung des Bundesfinanzhofs – zum Eigenschutz des Steuerpflichtigen – zu begrüßen. Ist das beabsichtigte Konzept schlüssig, hat das Finanzamt Anlaufverluste auch für einen längeren Zeitraum als 3 bis 5 Jahre anzuerkennen.

**2. Diätkosten auch als Ersatz medikamentöser Behandlung nicht abzugsfähig**

**Kernproblem**

Zu den als außergewöhnliche Belastungen abzugsfähigen Aufwendungen gehören auch Krankheitskosten. Nach dem EStG sind jedoch Diätkosten ausdrücklich vom Abzug ausgeschlossen. Das ist zumindest in solchen Fällen bedauerlich, in denen die Aufwendungen anstelle von Medikamenten zur Linderung der Krankheit veranlasst sind. In einem neuen Verfahren hat sich der BFH ein weiteres Mal mit dieser Problematik auseinandergesetzt. Der Klägerin war wegen Unverträglichkeit des in vielen Getreidearten vorkommenden Klebproteins Gluten (Zöliakie) eine langzeitige Sonderdiät verschrieben worden. Für den durch die Diät veranlassten Mehraufwand (ermittelt anhand von Veröffentlichungen zweier Universitäten) wurde der Steuerabzug begehrt.



### **Bisherige Rechtsprechung**

Nach ständiger Rechtsprechung des BFH sind Diätaufwendungen selbst dann vom Abzug ausgeschlossen, wenn sie mit einer Krankheit zusammenhängen, ihre Notwendigkeit nachgewiesen ist und die Diät eine medikamentöse Behandlung ersetzt. Da die ursprünglich vorgesehenen gesetzlichen Ausnahmen für Zuckerkrankheit und Multipler Sklerose nicht Gesetz wurden, sieht der BFH auch keine Ausnahmen.

### **Entscheidung**

Der BFH hält an seiner bisherigen Rechtsprechung fest. Zwar sei Zöliakie eine Krankheit, deren unmittelbare Krankheitskosten wie z. B. Arzneimittel steuerlich abziehbar seien. Auf Grund des eindeutigen Gesetzeswortlauts sei aber ein Abzug der Diätkosten als außergewöhnliche Belastung nicht möglich. Der Senat hält auch die unterschiedliche Behandlung von unmittelbaren Krankheitskosten und Diätkosten für sachlich gerechtfertigt, so dass verfassungsrechtliche Bedenken (Benachteiligung Behinderter oder allgemeiner Gleichheitssatz) auszuschließen seien.

### **Konsequenz**

Die Rechtslage ist bedauerlicherweise zu eindeutig, um die Entscheidung des BFH zu kritisieren. Diätkosten bleiben ohne Ausnahme nicht abzugsfähige Kosten der privaten Lebensführung.

## **3. Einkunftserzielungsabsicht bei Vermietung ohne Finanzierungskonzept**

### **Kernproblem**

Bei einer auf Dauer angelegten Vermietungstätigkeit ist grds. und typisierend davon auszugehen, dass der Steuerpflichtige beabsichtigt, letztlich einen Einnahmeüberschuss zu erwirtschaften. Das gilt auch dann, wenn sich über längere Zeiträume Werbungskostenüberschüsse ergeben. Jedoch gelten nach der Rechtsprechung des BFH Ausnahmen von diesem Grundsatz, und zwar dann, wenn besondere Umstände gegen das Vorliegen der Einkünfteerzielungsabsicht sprechen. Handelt es sich jedoch um einen besonderen Umstand, wenn der Steuerpflichtige ohne Finanzierungskonzept die Anschaffungs- oder Herstellungskosten des Vermietungsobjekts sowie anfallende Schuldzinsen fremdfinanziert?

### **Bisherige Rechtsprechung**

Der BFH sieht allein in einem krassen Missverhältnis zwischen Mieteinnahmen und den Schuldzinsen keinen besonderen Umstand, der zur Überprüfung der Einkünfteerzielungsabsicht durch eine Prognose führt. Das gilt zumindest dann, wenn die wegen der Refinanzierung von Zinsen zunächst hohen Schuldzinsen nach dem gewählten Finanzierungskonzept zum Ende der Laufzeit der Darlehen durch positive Ergebnisse kompensiert werden. Als Beispiel hierfür gilt die Finanzierung unter Einsatz einer Lebensversicherung.

### **Neue Entscheidung**

Anders verhält es sich nach Auffassung des BFH, wenn bei der Finanzierung eines Vermietungsobjekts von vornherein keine Kompensation eingeplant ist. In diesem Fall ist bei einem krassen Missverhältnis zwischen Mieteinnahmen und Schuldzinsen ein besonderer Umstand zu sehen, denn entgegen dem Regelfall ist gerade nicht davon auszugehen, dass die Vermietung letztlich zu positiven Einkünften führt. Auch ein Verweis des Klägers auf vorhandene Vermögenswerte, insbesondere Lebensversicherungen, vermochte den Senat mangels konzeptionellen Zusammenhangs nicht umzustimmen.

### **Konsequenz**

In der Folge ist in einer Überschussprognose festzustellen, ob in einem Zeitraum von 30 Jahren aus der Vermietungstätigkeit ein Totalüberschuss erzielt werden kann (was mangels Finanzierungskonzepts schwer fallen dürfte).



#### 4. Veräußerung von Bonusaktien

##### **Kernproblem**

Bei den Börsengängen der Deutschen Telekom (DTAG) und der Deutschen Post wurden den Aktionären Bonusaktien versprochen, sofern sie die gezeichneten Aktien eine bestimmte Zeit gehalten haben. So haben die Aktionäre des ersten Börsengangs der DTAG im Sept. 1999 Bonusaktien erhalten, soweit sie ihre im Jahr 1996 erworbenen Emissionsaktien gehalten haben. Bei späterer Veräußerung der Bonusaktien stellt sich zwecks Prüfung der Steuerpflicht dieses Veräußerungsgeschäfts die Frage nach dem Anschaffungszeitpunkt und ggf. den Anschaffungskosten.

##### **Bisherige Rechtsprechung**

Das FG Münster sieht das Anschaffungsgeschäft der Bonusaktien des 1. Börsengangs der DTAG bereits im Zeitpunkt des Erwerbs der Emissionsaktien (Kalenderjahr 1996), auch wenn dieser Anspruch sich erst nach einer vorbestimmten rund dreijährigen Haltefrist als Folge realisiert. Nach Auffassung der Finanzrichter ist entscheidend, dass die schuldrechtlichen Grundlagen des späteren Erhalts der Aktien bereits zu diesem früheren Zeitpunkt abschließend festgelegt wurden. Beim Ende der Haltefrist und zugleich der Depoteinbuchung der Bonusaktien im Sept. 1999 war demzufolge die Spekulationsfrist bereits abgelaufen. Nach Auffassung der Finanzverwaltung ist dagegen das obligatorische Anschaffungsgeschäft erst mit Ablauf der Haltefrist zustande gekommen, so dass die anschließende Veräußerung innerhalb eines Jahres zu einer Steuerpflicht führen würde. Die von der Finanzverwaltung gegen das Urteil des FG Münster eingelegte Revision wurde jedoch aus anderen Gründen abgewiesen, ohne auf die Problematik des Anschaffungszeitpunkts einzugehen. Anlässlich des 2. Börsengangs der DTAG hat der BFH den Zuflusszeitpunkt der Kapitaleinnahmen nach dem niedrigsten Kurswert der Aktien an einer deutschen Börse einschließlich XETRA-Handel am Tag der Depoteinbuchung bestimmt.

##### **Neue Verwaltungsanweisung**

Die OFD Magdeburg schließt sich mit Hinweis auf die Rechtsprechung zum 2. Börsengang der DTAG der Auffassung an, dass erst mit Ablauf der entsprechenden Haltefristen ein Anschaffungsgeschäft der Bonusaktien vorliegt. Werden diese Bonusaktien innerhalb eines Jahres nach Zuteilung veräußert, liegt ein steuerpflichtiges privates Veräußerungsgeschäft vor. Der maßgebliche Zuflusszeitpunkt (=Erwerb) ist der Einbuchungstag der Aktien. Die Anschaffungskosten werden aus Vereinfachungsgründen nach dem niedrigsten Kurswert am Einbuchungstag an einer deutschen Börse bemessen. Dies gelte auch für den 2. und 3. Börsengang der Deutschen Telekom AG sowie den Börsengang der Deutschen Post AG.

##### **Konsequenz**

Auch wenn der BFH die Revision gegen das Urteil des FG Münster aus anderen (verfahrensrechtlichen) Gründen abgelehnt hat, spricht viel für den aus dem Urteil vom 2. Börsengang der DTAG hergeleiteten Anschaffungszeitpunkt (sog. Doppelmaßnahme).

#### 5. Riester-Rente – Zulageberechtigung bei nicht gesetzlich versichertem Ehepartner

##### **Kernproblem**

Ehepartner eines gesetzlich Rentenversicherten haben grundsätzlich auch einen (mittelbaren) Anspruch auf die Altersvorsorgezulage im Rahmen der Riester-Rente. Fraglich ist, ob dies auch gilt, wenn sie keinen zertifizierten Altersvorsorgevertrag abschließen, sondern „nur“ in ihre eigene betriebliche Altersversorgung einzahlen.



### **Sachverhalt**

Die Klägerin ist Tierärztin und ist – im Gegensatz zu ihrem Ehemann – kein Mitglied der gesetzlichen Rentenversicherung. Sie zahlte Beiträge in ihre eigene betriebliche Altersversorgung ein; einen zertifizierten Altersvorsorgevertrag hat sie nicht abgeschlossen. Das Finanzamt weigerte sich, insoweit eine Altersvorsorgezulage anzuerkennen.

### **Entscheidung**

Das Finanzgericht Berlin-Brandenburg hat die Klage abgewiesen. Nicht gesetzlich Rentenversicherte, die Ehepartner eines Pflichtversicherten sind, haben grundsätzlich auch einen Anspruch auf eine Altersvorsorgezulage. Dies jedoch nur dann, wenn ein auf ihren Namen lautender zertifizierter Altersvorsorgevertrag abgeschlossen worden ist. Kein Anspruch auf die Zulage besteht, wenn lediglich Beiträge in die eigene betriebliche Altersversorgung eingezahlt werden.

### **Konsequenz**

Aufgrund der grundsätzlichen Bedeutung ist die Revision beim Bundesfinanzhof zugelassen und auch bereits eingelegt worden. Es bleibt abzuwarten, wie die Münchener Richter entscheiden.

## **6. Formalismus auch zugunsten des Steuerpflichtigen?**

### **Kernproblem**

Reuige Steuersünder konnten vom 1.1.2004 bis 31.3.2005 eine strafbefreiende Erklärung abgeben. Die pauschale Steuer musste selbst berechnet und an das Finanzamt gezahlt werden. Sie war in den meisten Fällen günstiger als die tatsächlich hinterzogene Steuer.

### **Rechtslage**

Als sogenannte Steueranmeldung wurde diese Erklärung mit Eingang beim Finanzamt wirksam. Wie gegen normale Steueranmeldungen, konnte auch gegen die strafbefreiende Erklärung Einspruch eingelegt werden. Die Einspruchsfrist endet in solchen Fällen einen Monat nach Eingang der unterschriebenen Steueranmeldung beim Finanzamt.

### **Entscheidung**

Im zu entscheidenden Fall erklärte der Steuerpflichtige Spekulationsgewinne aus Wertpapierverkäufen für das Jahr 1998 nach. Allerdings vergaß er, die am 13.2.2004 beim Finanzamt eingereichte Erklärung zu unterschreiben. Das Finanzamt forderte ihn auf, die Unterschrift nachzuholen. Die unterschriebene Erklärung ging am 23.2.2004 beim Finanzamt ein.

Der Steuerpflichtige legte am 22.3.2004 gegen seine Erklärung Einspruch ein. Zur Begründung trug er vor, dass das Bundesverfassungsgericht zwischenzeitlich die Verfassungswidrigkeit der Besteuerung von Spekulationsgewinnen in 1998 festgestellt hatte. Damit lag im Ergebnis gar keine Steuerhinterziehung vor.

Das Finanzamt verweigerte die Erstattung, weil die Einspruchsfrist am 13.3.2004 abgelaufen sei.

Der Bundesfinanzhof urteilte, dass erst die Nachholung der Unterschrift zur Wirksamkeit der strafbefreienden Erklärung führte. Somit endete die Einspruchsfrist erst am 23.3.2004 Die bezahlte Steuer muss nun, 3 1/2 Jahre später, wieder erstattet werden.

### **Konsequenz**

Die außergewöhnlich formalen Vorschriften der deutschen Steuergesetzgebung können auch von Vorteil sein. Diesen Vorteil zu erkämpfen dauert allerdings oft Jahre.



## 7. Schenkungsteuer: Finanzamt muss Verjährungsfristen beachten

### Kernproblem

Steuern können nur festgesetzt werden, wenn sie noch nicht verjährt sind. Für die Schenkungsteuer gelten besonders lange Verjährungsfristen.

### Rechtslage

Beschenkter und Schenker sind verpflichtet, dem Finanzamt die Schenkung mitzuteilen. Die vierjährige Festsetzungsfrist beginnt entweder mit Ablauf des Jahres, in dem diese Mitteilung erfolgt, spätestens aber 3 Jahre nach der Schenkung. Wenn das Finanzamt bis dahin immer noch nicht über die Schenkung informiert wurde, beginnt die Festsetzungsfrist erst mit Ablauf des Jahres, in dem das Finanzamt die Kenntnis über die Schenkung erlangt.

### Entscheidung

Die Tochter hatte ihrem Vater Aktien zum Kaufpreis von mehr als 500.000 DM abgekauft. Nur knapp eineinhalb Jahre später, in 1991, kaufte ihr die GmbH, bei der der Vater Geschäftsführer war, diese Aktien für mehr als 2,3 Mio. DM ab.

Das Finanzamt erfuhr in 1995 durch eine Kontrollmitteilung von diesem Sachverhalt. Erst in 2001 erließ es einen Schenkungsteuerbescheid und setzte Schenkungsteuer für das Jahr 1991 fest.

Der BFH hat das Urteil des FG Düsseldorf bestätigt: Die Schenkungsteuer 1991 war in 2001 bereits verjährt und durfte nicht mehr festgesetzt werden. Zwar haben weder Vater noch Tochter das Finanzamt informiert, aber das Finanzamt wusste über den Vorgang bereits in 1995 Bescheid. Damit endete die Festsetzungsfrist Ende 1999.

### Konsequenz

Zwar hat der Zeitablauf die Tochter davor bewahrt, die Schenkungsteuer zahlen zu müssen. Allerdings hat die Tochter die Schenkungsteuer auch nicht hinterzogen.

Eine Steuerhinterziehung liegt vor, wenn weder der Beschenkte noch der Schenker das Finanzamt über einen schenkungsteuerpflichtigen Vorgang informiert und deshalb keine Schenkungsteuer festgesetzt wird. In diesen Fällen verlängert sich die vierjährige Festsetzungsfrist auf zehn Jahre.

## 8. Pfändbarkeit von Kapitallebensversicherungen

### Kernproblem

Das Finanzamt darf zur Begleichung von Steuerschulden Forderungen des Steuerpflichtigen in voller Höhe pfänden. Nur bei bestimmten Renten aus Versicherungsverträgen sind Pfändungsfreigrenzen zu beachten.

### Rechtslage

Kapitallebensversicherungen, deren Versicherungssumme zu einem bestimmten Zeitpunkt fällig wird, unterliegen keinem besonderen Pfändungsschutz. Erst wenn der Versicherungsnehmer das Wahlrecht zur Auszahlung des Betrags als lebenslange Rente ausgeübt hat, ist sichergestellt, dass er den Betrag zur Altersvorsorge einsetzen wird. Die Rente kann dann nur in Höhe des Betrags gepfändet werden, der die Freigrenzen für Arbeitseinkommen übersteigt.

### Entscheidung

Der Versicherungsnehmer wurde als Geschäftsführer für die Steuerschulden der GmbH in Haftung genommen. Das Finanzamt pfändete die Ansprüche aus seiner Kapitallebensversicherung. Erst nach Zugang der Pfändungsverfügung bei der Versicherung übte der Geschäftsführer sein Wahlrecht auf Renten- statt Kapitalauszahlung aus. Der Bundesfinanzhof entschied, dass ihm zu diesem Zeitpunkt wegen der Pfändung kein Wahlrecht mehr zustand. Das Finanzamt war deswegen berechtigt, den Anspruch auf die Versicherungsleistung in voller Höhe zu pfänden.



### **Konsequenz**

Auch nach der Ausweitung des Pfändungsschutzes auf die Altersvorsorge Selbstständiger in 2007 unterliegen Kapitallebensversicherungen keinem besonderen Pfändungsschutz. Nur wenn jährlich bestimmte Beträge angesammelt wurden und die Rente erst nach Vollendung des 60.

Lebensjahrs oder bei Berufsunfähigkeit ausgezahlt wird, sind die Pfändungsfreigrenzen für Arbeitseinkommen auf die Rente anwendbar.

Der Versicherungsnehmer hat allerdings seit kurzem das Recht, seine Kapitallebensversicherung zum Schluss der (meist jährlichen) Versicherungsperiode in einen solchen „geschützten“ Vertrag umwandeln zu lassen. Wenn die Umwandlung rechtzeitig vor der Pfändung wirksam wird, muss das Finanzamt die Pfändungsfreigrenzen beachten.

## **9. Italienische Erbschaftsteuer anrechenbar**

### **Kernproblem**

Für die Entstehung deutscher Erbschaftsteuer ist ausreichend, wenn entweder der Erblasser oder der Erbe in Deutschland einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Hat der Erblasser seinen Wohnsitz in Italien und der Erbe seinen Wohnsitz in Deutschland, unterliegt das weltweite Vermögen des Erblassers unbeschränkt sowohl der italienischen als auch der deutschen Erbschaftsteuer.

### **Rechtslage**

In Italien wurde die Erbschaftsteuer zum 3.10.2006 wieder eingeführt. Das im Oktober 2001 abgeschaffte Gesetz aus 1990 findet mit einigen Ausnahmen seither wieder Anwendung. Für Ehegatten und Kinder sieht das italienische Erbschaftsteuerrecht einen Freibetrag von 1 Mio. EUR je Erbe vor. Der darüber hinaus gehende Betrag wird mit 4 % besteuert.

Für die Berechnung der deutschen Erbschaftsteuer werden zunächst Freibeträge für Ehegatten in Höhe von 307.000 EUR und je Kind von 205.000 EUR abgezogen. Den übersteigenden Betrag muss der einzelne Erbe mit 7 % bis maximal 30 % versteuern.

Länderübergreifend ererbtes Vermögen mit einem Wert von mehr als 1 Mio. EUR pro Erbe wird dementsprechend sowohl in Italien als auch in Deutschland versteuert.

### **Koordinierter Ländererlass**

Deutschland hat derzeit mit nur 6 Staaten ein Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung von Erbschaften (DBA Erb) geschlossen, Italien gehört nicht dazu. Dennoch wird die Doppelbesteuerung dadurch abgemildert, dass die in Italien gezahlte Erbschaftsteuer auf die deutsche Erbschaftsteuer angerechnet wird. Das Bayerische Landesamt für Steuern hat den entsprechenden Erlass des Bundesfinanzministeriums aus 1988 erneut für anwendbar erklärt.

### **Konsequenz**

Der Erbe, der sowohl in Italien als auch in Deutschland Erbschaftsteuer zahlen muss, kann einen Antrag auf Anrechnung der in Italien gezahlten Erbschaftsteuer auf die deutsche Erbschaftsteuer stellen. Er ist verpflichtet, die Höhe des Auslandsvermögens sowie die Festsetzung und Zahlung der italienischen Erbschaftsteuer nachzuweisen.

## **10. Unwissende Ehepartner und gemeinsames Konto**

### **Kernproblem**

Überlässt ein Kontoinhaber sein Konto einem Dritten zur Erledigung von Geldgeschäften in dessen eigener Verantwortung, muss er sich das Wissen des Dritten über rechtsgrundlose Eingänge auf diesem Konto zurechnen lassen und kann sich nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen.

**Sachverhalt**

Der Beklagte und seine damalige Ehefrau führten bei der Sparkasse S ein gemeinsames Girokonto (Oder-Konto). Auf dieses Konto überwies die Klägerin – eine Bank – in 2000 eine Darlehensvaluta in Höhe von 15.000 DM. Zuvor hatte die Klägerin eine mit den persönlichen Angaben des Beklagten ausgefüllte und unterzeichnete schriftliche Kreditanfrage erhalten, aufgrund derer ebenfalls auf schriftlichem Wege ein Kreditvertrag abgeschlossen wurde, der mit dem Namen des Beklagten unterzeichnet war.

Die monatlichen Rückzahlungsraten wurden in der Folgezeit von dem Gemeinschaftskonto abgebucht. Nach der Scheidung der Eheleute wurde das Darlehen nicht weiter getilgt, die Klägerin kündigte den Kreditvertrag fristlos. Sie verlangte Rückzahlung des Restsaldos und machte geltend, der Beklagte sei durch die Unterschrift ihr Vertragspartner geworden, zumindest habe er den Vertrag aber genehmigt, jedenfalls sei er durch die Darlehensgutschrift ungerechtfertigt bereichert.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, die Berufung hatte Erfolg.

**Entscheidung**

Das Oberlandesgericht sprach der Klägerin einen Anspruch auf Rückzahlung des Restsaldos aus dem unter dem Namen des Beklagten abgeschlossenen Darlehensvertrag zu.

Das Gericht ließ es dahinstehen, ob der Beklagte den Vertrag selbst unterschrieben oder genehmigt hatte, es sah ihn jedenfalls als ungerechtfertigt bereichert an. Dem Beklagten war die Darlehensvaluta durch die Gutschrift im Rechtssinne zugeflossen, der Zufluss basierte auch auf einer willentlichen Leistung der Klägerin. Der Beklagte konnte sich auch nicht auf Entreichnung berufen, denn er muss sich die Kenntnis seiner Ehefrau von der Zuwendung und deren Zweckrichtung zurechnen lassen (§ 166 BGB). Ihr war bekannt gewesen, dass sie und ihr Ehemann den Darlehensbetrag nicht auf Dauer behalten durften. Dass der Beklagte selbst die Kontoführung und die Kontrolle der Kontoauszüge ausschließlich seiner Ehefrau überlassen hat, entbindet ihn nicht von der Haftung.

**11. Gestaltungsmissbrauch bei Spekulationsgeschäften?****Kernproblem**

Verluste aus dem Verkauf von Wertpapieren, die innerhalb eines Jahres nach Erwerb realisiert werden, können mit entsprechenden Gewinnen verrechnet werden. Der Bundesfinanzhof prüft derzeit, ob steuerliche Verluste durch Verkauf von Wertpapieren auch dann anerkannt werden können, wenn die Wertpapiere in gleichem Umfang am gleichen Tag erneut erworben werden.

**Rechtslage**

Der Eigentümer von Wertpapieren kann den Veräußerungszeitpunkt frei bestimmen. Dadurch kann er beeinflussen, ob der Gewinn oder Verlust innerhalb oder außerhalb der Jahresfrist erzielt wird. Gängige Empfehlung von Banken und Börsenmagazinen ist die Veräußerung von verlustträchtigen Wertpapieren innerhalb der Spekulationsfrist und die Wiederanschaffung der gleichen Wertpapiere zum Verkaufskurs. Damit steht sich der Wertpapiereigentümer wirtschaftlich so, als hätte er die Wertpapiere nicht verkauft. Gleichzeitig hat er aber einen steuerlichen Verlust realisiert.

Die Finanzämter sehen hierin einen einheitlichen Gesamtplan und erkennen den Verlust bei solchen Konstellationen wegen Missbrauchs der rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten nicht an.

**Entscheidung**

Mehrere Finanzgerichte haben gegensätzliche Urteile gefällt. Zuletzt hat das Finanzgericht Baden-Württemberg entschieden, dass kein Missbrauch vorliegt, wenn Verkauf und Neuerwerb der gleichen Anzahl der Wertpapiere am gleichen Tag erfolgen.



Zur Begründung führt es aus, dass das Gesetz dem Steuerpflichtigen ein Wahlrecht zwischen Steuerpflicht und Steuerfreiheit dadurch einräumt, dass dieser den Verkaufszeitpunkt frei bestimmen kann. Übt der Steuerpflichtige dieses vom Gesetz vorgesehene Wahlrecht aus, kann allein darin kein Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten liegen.

Werden die gleichen Wertpapiere am Tag des Verkaufs erneut erworben, beginnt damit eine neue Jahresfrist. Dadurch wird aber nicht die vorangegangene Veräußerung rückwirkend beseitigt.

**Konsequenz**

Wegen der verschiedenen Urteile der Finanzgerichte besteht derzeit keine Rechtssicherheit darüber, ob Verluste, die durch die beschriebenen Gestaltungen erzielt werden, steuerlich anerkannt werden können.

Allerdings ist zu dieser Frage ein Verfahren vor dem Bundesfinanzhof anhängig. Für den Fall, dass das örtliche Finanzamt die Verluste nicht anerkennt, sollte gegen den Einkommensteuerbescheid Einspruch eingelegt werden. Das Einspruchsverfahren ruht auf Antrag solange, bis der Bundesfinanzhof rechtskräftig entschieden hat.

**12. Nachweispflichten bei Option durch den Vermieter****Einführung**

Der volle Vorsteuerabzug aus der Herstellung von Gebäuden ist nur möglich, wenn beabsichtigt wird, das Gebäude gänzlich zu den Vorsteuerabzug zulassenden Zwecken zu verwenden. Die steuerfreie Vermietung eines Objekts schließt den Vorsteuerabzug aus. Der Vermieter kann jedoch zur Umsatzsteuer optieren, um den Vorsteuerabzug zu erhalten. Die Option ist allerdings nur zulässig, soweit der Mieter seinerseits Unternehmer ist und nur Umsätze tätigt, die den Vorsteuerabzug zulassen.

**Fall**

Der Unternehmer errichtete ein Gebäude in der Absicht, dies steuerpflichtig zu vermieten. Die betreffenden Mieter erfüllten grundsätzlich die Voraussetzungen zur Option. Der Unternehmer machte die komplette Vorsteuer aus den Herstellungskosten geltend. Dem Mieter des Obergeschosses gestattete er im Mietvertrag die Untervermietung der Räumlichkeiten. Ca. 3 Monate später nutzte der Mieter sein Recht und vermietete seinerseits Teile des Obergeschosses an einen Vermögensberater. Dieser erbrachte steuerfreie, nicht den Vorsteuerabzug zulassende Umsätze. Eine Option zur Umsatzsteuer war für diese Räume damit nicht mehr möglich. Strittig war nun, ob dem Vermieter für die untervermieteten Räume von vornherein kein Vorsteuerabzug zustand oder ob dieser stattdessen über 9 ¾ Jahre in Höhe von insgesamt 97,5 % zu korrigieren war (§ 15a UStG).

**Neues Urteil**

Das FG Köln hält eine Option für den untervermieteten Bereich von Anfang an für nicht zulässig. Das FG sah den notwendigen objektiven Nachweis durch den Vermieter nicht erbracht, dass er die Absicht hatte, das Gebäude nur zu Umsätzen zu nutzen, die den Vorsteuerabzug zulassen würden. Die subjektive Sicht des Vermieters reicht nicht aus. Vielmehr trifft den Vermieter eine Pflicht zu überprüfen, ob das Verhalten des Mieters eine Option zulässt.

**Konsequenz**

Das Urteil zeigt auf, dass eine Option dann nicht mehr möglich ist, wenn der letzte Mieter in der Kette die hierfür nötigen Voraussetzungen nicht erbringt. Ob der Vermieter vom Mieter hierüber getäuscht wurde, ist umsatzsteuerrechtlich unerheblich. Optionswilligen Vermietern ist daher dringend anzuraten, sich durch Umsatzsteuerklauseln in den Mietverträgen vor einem Fehlverhalten der Mieter zu schützen.



### 13. Umsatzsteuerbefreiung für Lehrer

#### **Einführung**

Unterrichtsleistungen selbstständiger Lehrer sind nach § 4 Nr. 21 Buchst. b Doppelbuchst. bb steuerbefreit, wenn

- sie unmittelbar dem Schul- bzw. Bildungszweck dienen und
- an privaten Schulen oder anderen allgemeinbildenden Einrichtungen erbracht werden, denen eine Berufs- oder Prüfungsvorbereitung bescheinigt wird.

Umstritten war, ob die Befreiung auch Unterrichtsleistungen erfasst, die von als „Subunternehmern“ agierenden selbstständigen Lehrern erbracht wurden.

#### **Neue Urteile**

Der BFH hat in 2 Urteilen ausgeführt, dass Voraussetzung für die Steuerbefreiung ist, dass der Unterricht persönlich erteilt wird. Der Einsatz von „Subunternehmern“ ist daher steuerpflichtig.

#### **Konsequenz**

Das Urteil betrifft nur die genannte Steuerbefreiung. Im Einzelfall ist aber zu prüfen, ob nicht andere Steuerbefreiungen greifen.

So sind Leistungen privater Schulen, die unmittelbar dem Schul- und Bildungszweck dienen, steuerbefreit, sofern die zuständige Landesbehörde bescheinigt, dass die Schule auf einen Beruf oder eine vor einer juristischen Person des öffentlichen Rechts abzulegende Prüfung vorbereitet. Die Unmittelbarkeit betrifft dabei die Schule. In den Fällen, die dem BFH vorlagen, fehlte jedoch jeweils die notwendige Bescheinigung.

Daneben sind nach der 6. EG-Richtlinie der Schul- und Hochschulunterricht befreit. Nach Ansicht des BFH stellen Berufsbildungskurse, um die es in den Fällen ging, keinen Schul- oder Hochschulunterricht dar.

**Unternehmer und Freiberufler****14. Referentenentwurf zur Erbschaftsteuerreform veröffentlicht****Ausgangslage**

Nachdem zu Beginn dieses Monats die Ergebnisse der Arbeitsgruppe der Großen Koalition zur Erbschaftsteuerreform bereits veröffentlicht wurden, hat das Bundesfinanzministerium am 21.11.2007 den Referentenentwurf zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts veröffentlicht. Der Referentenentwurf stellt noch nicht den abschließenden Gesetzentwurf dar, in den noch die Stellungnahmen der einzubeziehenden einzelnen Ressorts und der Länder einfließen können. Derzeit wird damit gerechnet, dass der Referentenentwurf im Dezember 2007 in das Kabinett eingebracht wird. Das Inkrafttreten des Reformgesetzes wird derzeit überwiegend wohl für den 1. April 2008 erwartet.

**Referentenentwurf**

Der nun veröffentlichte Referentenentwurf kleidet die bereits aus den Ergebnispapieren der Arbeitsgruppe bekannten Inhalte in Gesetzesform. Seine wesentlichen Inhalte, die ein verfassungskonformes Erbschaftsteuer- und Bewertungsrecht sicherstellen, die Unternehmensnachfolge erleichtern und gleichzeitig eine Erbschaftsteuerbelastung beim Übergang „normaler“ Vermögen im Familienkreis ausschließen sollen, lassen sich in fünf Kernkomplexen, wie folgt, zusammenfassen:

- Es werden neue Bewertungsregelungen eingeführt. Grund-, landwirtschaftliches und Betriebsvermögen einschließlich Anteilen an nicht börsennotierten Kapitalgesellschaften wird zum Verkehrswert bewertet. Bemessungsgrundlage der Steuer wird also im Wesentlichen der Verkehrswert des Erwerbes.
- Die Freibeträge insbesondere für nahe Angehörige werden erhöht. Für Ehegatten soll ein Freibetrag von 500.000 EUR, für Kinder ein Freibetrag von 400.000 EUR und für Enkel ein solcher von 200.000 EUR gelten. Die sonstigen Personen der Steuerklasse I (insbesondere die Eltern erhalten eine Freibetrag von 100.000 EUR). Die Personen der Steuerklasse II (insbesondere die Geschwister und deren Familienlinie) und der Steuerklasse III (alle anderen) erhalten einen einheitlichen Freibetrag von 20.000 EUR.
- Die Gegenfinanzierung der erhöhten Freibeträge erfolgt mit dadurch, dass zwar die Steuersätze (bei geänderten Progressionsschritten) für Erwerber der Steuerklasse I gleichbleiben, der Einstiegssteuersatz für Erwerber der Steuerklassen II und III aber auf einheitlich 30 % (bei Erwerben über 13 Mio. EUR = 50 %) erhöht wird.
- Zur Erleichterung der Unternehmensnachfolge sollen 85 % des Betriebsvermögens von der Erbschaft- oder Schenkungsteuer verschont bleiben, wobei die Verschonungsregelungen dort nicht gelten sollen, wo Vermögen in Form von Betriebsvermögen überwiegend verwaltet wird („unproduktives“ Betriebsvermögen insbesondere überwiegend rein vermögensverwaltenden Gesellschaften). Voraussetzung für die Gewährung der Verschonungsregelungen ist, dass der Großteil der Arbeitsplätze ( $\geq 70$  %) mindestens zehn Jahre erhalten bleiben und das Unternehmen fünfzehn Jahre fortgeführt wird.
- Ausschließlich für Erbfälle (nicht für Schenkungen) seit dem 1.1.2007 wird bis zum Inkrafttreten des Reformgesetzes ein Wahlrecht zwischen dem alten (= derzeitigen) und neuen Recht eingeführt.

Das neue Erbschaft- und Schenkungssteuerrecht sowie das neue Bewertungsrecht sollen laut Referentenentwurf am Tag nach seiner Verkündung in Kraft treten. Ein rückwirkendes Inkrafttreten ist im Referentenentwurf nicht vorgesehen.

**Konsequenz**

Der Referentenentwurf spiegelt letztlich die Ergebnisse der Arbeitsgruppe in Gesetzesform wieder. Für möglicherweise anstehende Gestaltungen bleibt es daher bei den bereits bekannten Empfehlungen. Nach einer einzelfallbezogenen Steuerberechnung sollten schenkweise Übertragungen jedenfalls solchen Vermögens, das zukünftig nicht mehr privilegiert sein wird, vollzogen werden. Soweit derzeit geltendes Recht im Einzelfall offensichtlich günstiger ist, sollte die Übertragung zeitnah erfolgen.

Liegt ein schlüssiges Betriebskonzept jedoch vor, sind größere Korrektur- und Umstrukturierungsmaßnahmen innerhalb von 5 Jahren nur in Ausnahmefällen notwendig.

**15. Streit um Pendlerpauschale und Auswirkung für das Lohnbüro****Kernproblem**

Die Verlautbarungen des BMF über die steuerliche Behandlung der ersten 20 km der Pendlerpauschale haben zunächst einmal in Fragen der Arbeitnehmerveranlagung für Ruhe gesorgt. Die Pendlerpauschale ist im Lohnsteuerermäßigungsverfahren bereits ab dem 1. Kilometer zu gewähren, wenn dies beantragt wird. Für die Anpassung von Einkommensteuer-Vorauszahlungen gilt das Gleiche. Veranlagungen ab dem Jahr 2007 sollen bis zu einer Entscheidung des BVerfG in diesem Punkt vorläufig ergehen. Wenn das BVerfG die Verfassungsmäßigkeit bejaht, ist wiederum mit Nachzahlungen der Betroffenen zu rechnen. Für den Steuerpflichtigen als Arbeitgeber stellt sich die Frage, wie die Verlautbarungen im Lohnbüro umzusetzen sind. Diese Frage wurde bisher wenig diskutiert. Nicht selten wird bei Überlassung eines Firmen-Pkw eine Lohnsteuer-Pauschalierung für die Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte vorgenommen. Die pauschalierten Beträge gelten nicht als Arbeitslohn; folglich sind auch keine Sozialversicherungsbeiträge hierauf abzuführen. Gleiches gilt z. B. auch für Fahrtkostenzuschüsse des Arbeitgebers.

**Gestaltungsempfehlungen**

Während sich zu viel entrichtete Lohnsteuer noch im Veranlagungsverfahren des Arbeitnehmers zurückholen lässt (Kürzung des „zu hoch“ ausgewiesenen Bruttoarbeitslohns laut Lohnsteuerbescheinigung), gestaltet sich die Sache bei der Sozialversicherung schwieriger. Weil die Rechtsfolgen jedoch miteinander korrespondieren, bieten sich folgende Möglichkeiten:

- Anrufungsauskunft beim Finanzamt, ob die Lohnsteuerpauschalierung möglich ist; bei Ablehnung ggf. Rechtsmittel einlegen (zeitliche Fristen sind zu beachten – Auskunftsinteresse des Arbeitgebers).
- Pauschalversteuerung entgegen bisheriger Gesetzeslage, dadurch auch Erlangung der Beitragsfreiheit. Zur Vermeidung einer Arbeitgeberhaftung oder strafrechtlicher Konsequenzen ist die Abweichung vom Gesetz zu erläutern. Gegen eine Ablehnung sind wiederum Rechtsmittel gegeben.
- Bei gesetzeskonformem Lohnsteuerabzug und Beitragseinbehalt dennoch Einspruch/Widerspruch einlegen, um die Verfahren offen zu halten.

**16. Links auf Homepage auch gegen den Willen des Betreibers möglich****Einführung**

Im Internet wird immer häufiger über Produktmängel oder schlechte Dienstleistungen von Unternehmen in Foren oder Weblogs berichtet. Besonders ärgerlich ist es für das betroffene Unternehmen, wenn neben dem kritischen Bericht auch noch eine Verlinkung auf ihre Homepage eingerichtet wird. Streitig war, ob eine solche Verlinkung auch gegen den ausdrücklichen Willen des Betreibers zulässig ist.

**Entscheidung**

Die Klägerin war eine Bauträgergesellschaft, die dem Beklagten ein Reihenendhaus verkaufte. In einer Mängelliste behauptete der Beklagte u. a. einen Mangel an dem Wärmeverbundsystem. Daraufhin holte die Klägerin ein Privatgutachten ein, das zu dem Ergebnis kam, es lägen keine Mängel vor. Dementsprechend ließ die Klägerin insofern keine Mangelbeseitigungsarbeiten durchführen. Der Beklagte richtete daraufhin eine Internetseite ein. Auf dieser Internetseite kündigte der Beklagte die alsbaldige Entstehung einer Internetseite unter der Bezeichnung „Gemeinschaft für Antibaupfusch“ an. Später hat der Beklagte auf der ersten Seite seiner Website den Halbsatz „Hier der Bauträger, der unser Haus gebaut hat“, als Internet-Link eingebaut, mit der Folge, dass der Leser dieser Internetseite mit einem einfachen Mausklick die Internetseite der Klägerin öffnet. Gleichzeitig brachte er einen Banner mit seiner Internetadresse an seinem Haus an. Die Klägerin hat der Verlinkung ausdrücklich widersprochen und den Beklagten zur Unterlassung aufgefordert. Der Antrag der Klägerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wurde auch in zweiter Instanz zurückgewiesen. Der Klägerin stehe kein Anspruch aus § 1004 BGB zu. Die Verlinkung stelle keinen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dar. Es sei nicht dargelegt, inwieweit die Verlinkung als solche in den Gewerbebetrieb einwirke. Der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb schütze zwar auch die Gesamtheit der wirtschaftlichen Werte eines Unternehmens, also auch seine Erscheinungsform und die Kundenbeziehungen. Jedoch sei die Herstellung eines Links im Internet ein häufig vorkommender, den Unternehmen grundsätzlich gewünschter Vorgang, der die Bekanntheit und Auffindbarkeit im Netz via Suchmaschinen steigere. Alleine die Tatsache, dass die Verlinkung zu einer Seite mit dem „Pfuscher am Bau“ vorgenommen worden sei, bringe für sich alleine auch noch nicht zum Ausdruck, bei der Klägerin handele es sich um eine Pfuschfirma.

**Konsequenz**

Auch wenn nach dieser Entscheidung das Verbot einer Verlinkung gerichtlich nur schwierig durchzusetzen ist, sollten betroffene Unternehmen einer Verlinkung ausdrücklich widersprechen und den Betreiber zur Beseitigung und künftigen Unterlassung auffordern. Werden im Zusammenhang mit der Verlinkung unwahre Tatsachen behauptet, besteht zumindest insoweit ein Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung.

**17. Das „Vertreterrecht“ eines Handelsvertreters ist nach individuellen Verhältnissen abzuschreiben****Einführung**

Ein Geschäftswert ist der Mehrwert, der einem gewerblichen Unternehmen über den Substanzwert der einzelnen materiellen und immateriellen Wirtschaftsgüter abzüglich Schulden hinaus innewohnt.

Ein entgeltlich erworbener Geschäftswert ist typischerweise über 15 Jahre linear abzuschreiben.

**Entscheidung**

Ein Handelsvertreter hatte 1994 von 3 Unternehmen je einen Vertreterbezirk zur Bearbeitung als selbstständiger Handelsvertreter übernommen. Im Rahmen der Übernahme hatte sich der Kläger gegenüber den 3 Unternehmen zu Einstands- bzw. Ausgleichszahlungen verpflichtet. Der Kläger aktivierte die Ausgleichszahlungen als immateriellen Vermögensgegenstand und schrieb diesen über 5 Jahre ab.

Das Finanzamt vertrat im Anschluss an eine Außenprüfung die Auffassung, dass es sich bei den Ausgleichszahlungen um ein dem Geschäftswert ähnliches Wirtschaftsgut handelt und deshalb gemäß Einkommensteuerrecht in der geltenden Fassung typisiert auf 15 Jahre abzuschreiben ist.



Der BFH hat entschieden, dass die Zahlungen des Klägers für ein eigenständiges immaterielles Wirtschaftsgut „Vertreterrecht“ als Anschaffungskosten geleistet wurden. Die Abschreibung bemisst sich nach den allgemeinen Regeln über die im konkreten Einzelfall zu ermittelnde betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer.

### **Konsequenz**

Der BFH bestätigt seine bisherige Rechtsprechung und bekräftigt, dass der Betrieb eines Handelsvertreters in der Regel keinen Geschäftswert hat. Ein erworbenes immaterielles Wirtschaftsgut „Vertreterrecht“ ist im Allgemeinen deutlich schneller abzuschreiben.

## **18. Bundesrat stimmt dem Gesetz über die Anerkennung von Berufsqualifikationen der Heilberufe zu**

### **Überblick**

Deutschland setzt die europarechtlichen Vorgaben zur Anerkennung von Berufsqualifikationen in den Heilberufen um. Der Bundesrat hat am 12.10.2007 einem entsprechenden Gesetzesentwurf der Bundesregierung zugestimmt. Die Umsetzungsfrist der zugrunde liegenden EG-Richtlinie läuft am 20.10.2007 ab.

### **Neuregelungen**

Die Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.9.2006 regelt die Anerkennung von Berufsqualifikationen, die in den Mitgliedstaaten der EU erworben wurden, neu. Sie gilt für alle Staatsangehörige eines Mitgliedstaates, die als Selbstständige oder abhängig Beschäftigte einen reglementierten (Heil-)Beruf in einem anderen Mitgliedstaat ausüben wollen als dem, in dem sie ihre Berufsqualifikation erworben haben.

Die Richtlinie regelt unter anderem die Verfahren, mit denen Ausbildungen in Heilberufen in den EU-Staaten gegenseitig anerkannt werden; das Gesetz setzt diese Richtlinie in nationales Recht um. Es betrifft die Heilberufe, für deren Ausbildung der Bund zuständig ist, z. B. Ärzte, Zahnärzte, Psychotherapeuten, Physiotherapeuten, Apotheker, Tierärzte und sämtliche Pflegeberufe. Nach einer aktuellen Untersuchung des Instituts für freie Berufe der Universität Erlangen stellen die Heilberufe mit rund 300.000 Angehörigen den größten Anteil der Freiberufler.

In dem neuen Gesetz wird etwa bestimmt, dass das Berufs- und Aufsichtsrecht des Landes angewendet wird, in dem der Beruf ausgeübt wird. Mit der Neuregelung werden berufliche Qualifikationen grundsätzlich von den Mitgliedstaaten gegenseitig anerkannt. Werden die geforderten Qualifikationen jedoch deutlich unterschritten, kann ein Ausgleichslehrgang oder eine Eignungsprüfung verlangt werden. Ferner müssen Leistungserbringer bei erstmaligem Tätigwerden ihre Qualifikation nachweisen.

Das Gesetz berücksichtigt außerdem die Regelungen, die im Zuge des Beitritts von Bulgarien und Rumänien zur EU erforderlich waren.

### **Ziel des Gesetzes**

Ziel des Gesetzes und der EG-Richtlinie ist es, Hindernisse bei der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit zu beseitigen und die verschiedenen bisher geltenden Anerkennungsregelungen durch eine Vereinheitlichung zu verbessern.

## **19. Unechter Mitgliedsbeitrag und Mindestbemessungsgrundlage**

### **Kernproblem**

Wird ein Verein zum Wohle sämtlicher Mitglieder und in Erfüllung seiner satzungsmäßigen Zwecke tätig, sind Mitgliedsbeiträge aufgrund eines fehlenden Leistungsaustauschs nicht steuerbar. Eine Steuerpflicht entsteht jedoch dann, wenn der Verein Leistungen erbringt, die den Sonderbelangen einzelner Mitglieder dienen (unechter Mitgliedsbeitrag). Ist kein gesondertes Entgelt vereinbart, stellt sich die Frage nach der umsatzsteuerlichen Bemessungsgrundlage.



### **Verfügung der Finanzverwaltung**

Sonderbelange eines Vereins für sein Mitglied werden auch durch den Mitgliedsbeitrag als pauschaliertes Sonderleistungsentgelt finanziert. Teilweise kann der notwendige Finanzbedarf aber nicht durch Einnahmen aus Entgelten und Mitgliedsbeiträgen aufgebracht werden. Die Finanzierung erfolgt dann auch über Zuschüsse von Mitgliedern, Sponsoren oder staatlichen Stellen. In Bezug auf die anzusetzende Mindestbemessungsgrundlage führt die OFD nun aus, dass deren Bestandteil auch die Kosten sind, die durch Zuschüsse finanziert wurden.

### **Konsequenz**

Die Auffassung der Finanzverwaltung resultiert aus einem Urteil des Bundesfinanzhofs; sie ist insofern nicht zu beanstanden. Aus Vertrauensschutzgründen gewährt die Finanzverwaltung eine Übergangsfrist bis zum 31.12.2004.

## **20. Keine Umsatzsteuerpauschalierung bei Veräußerung zugekaufter landwirtschaftlicher Produkte und sog. Handelswaren**

### **Sachverhalt**

Im Urteilsfall hatte der BFH in der Sache zu entscheiden, ob ein Gärtnermeister sämtliche Umsätze seines Betriebs der pauschalen Umsatzsteuer unterwerfen konnte. Der Kläger veräußerte dort neben den selbst erzeugten Produkten (Baumschulkulturen sowie Blumen und Zierpflanzen) ebenfalls Pflanzen, die er von Dritten erworben hatte. Die Produktpalette rundete er durch sog. Handelswaren (Töpfe, Erden, Korbwaren, Kerzen, Dekorationsartikel etc.) ab.

### **Entscheidung**

Der BFH würdigte den Sachverhalt zutreffend und differenzierte zwischen den jeweiligen Umsatzkategorien. Hierzu führte der Senat aus, dass in einem solch gelagerten Fall nach der Produktherkunft zu unterscheiden ist. Der BFH entschied, dass die im Rahmen eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs ausgeführten Umsätze der Durchschnittssatzbesteuerung zu unterwerfen sind. In richtlinienkonformer Auslegung sind damit jedoch nur die Umsätze gemeint, die sich auf die Lieferung landwirtschaftlicher Erzeugnisse und landwirtschaftlicher Dienstleistungen beschränken. Zwar hat der BFH in einer Entscheidung aus 2002 die Veräußerung von zugekauften landwirtschaftlichen Produkten noch der Durchschnittssatzbesteuerung unterworfen, soweit es sich um einen äußerst geringen Zukaufsanteil handelte. Jedoch muss in Anlehnung an die zwischenzeitlich ergangene Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs diese Rechtsauffassung aufgegeben werden. Dort wurde entschieden, dass sämtliche Umsätze mit zugekauften landwirtschaftlichen Produkten sowie der Zukauf aller Handelswaren grundsätzlich der Regelbesteuerung zu unterwerfen sind. In der hiesigen Urteilsbegründung wurde ausgeführt, dass der Landwirt, der neben den selbst erzeugten Produkten weitere Waren zum Verkauf anbietet, nicht mehr als Landwirt, sondern als Händler anzusehen sei. Auch die Darbietung selbst erzeugter landwirtschaftlicher Blumen und Pflanzen in Gestecken, Kränzen oder Vasen ist als schädlich anzusehen, da dies bereits die der Durchschnittssatzbesteuerung zu unterwerfende Verarbeitungstätigkeit überschreite.

### **Konsequenz**

Nunmehr ist abschließend die Frage geklärt, welche Umsätze der Durchschnittssatzbesteuerung zu unterwerfen sind. Diese beschränken sich zukünftig lediglich auf die selbst erzeugten Waren. Damit unterliegen die Umsätze aus der Veräußerung von zugekauften landwirtschaftlichen Produkten und Handelswaren der Regelbesteuerung. Die bislang, zumindest noch ansatzweise, geltenden ertragsteuerlichen Abgrenzungskriterien können für die umsatzsteuerliche Würdigung nicht mehr herangezogen werden. Insofern bleibt es für die Einkommensteuer bei den bekannten Grenzen, für die Umsatzsteuer ist nunmehr eine abschließende, klare Entscheidung getroffen worden.

**21. Vergleich im Kündigungsschutzprozess rechtfertigt keine Sperrzeit beim Arbeitslosengeld****Kernfrage/Rechtslage**

Die Voraussetzungen für den Bezug von Arbeitslosengeld sind im Sozialgesetzbuch III geregelt. Für den Arbeitnehmer sind dabei insbesondere die Regelungen über das Ruhen des Arbeitslosengeldanspruchs sowie die Regelungen über Sperrzeiten beim Arbeitslosengeldbezug von Bedeutung. Gründe zur Verhängung von Sperrzeiten, die von Seiten der Bundesagentur immer öfter verhängt werden, liegen insbesondere dann vor, wenn der Arbeitnehmer das Beschäftigungsverhältnis gelöst bzw. den Grund für die Auflösung gesetzt hat und dadurch die Arbeitslosigkeit mindestens grob fahrlässig herbeigeführt hat (Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe). Umstritten ist dabei regelmäßig, wann eine Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe verhängt werden kann. Die Arbeitsagenturen erwarten insoweit, dass der Arbeitnehmer gegen eine Kündigung mit Kündigungsschutzklage vorgeht, um eine Sperrzeit zu verhindern. Für einen im Kündigungsschutzprozess geschlossenen Vergleich über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses galt aber eine sperrzeitrechtliche Privilegierung. Das heißt, der gerichtliche Beendigungsvergleich löste regelmäßig keine Sperrzeit aus. Diese sperrzeitrechtliche Privilegierung wollte nunmehr die im Fall zuständige Arbeitsagentur nicht mehr anerkennen.

**Entscheidung**

Der Kläger hatte sich im Wege der Kündigungsschutzklage gegen eine außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslaufzeit gewehrt und sich im Kündigungsschutzprozess mit seinem Arbeitgeber auf die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses gegen Abfindungszahlung verglichen. Die Arbeitsagentur hatte wegen des Vergleichs eine Sperrzeit beim Arbeitslosengeld verhängt. Nachdem das erstinstanzlich zuständige Sozialgericht noch der Arbeitsagentur Recht gegeben hatte, entschieden Landessozialgericht und Bundessozialgericht zugunsten des Arbeitnehmers. Das Bundessozialgericht urteilte, dass ein Vergleich nicht automatisch zu einer Sperrzeit führen könne. Der Arbeitnehmer habe sein Arbeitsverhältnis zwar gelöst, es könne ihm aber nicht zum Nachteil gereichen, wenn er gegen die Kündigung vorgehe und im Prozess einen Vergleich schließe. Ein gerichtlicher Vergleich, der den Zeitpunkt der Arbeitslosigkeit nicht vorverlagere, könne daher zu keiner Sperrzeit führen. Eine andere sperrzeitrechtliche Beurteilung könne sich nur dann ergeben, wenn ein Umgehungsgeschäft vorgelegen habe.

**Konsequenz**

Die Entscheidung hat auch für den Arbeitgeber positive Wirkung. Denn die Vergleichsbereitschaft des Arbeitnehmers im Kündigungsschutzprozess hängt nicht zuletzt auch davon ab, welche sozialversicherungsrechtlichen Auswirkungen ein Vergleich für den Arbeitnehmer hat. Soweit nicht besondere Umstände Anlass dazu geben, ein Umgehungsgeschäft anzunehmen, hat der Vergleich im Kündigungsschutzprozess weiterhin keine Auswirkungen auf den Arbeitslosengeldbezug des Arbeitnehmers.

**22. Zwangsversetzung in den Ruhestand bei Erreichen der Regelaltersrente keine Altersdiskriminierung****Kernfrage/Rechtslage**

Sowohl individuell ausverhandelte Arbeitsverträge als auch (Rahmen)Tarifverträge sehen als übliche Regelungen vor, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Monat endet, in dem der Arbeitnehmer das zum Eintritt in die gesetzliche Regelaltersrente berechtigende Lebensjahr vollendet (in älteren Arbeitsverträgen oft mit der Vollendung des 65. Lebensjahres), ohne dass es einer Kündigung bedarf. Dabei bedeutet Regelaltersrente diejenige Rente, die der Arbeitnehmer ohne Kürzung in Anspruch nehmen kann. Eine solche Klausel bedeutet eine „Zwangspensionierung“ mit Erreichen eines bestimmten Alters. Ausgehend von der Idee der „Zwangspensionierung“ könnte man entsprechende Klauseln als Altersdiskriminierung interpretieren.



Auf europarechtlicher Ebene sind Diskriminierungen aufgrund des Alters durch entsprechende Antidiskriminierungs-Richtlinien verboten. Diese Antidiskriminierungs-Richtlinien sind in Deutschland mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz in nationales Recht umgesetzt worden, so dass Entscheidungen des höchsten europäischen Gerichts, dem Europäischen Gerichtshof, auch Geltung für das nationale Recht haben. Der Europäische Gerichtshof hatte sich in einer jüngeren Entscheidung mit einer „Zwangspensionierungsklausel“ eines spanischen Tarifvertrags auseinanderzusetzen.

**Entscheidung**

Geklagt hatte ein spanischer Arbeitnehmer auf Unvereinbarkeit einer Regelung eines spanischen Tarifvertrags mit europäischen Antidiskriminierungsregelungen. Die angegriffene Regelung sah vor, dass Arbeitnehmer zwangsweise in den Ruhestand versetzt werden, wenn sie die auf 65 Jahre festgesetzte Altersgrenze für den Eintritt in den Ruhestand erreicht hatten und die übrigen Voraussetzungen für den Bezug der Altersrente erfüllten. Der Arbeitnehmer sah hierin eine Altersdiskriminierung. Das zuständige spanische Gericht setzte das Verfahren aus und legte die Rechtsfrage dem Europäischen Gerichtshof zur Entscheidung vor. Der Europäische Gerichtshof hielt die Tarifvertragsregelung für europarechtskonform. Zwar stelle die Regelung eine Ungleichbehandlung dar, sie sei aber jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn die Regelung darauf abziele, eine bessere Beschäftigungsverteilung unter den Generationen zu erreichen und die Arbeitslosigkeit einzudämmen. Dabei sei es ausreichend, wenn sich diese Rechtfertigungsgründe aus dem Kontext der Regelung ergäben, sie müssten nicht ausdrücklich in ihr erwähnt sein. Überdies könne eine übermäßige Beeinträchtigung deshalb nicht vorliegen, weil der Arbeitnehmer mit Erreichen der Altersgrenze eine angemessene Rente erhalte.

**Konsequenz**

Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs hat auch Auswirkungen in Deutschland. Die entsprechenden deutschen „Zwangspensionierungsklauseln“ in Arbeits- oder Tarifverträgen bleiben wirksam. Denn wenigstens der Rechtfertigungsgrund der besseren Beschäftigungsverteilung ist regelmäßig vorhanden.

**23. Golfclub muss Darlehen an ausscheidende Mitglieder zurückzahlen****Rechtslage/Kernfrage**

Viele Golfanlagenbetreibergesellschaften bzw. Golfclubs sehen in ihren Aufnahmebedingungen vor, dass die Mitglieder neben weiteren (jährlichen) Leistungen Darlehen zu gewähren hatten. Solche Gestaltungen waren jedenfalls in der jüngeren Vergangenheit oftmals in den Aufbauphasen der Golfanlagen überwiegend üblich. Die Darlehen, die von den Mitgliedern im Rahmen ihrer Aufnahme in den Golfclub gewährt werden mussten, sind dabei oftmals so ausgestaltet, dass die Darlehen erst nach einer langen Zeitspanne oder gar erst bei Beendigung der Mitgliedschaft gekündigt werden können und vom Golfclub zurückgezahlt werden müssen. Dabei sehen die Kündigungs- und Rückzahlungsmodalitäten zugunsten der Golfclubs oftmals noch weitergehende Erleichterungen vor. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat nunmehr in einer jüngeren Entscheidung zu der Frage Stellung genommen, wann die Kündigungs- und Rückzahlungsmodalitäten solcher „Golferdarlehen“ die Mitglieder unangemessen belasten und damit unwirksam sind.

**Entscheidung**

Geklagt hatte ein Golfer, der 1994 in einen Golfclub eingetreten war und dabei ein zinsloses Darlehen von 8.000 DM gewährt hatte. Mit dem Darlehensbetrag sollten der Erwerb und der Ausbau der Golfanlage finanziert werden. Vertraglich war zum einen vereinbart, dass das Darlehen frühestens nach 10 Jahren und dem Austritt aus dem Golfclub kündbar sein sollte. Zum anderen durfte das Darlehen außerdem nur dann gekündigt werden, wenn der Golfclub eine Warteliste mit mindestens 20 an einem Eintritt interessierten Personen hatte und anstelle des kündigenden Mitglieds ein neues Mitglied aufgenommen würde.



Nachdem der Golfer 2002 aus dem Golfclub ausgetreten war, kündigte er das Darlehen und verlangte dessen Rückzahlung und erhielt vom Oberlandesgericht Düsseldorf Recht. Es sah in den Darlehensmodalitäten eine unangemessene Benachteiligung der Mitglieder. Die Kündigung des Darlehens hätte im konkreten Fall nach Ablauf von 10 Jahren und Austritt aus dem Golfclub möglich sein müssen. Die zusätzlich vorgesehenen Kündigungsvoraussetzungen seien unangemessen, die Kündigungsregelungen daher unwirksam. Der Golfclub sei nämlich bereits durch eine mindestens zehnjährige, zinslose Laufzeit, die ausreichend Dispositionsfreiheit ließ, ausreichend abgesichert gewesen. Die Mitglieder ihrerseits seien in ihrem Kündigungsrecht von Faktoren abhängig gewesen, auf die sie keinen Einfluss gehabt hätten. Im Ergebnis hätte der Golfclub damit die Kündigungsmöglichkeit einseitig bestimmen können.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf ist zunächst eine Einzelfallentscheidung. Allerdings dürfte sie Signalwirkung jedenfalls für die Fälle bekommen, in denen Golfclubs die Kündigung und Rückzahlung von Golferdarlehen nicht nur an eine bestimmte Frist und den Austritt aus dem Golfclub, sondern auch an weitere Voraussetzungen geknüpft haben. Haben die Mitglieder in solchen Fällen keinen Einfluss auf die Herbeiführung dieser zusätzlichen Voraussetzungen, könnte die Entscheidung als vergleichbar herangezogen werden. In diesen Fällen droht die sofortige Rückzahlung bei Kündigung.

## **24. Landwirtschaftliche Mitunternehmerschaft bei stiller Beteiligung**

### **Ausgangslage**

Im Urteilsfall pachtete der Kläger (A) einen landwirtschaftlichen Betrieb. Daneben gründeten A und sein Arbeitgeber (B), bei dem der A zusätzlich eine Angestelltentätigkeit ausübte, eine atypisch stille Gesellschaft zur Bewirtschaftung des zugepachteten landwirtschaftlichen Betriebs. Nach den Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag war A mit der Geschäftsführung beauftragt und hatte keine Einlage zu leisten, während B als Einlage die Betriebsmittel zur Verfügung stellte. Die Geschäftsführungsbefugnis war gesellschaftsvertraglich im Innenverhältnis in einem erheblichen Umfang von der Zustimmung des B abhängig. A sollte für seine Tätigkeit einen Vorabgewinn erhalten, während B am Ergebnis, Vermögen und den stillen Reserven teilnahm.

### **Sachverhalt**

Im Erstjahr erzielte die Gesellschaft einen Gewinn, der unterhalb des vereinbarten Vorabgewinns lag. In der abgegebenen Steuererklärung wurde somit der gesamte Gewinn, als Vorabgewinn, dem A zugerechnet. Die Finanzverwaltung folgt dieser Auffassung nicht. Sie sah in der dargestellten Konstellation keine Mitunternehmerschaft zwischen A und B. Diese erfordere sowohl Mitunternehmerrisiko als auch Mitunternehmerinitiative des A. Mitunternehmerrisiko könne nicht angenommen werden, da dem A lediglich ein Vorabgewinn zustünde. Eine darüber hinausgehende Gewinn- und/oder Verlustbeteiligung noch die Teilnahme an den stillen Reserven war vertraglich ausgeschlossen. Auch eine überdurchschnittliche Mitunternehmerinitiative könne in Ermangelung des Mitunternehmerrisikos den Tatbestand einer Mitunternehmerschaft nicht begründen. Insofern wären die Einkünfte im Rahmen eines Anstellungsverhältnisses zugeflossen. Hiergegen richtete sich die Revision des A.

### **Rechtslage**

Der Bundesfinanzhof vertrat die Auffassung, dass A als Mitunternehmer anzusehen sei. Zutreffend müssen zwingend die Merkmale Mitunternehmerrisiko und Mitunternehmerinitiative vorliegen. Diese können jedoch unterschiedliche Ausprägungen haben. Zwar hat A unzweifelhaft ein geringes Mitunternehmerrisiko getragen, da er nicht am Gewinn/Verlust und an den stillen Reserven beteiligt war, dies konnte jedoch durch die starke Ausprägung des Initiativrechts kompensiert werden. Im Rechtsverkehr nach außen trat alleine A auf, da die gesellschaftsrechtlichen Vereinbarungen mit B lediglich im Innenverhältnis wirkten.



Auch die erheblichen Zustimmungsvorbehalte des B im Rahmen der Geschäftsführung ändern an der Mitunternehmerinitiative nichts. Denn diese Beschränkung gilt ebenfalls nur im Innenverhältnis und hat auf die Rechtsstellung des Klägers im Außenverhältnis keinen Einfluss. Folglich sind die Vorabgewinne des A als Einkünfte aus Landwirtschaft zu qualifizieren.

## 25. Aufwand für Kanzleijubiläum oder runden Geburtstag?

### **Kernproblem**

Betriebsausgaben sind diejenigen Aufwendungen, die durch den Betrieb veranlasst sind. Hierzu können auch Kosten der Feier eines Betriebsjubiläums gehören. Derartige Aufwendungen müssen grundsätzlich von solchen Ausgaben abgegrenzt werden, die privat mitveranlasst sind. Für Aufwendungen, die sowohl privat als auch betrieblich veranlasst sind und die sich objektiv nicht auf die beiden Bereiche aufteilen lassen, kommt ein Betriebsausgabenabzug insgesamt nicht in Betracht. Eine ohnehin mit Argwohn der Finanzverwaltung beobachtete Abgrenzung wird zusätzlich erschwert, wenn am Tag nach einem 50-jährigen Geburtstag eines Sozius ein fünfjähriges Kanzleijubiläum gefeiert wird. Das gilt erst recht, wenn der Geburtstag auf einen Donnerstag fällt. Bei der Entscheidung haben die Finanzrichter einige interessante Aussagen gemacht.

### **Bisherige Rechtsprechung**

Die Feststellung hat durch eine Gesamtwürdigung aller maßgeblichen Umstände zu erfolgen. Dem Anlass der betreffenden Veranstaltung kommt indizielle Bedeutung für die Frage zu, ob die Aufwendungen betrieblich oder privat veranlasst sind. Darüber hinaus müssen aber weitere Umstände im Rahmen der Gesamtwürdigung berücksichtigt werden. Für den BFH ist die Bestimmung des Charakters einer Veranstaltung von Bedeutung, z. B. wer als Gastgeber auftritt, wer die Gästeliste bestimmt, welche Gäste geladen wurden, wo die Veranstaltung stattgefunden hat und ob das Fest den Charakter einer privaten Feier aufweist. Aufwendungen für ein Kanzleijubiläum dürfen grds. als Betriebsausgaben abgezogen werden. Dagegen ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass eine in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit einem runden Geburtstag eines Firmeninhabers an einem Wochenende bzw. freitags stattfindende Feier die sachliche Veranlassung der Feier durch den Geburtstag indizieren kann.

### **Entscheidung**

In dem rechtskräftigen Urteil haben die Richter in der Bewertung das Firmenjubiläum über den runden Geburtstag gestellt und der pauschalen Ablehnung der Finanzverwaltung eine Abfuhr erteilt. So sprach für die betriebliche Veranlassung, dass die 120 teilnehmenden Gäste ausschließlich zum Sozietätsjubiläum eingeladen wurden. Der Senat räumte ein, dass den etwa 40 Teilnehmern aus dem Mitarbeiter- und Kollegenkreis der „runde“ Geburtstag des Sozius bekannt war; für die übrigen 80 Mandanten und Geschäftspartner der Sozietät stellte er dies jedoch in Frage. Der „rundende“ Sozius hatte zudem bereits unmittelbar am Geburtstag die Mitarbeiter der Sozietät bewirtet und am Abend, wenn auch in kleinerem Rahmen, in ein Restaurant eingeladen. Auch ein anderes übliches Argument der Verwaltung schlug fehl: Wenn von 300 eingeladenen Gästen nur 120 erschienen sind, kann aus dem Umstand, dass ein Büfett für 260 Gäste bestellt worden ist, nicht die Teilnahme von in der Einladungsliste nicht erwähnten, „privaten Geburtstagsgästen“ des Sozius gefolgert werden.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung kann Hilfestellung in ähnlichen, auf den ersten Blick aussichtslosen Verfahren sein. Noch einmal zur Unterscheidung: In Fällen der Frage des Betriebsausgabenabzugs stellt sich das Problem des Aufteilungsverbots (wie oben geschildert). Geht es jedoch um Feste leitender Angestellter (Geschäftsführer, Vorstand) und ist der Betriebsausgabenabzug der Gesellschaft an sich aus überwiegend betrieblichen Interesse unstreitig, kann das Aufteilungsverbot bei Prüfung einer Einnahme des Begünstigten nicht gelten.



## 26. Dauerdefizitäre kommunale Bäder-GmbH führt zu verdeckter Gewinnausschüttung

### Einführung

Städte und Gemeinden nehmen regelmäßig neben der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben auch am Wirtschaftsleben teil. Mit ihren Wirtschaftsbetrieben unterliegen die Kommunen der Besteuerung unabhängig davon, in welcher Rechtsform (Regiebetriebe, Eigenbetriebe, Eigengesellschaften) diese betrieben werden. Häufig befinden sich im Portfolio einer Kommune sowohl gewinnträchtige (z. B. Versorgungsunternehmen) als auch defizitäre Betriebe (z. B. ÖPNV-Unternehmen, Bäderbetriebe). In solchen Fällen sind die Kommunen bestrebt, die Gewinne und Verluste steuerlich miteinander zu verrechnen, um die Steuerbelastung der Gewinnbetriebe zu senken oder ganz zu vermeiden (sog. steuerlicher Querverbund).

### Sachverhalt

In dem vom BFH zu entscheidenden Fall war eine Gemeinde zu 100 % an einer kommunalen Holding-GmbH beteiligt. Diese Holding hielt 2 weitere Beteiligungen. Die eine Gesellschaft, eine Wohnungsbau-GmbH, erwirtschaftete Gewinne, während die Hallenbad-GmbH dauerhaft Verluste erlitt. Beide Tochtergesellschaften schlossen mit der Holding Ergebnisabführungsverträge ab, um einen Ergebnisausgleich innerhalb der steuerlichen Organschaft zu ermöglichen.

### Entscheidung

Der BFH hat die Begründung der Organschaft im Grundsatz zugelassen und nicht als rechtsmissbräuchlich angesehen. Allerdings haben die BFH-Richter das Unterhalten eines strukturell dauerdefizitären Betriebs in der Rechtsform der GmbH ohne Verlustausgleich und ggf. ohne angemessenen Gewinnaufschlag durch die Gemeinde als verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) qualifiziert. Im Ergebnis soll der volle Verlust der Hallenbad-GmbH als vGA zu behandeln sein. Ein Verlustausgleich, der die Annahme einer vGA verhindern könnte, müsste auf schuldrechtlicher Basis zwischen Gemeinde und GmbH vereinbart sein.

Verlustausgleichszahlungen, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst und als Einlagen zu behandeln sind, seien hierzu nicht geeignet.

### Konsequenz

Im Ergebnis kommt die Entscheidung nicht überraschend, denn der BFH hatte bereits in früheren Verfahren eine entsprechende Tendenz angedeutet. Es ist nach dem Richterspruch mehr als fraglich, ob dauerdefizitäre Betriebe noch in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft unterhalten werden sollten, weil hier das vGA-Risiko am größten ist. Es bleibt abzuwarten, wie die Finanzverwaltung auf das Urteil reagieren wird und ob ggf. der Gesetzgeber tätig wird, um den kommunalen Querverbund abzusichern. Die finanziellen Auswirkungen könnten jedenfalls enorm sein. Nach ersten Schätzungen könnte ein Steuervolumen von 1,5 Mrd. EUR pro Jahr betroffen sein.

## 27. Notare und die steuerrechtlichen Folgen des beurkundeten Geschäfts

Notare sind gesetzlich verpflichtet, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des beurkundeten Geschäfts zu belehren. Fraglich war bislang, ob und inwiefern der Notar auch auf die steuerrechtlichen Folgen hinzuweisen hat.

### Sachverhalt:

Die Klägerin hatte 1998 Gewerbeimmobilien für rund 4,5 Millionen DM erworben. Den Kaufvertrag hatte sie von dem beklagten Notar beurkunden lassen. Im Vertrag waren vom Verkäufer, einem Steuerberater, die Kaufpreise sowie die Umsatzsteuerbeträge der jeweiligen gewerblichen Einheiten vorgegeben worden. Die Klägerin zahlte dementsprechend Umsatzsteuer an den Verkäufer, der den Betrag allerdings nicht an das Finanzamt abführte. Als die Klägerin beim Finanzamt die Zahlung der Umsatzsteuer als Vorsteuer geltend machte, wies das Finanzamt darauf hin, dass nur eine tatsächlich geschuldete Umsatzsteuer als Vorsteuer abziehbar sei.



Bei der hier vorliegenden Übertragung vermieteter Gewerbeimmobilien unter Fortführung der Mietverträge durch den Erwerber liege eine nicht steuerbare Geschäftsveräußerung im Sinne des § 1 Abs.1a UStG vor. Daher komme ein Vorsteuerabzug nicht in Betracht.

Nachdem die Klägerin ohne Erfolg gerichtlich gegen den ablehnenden Bescheid des Finanzamts vorgegangen war, verlangte sie von dem Notar, der den Kaufvertrag beurkundet hatte, Schadensersatz in Höhe der Beträge, die sie nicht als Vorsteuer hatte geltend machen können. Sie vertrat die Auffassung, dass der Notar sie auf die fehlende Umsatzsteuerpflicht hätte hinweisen müssen.

### **Entscheidung**

Die Klage hatte keinen Erfolg. Der BGH hat festgestellt, dass der Klägerin gegen den Notar kein Anspruch auf Schadensersatz zusteht, denn der Notar musste sie nicht auf die fehlende Umsatzsteuerpflicht hinweisen.

Notare müssen regelmäßig nicht auf steuerrechtliche Folgen des beurkundeten Geschäfts hinweisen. Die steuerrechtlichen Folgen gehören typischerweise nicht zum Inhalt des Kaufvertrags selbst, sondern ergeben sich kraft Gesetzes als Folgen daraus. Darüber hinaus ist es Notaren allein aufgrund der Beurkundung regelmäßig nicht möglich, die steuerlichen Folgen des Geschäfts exakt zu beurteilen. Im Bedarfsfall müssen sich die Beteiligten daher von steuerlichen Fachkräften beraten lassen.

Eine Beratungspflicht des Notars in Bezug auf steuerrechtliche Fragen kommt nur in Betracht, wenn er die steuerliche „Gefahrenlage“ kannte oder erkennen musste. Ist der Notar sich im Hinblick auf die steuerlichen Auswirkungen unsicher, muss er empfehlen, den steuerlichen Aspekt von einem Fachmann überprüfen zu lassen.

Im Streitfall waren keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass der Beklagte die fehlende Umsatzsteuerpflicht kannte oder kennen musste. Vielmehr durfte er angesichts des Geschäfts und seines Volumens davon ausgehen, dass die Klägerin geschäftsgewandt und steuerrechtlich beraten war. Hinzu kam, dass der Verkäufer, der den Ausweis der Umsatzsteuer im Kaufvertrag vorgeschlagen hat, Steuerberater war.

### **Praxishinweis**

Die Entscheidung bestätigt die Empfehlung, einen notariellen Vertrag stets auch durch den steuerlichen Berater prüfen zu lassen. Wer dies versäumt, kann sich nicht bei dem beurkundenden Notar schadlos halten.

## **28. Ärztliche Gutachten – steuerfrei oder steuerpflichtig?**

### **Einführung**

Nach der Rechtsprechung des EuGH, dem das nationale Recht folgt, sind ärztliche Gutachten nur steuerfrei, wenn ein therapeutisches Ziel im Vordergrund steht. In der Praxis herrscht häufig Unsicherheit, ob die Gutachten steuerpflichtig sind oder nicht. Zahlreiche neue Urteile sorgen dafür, dass es schwierig ist, den Überblick zu behalten.

### **Neue Verwaltungsanweisung**

Die OFD Frankfurt a. M. gibt in einer aktuellen Verfügung nochmals wichtige Hinweise für den Praktiker. Neben einer Darstellung der zu beachtenden Grundsätze wird die Kleinunternehmerregelung erläutert, die hilfreich sein kann, um die Erhebung von Umsatzsteuer zu verhindern. In der Anlage zur Verfügung wird der aktuelle Rechtsstand zur umsatzsteuerlichen Behandlung von Gutachten dargestellt.



### **Konsequenz**

Ärzte sollten zumindest einmal jährlich prüfen, ggf. zusammen mit ihrem steuerlichen Berater, ob und in welchem Umfang sie umsatzsteuerpflichtige Leistungen erbringen und ob die Kleinunternehmerregelung angewendet werden kann und soll. Hierbei kann die genannte Anlage zurate gezogen werden.

Bei Abschluss von Verträgen mit Auftraggebern sollte vorsorglich darauf geachtet werden, dass der Vertrag eine Umsatzsteuerklausel enthält. Diese soll gewährleisten, dass der Arzt für den Fall, dass er wider Erwarten umsatzsteuerpflichtig wird, die Umsatzsteuer vom Auftraggeber erstattet bekommt. Fehlt eine solche Klausel, so geht die Finanzverwaltung davon aus, dass die Umsatzsteuer zu Lasten des Arztes aus dem vereinbarten Nettobetrag herauszurechnen ist.

## **29. Steuersparpotenzial durch Umsatzsteuervorauszahlungen**

### **Einführung**

Freiberufler und kleinere Gewerbetreibende ermitteln ihre Einkünfte in der Regel mit Hilfe der Einnahmen-Überschussrechnung. Hiernach werden grundsätzlich Einnahmen im Kalenderjahr des Zuflusses (z. B. Eingang auf dem Bankkonto) und Ausgaben entsprechend im Kalenderjahr des Abflusses erfasst. Abweichend hiervon sind jedoch regelmäßig wiederkehrende Einnahmen bzw. Ausgaben, die kurze Zeit (10 Tage) vor oder nach Beendigung des Kalenderjahres zu- bzw. abfließen, in dem Jahr zu berücksichtigen, zu dem sie wirtschaftlich gehören.

### **Fall**

Ein Unternehmensberater zahlte die Umsatzsteuervorauszahlung für das IV. Quartal 1999 am 6.1.2000. Er ermittelte seinen Gewinn nach der Einnahmen-Überschussrechnung. Entgegen der Auffassung des Finanzamts sah der Unternehmensberater in der Umsatzsteuervorauszahlung eine regelmäßig wiederkehrende Ausgabe. Er erfasste daher die Umsatzsteuervorauszahlung im Jahr 1999 als Betriebsausgabe.

### **Neues Urteil**

In Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung folgte der BFH der Ansicht des Unternehmensberaters. Demnach sind Umsatzsteuervorauszahlungen als regelmäßig wiederkehrende Ausgaben zu qualifizieren.

### **Konsequenz**

Umsatzsteuervorauszahlungen, die zum 10.1. des Folgejahres fällig werden, können zur Reduzierung der Ertragsteuern des Vorjahrs genutzt werden. Dies gilt für folgende Vorauszahlungen:

- Quartalszahler: IV. Quartal (ohne Dauerfristverlängerung)
- Monatszahler:
  - Dezember (ohne Dauerfristverlängerung)
  - November (mit Dauerfristverlängerung).

Um von der neuen Rechtsprechung zu profitieren, ist darauf zu achten, dass die betreffende Vorauszahlung bis zum 10.1. abfließt. Insbesondere muss verhindert werden, dass das Finanzamt auf Grund einer bestehenden Einzugsermächtigung die Vorauszahlung einzieht, da dann der Abfluss erst nach dem 10.1. erfolgt.

Quartalszahler sollten prüfen, ob es sich lohnt auf eine Dauerfristverlängerung, die die Fälligkeit der Vorauszahlung um einen Monat verschiebt, zu verzichten, um die geänderte Rechtsprechung nutzen zu können.



**30. Erhöht die Grunderwerbsteuer die Umsatzsteuer?**

**Einführung**

Die Veräußerung eines Grundstücks ist von der Umsatzsteuer befreit. Der Veräußerer kann jedoch unter bestimmten Voraussetzungen zur Umsatzsteuer optieren. Der BFH hatte im Jahr 2005, abweichend von seiner bisherigen Rechtsprechung, entschieden, dass die vom Käufer übernommene Grunderwerbsteuer nicht die Bemessungsgrundlage der Umsatzsteuer erhöht. Im Jahr 2006 bestätigte er diese Rechtsprechung. Eine Anerkennung dieser Urteile durch die Finanzverwaltung stand noch aus.

**Neue Verwaltungsanweisung**

Das BMF erkennt nunmehr das Urteil des BFH aus dem Jahr 2006 an. Bis zum 30.9.2007 wendet das BMF eine Übergangsregelung an. Verträge, die bis zu diesem Zeitpunkt noch unter Berücksichtigung der überholten Verwaltungsauffassung geschlossen wurden, werden nicht beanstandet.

**Konsequenz**

In Kaufverträgen, die nach dem 30.9.2007 geschlossen werden, darf die Grunderwerbsteuer nicht mehr in die Berechnung der Umsatzsteuer einbezogen werden.



**GmbH-Gesellschafter/-Geschäftsführer**

**31. Zusammenhang von Bilanzänderung und Bilanzberichtigung**

**Einführung**

Eine Bilanzänderung darf nur vorgenommen werden, wenn sie in einem engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit einer Bilanzberichtigung, also der Korrektur eines unrichtigen Ansatzes eines Wirtschaftsgutes, steht und soweit die Auswirkung der Bilanzberichtigung reicht. Ein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang ist dann zu bejahen, wenn sich die Maßnahmen auf dieselbe Bilanz beziehen und die Änderung der Bilanz unverzüglich nach der Bilanzberichtigung begehrt wird.

**Entscheidung**

Der BFH hatte zu entscheiden, ob bei einer Gewinnerhöhung aufgrund nicht bzw. fehlerhaft gebuchter Entnahmen der Sachverhalt der Berichtigung einer unrichtigen Bilanz vorliegt. Rein technisch ist eine Bilanzberichtigung nicht erforderlich, da sich nur die Zusammensetzung der Eigenkapitalbestandteile ändert, da sich Entnahme und Gewinnänderung innerhalb des Eigenkapitals kompensieren, ansonsten aber die Höhe des Eigenkapitals unverändert bleibt.

Der BFH hat entgegen der Auffassung des BMF entschieden, dass die Veränderung der Eigenkapitalbeträge und eine damit einhergehende Gewinnerhöhung als Bilanzberichtigung zu qualifizieren sind. Das Eigenkapital ist ein Bilanzposten, der sich aus verschiedenen handelsrechtlich definierten Teilbeträgen zusammensetzt und nicht nur eine Saldogröße aus den in der Bilanz auszuweisenden Wirtschaftsgütern. Dem folgend sind die Voraussetzungen für eine Bilanzänderung gegeben.

**Konsequenz**

Der Besteuerung ist eine richtige Bilanz zugrunde zu legen. Diesen Zweck verfolgen die Vorschriften zur Bilanzberichtigung. Insbesondere nach Betriebsprüfungen empfiehlt sich eine sorgfältige Prüfung, inwieweit im Rahmen einer zulässigen Bilanzänderung Steuernachzahlungen durch die Ausübung von Wahlrechten vermieden werden können.

**32. Befristeter Arbeitsvertrag nach Ausbildungsverhältnis nur einmal zulässig**

**Kernfrage/Rechtslage**

Befristete Arbeitsverträge unterliegen einer Wirksamkeitskontrolle nach dem Teilzeit-Befristungsgesetz. Ist danach die Befristung des Arbeitsverhältnisses unzulässig, gilt der Arbeitsvertrag als unbefristet zustande gekommen. Die Gesetzessystematik der Regelungen, die eine Befristung eines Arbeitsverhältnisses überhaupt zulassen, sieht dabei vor, dass eine Befristung in der Regel eines sachlichen Grundes bedarf. Ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes kann ein Arbeitsverhältnis für bis zu 2 Jahre befristet geschlossen werden bzw. maximal zweimal bis zu einer Dauer von 2 Jahren befristet werden. Daneben bestehen erleichterte Befristungsmöglichkeiten für den Abschluss von Arbeitsverträgen bei Unternehmensgründung und mit älteren Arbeitnehmern. Die Gesetzessystematik sieht unter anderem als ausdrücklich normierten sachlichen Grund für die Befristung eines Arbeitsverhältnisses vor, dass eine Befristung im Anschluss an eine Berufsausbildung erfolgen kann, um den Übergang in eine Anschlussbeschäftigung zu erleichtern. Über die Frage, ob weitergehende Befristungen aus diesem sachlichen Grund zulässig sind, hat nunmehr das Bundesarbeitsgericht entschieden.

**Entscheidung**

Der Kläger war beim Arbeitgeber (öffentlicher Dienst) ausgebildet worden. Nach Abschluss der Ausbildung schlossen die Parteien einen für ein Jahr befristeten Arbeitsvertrag, der als sachliche Begründung ausdrücklich die Erleichterung des Übergangs in ein Anschlussarbeitsverhältnis vorsah. Das Arbeitsverhältnis wurde nach Ablauf des Jahres noch zweimal bis zu einer Gesamtdauer von 2 Jahren befristet. Nach Ablauf der 2 Jahre klagte der Kläger auf Feststellung des Bestehens eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses und bekam letztendlich vom Bundesarbeitsgericht, das die Entscheidungen der Instanzgerichte aufhob, Recht. Die Befristung eines Arbeitsverhältnisses im Anschluss an eine Ausbildung ist nur ein einziges Mal möglich. Darüber hinausgehende Befristungen können nur auf andere sachliche Gründe gestützt werden. Auch die Möglichkeiten zur sachgrundlosen Befristung für bis zu 2 Jahren sind nicht alternativ anwendbar.

**Konsequenz**

Die Entscheidung ist eindeutig. Soll ein Auszubildender befristet übernommen werden, ist dies einmal möglich. Weitere Befristungen bedürfen sachlicher Gründe. Hingewiesen wird darauf, dass umstritten ist, welchen zeitlichen Umfang die Befristung nach Ausbildung umfassen darf. Insoweit gilt wohl überwiegend die Auffassung, dass eine längere zeitliche Befristung dem Gesetzeszweck der Erleichterung der Aufnahme einer Anschlussbeschäftigung entgegensteht. Gegebenfalls kann eine zweijährige Befristung ggfls. schon unzulässig sein.

**33. Fehlende Verzinsung berührt Wirksamkeit der Organshaft nicht****Einführung**

Voraussetzung für eine körperschaftsteuerliche Organshaft sind u. a. der Abschluss und die tatsächliche Durchführung eines Gewinnabführungsvertrags zwischen dem Organträger und der Organgesellschaft. Danach muss die Organgesellschaft ihren gesamten Gewinn an den Organträger abführen. Andererseits ist der Organträger zum vollständigen Ausgleich eines evtl. entstehenden Verlusts bei der Organgesellschaft verpflichtet.

**Problemstellung**

Die Höhe eines auszugleichenden Verlusts steht regelmäßig erst mit Feststellung des Jahresabschlusses der Organgesellschaft fest. Zivilrechtlich entsteht der Anspruch jedoch bereits am Bilanzstichtag und ist zu diesem Zeitpunkt auch fällig. Erfolgt der monetäre Verlustausgleich – wie regelmäßig in der Praxis – erst nach Bilanzfeststellung, so hat die Organgesellschaft auch einen Anspruch auf Zinsen für den Zeitraum ab Fälligkeit. In Literatur und Praxis herrschte Unsicherheit, ob eine fehlende Verzinsung Auswirkungen auf die steuerliche Anerkennung der Organshaft hat.

**Auffassung der Finanzverwaltung**

Die Finanzverwaltung hat mit einem BMF-Schreiben für Entwarnung gesorgt. Danach steht die unterlassene oder unzutreffende Verzinsung des Verlustausgleichs der tatsächlichen Durchführung des Gewinnabführungsvertrags nicht entgegen. Eine unterlassene Verzinsung oder ein unzulässiger Verzicht stelle lediglich eine Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht dar.

**Konsequenz**

Das BMF-Schreiben ist ausdrücklich zu begrüßen. Eine gegenteilige Auffassung hätte dramatische Folgen für betroffene Unternehmen haben können, weil u. U. auch rückwirkend Verlustverrechnungen innerhalb eines Organkreises zerstört worden wären. Nunmehr bleibt eine unterlassene Verzinsung gänzlich ohne steuerliche Konsequenzen. Sie führt zwar zu einer verdeckten Gewinnausschüttung aufgrund einer verhinderten Vermögensmehrung bei der Organgesellschaft. Diese vGA ist jedoch im Organkreis wie eine vorweggenommene Gewinnabführung zu behandeln und wird daher beim Organträger wieder neutralisiert.



### 34. **Aufhebungsverträge führen in vielen Fällen nicht mehr zu Einbußen beim Arbeitslosengeld**

#### **Kernfrage/Rechtslage**

Aufgrund der gesetzlichen Regelungen zum Arbeitslosengeld kommt es insbesondere dann zu Sperrzeiten beim Arbeitslosengeld, wenn der Arbeitnehmer das Beschäftigungsverhältnis gelöst und dadurch seine Arbeitslosigkeit selbst herbeigeführt hat, ohne hierfür einen Grund zu haben. Ausgehend von diesem Grundsatz und gestützt auf ein – umstrittenes – Urteil des Bundessozialgerichts war es bislang gängige Praxis der Bundesagentur, Sperrzeiten dann zu verhängen, wenn ein Arbeitnehmer durch Abschluss eines Aufhebungsvertrags sein Arbeitsverhältnis (mit)beendet. Nur in Ausnahmefällen führten Aufhebungsverträge bislang zu keiner Sperrzeit; nämlich dann, wenn die Prüfung einer hypothetischen Kündigung zu dem Ergebnis kam, dass diese wirksam gewesen wäre. Im Ergebnis zwang die Bundesagentur den Arbeitnehmer damit selbst dann in einen Kündigungsschutzprozess, wenn eine einvernehmliche Einigung möglich gewesen wäre. Die Bundesagentur hat nunmehr ihre Durchführungsanweisungen zur Sperrzeit aktualisiert.

#### **Entscheidung**

Nach den nunmehr geltenden Anweisungen haben Arbeitnehmer bei Abschluss eines Aufhebungsvertrags dann einen ungekürzten Anspruch auf Arbeitslosengeld, wenn

- eine Abfindung zwischen 0,25 und 0,5 Monatsverdiensten pro Beschäftigungsjahr gezahlt wird,
- der Arbeitnehmer ohne den Aufhebungsvertrag unter Einhaltung der Kündigungsfrist betriebsbedingt gekündigt worden wäre,
- die Kündigungsfrist eingehalten worden wäre und
- der Arbeitnehmer nicht kündbar war.

Insbesondere dann, wenn sich die Abfindung außerhalb der vorgenannten Bandbreite bewegt, soll es aber weiterhin bei der bisherigen Praxis verbleiben.

#### **Konsequenz**

Die geänderten Anweisungen der Bundesagentur führen dazu, dass Aufhebungsverträge in vielen Kündigungsfällen ein Kündigungsschutzverfahren wieder vermeidbar werden lassen. Denn die geänderten Anweisungen der Bundesagentur betreffen gerade die betriebsbedingten Fälle, in denen ein Aufhebungsvertrag eine praktikable Alternative zu Kündigungsschutzprozessen darstellt. Mindestens steht aber fest, in welchen Parametern sperrzeitfeste Aufhebungsverträge zu fassen sind.

### 35. **Zum Betriebsübergang bei Insolvenz**

#### **Kernfrage/Rechtslage**

Übernimmt ein neues Unternehmen den bisher von einem anderen Unternehmen ausgeübten Geschäftsbetrieb, kommt es zu einem sogenannten Betriebsübergang, für dessen Vorliegen das Arbeitsrecht besonders weit reichende, die Arbeitnehmer schützende Regelungen vorgesehen hat. Insbesondere sind Kündigungen wegen des Betriebsübergangs per se unwirksam. Regelmäßige Streitfragen sind zum einen, ob überhaupt ein Betriebsübergang vorgelegen hat (hierfür ist regelmäßig die Übertragung sämtlicher die wirtschaftliche Betriebseinheit erhaltender Betriebsmittel erforderlich), und zum anderen, ob im Vorfeld oder anlässlich des Betriebsübergangs ausgesprochene Kündigungen, insbesondere aber in diesem Zeitraum abgeschlossene Aufhebungsverträge wirksam sein können. Diese Streitfragen führen ganz besonders dann zu Prozessen, wenn der Betriebsübergang mit einer Insolvenz des ursprünglichen Unternehmens zusammen fällt und nur Teile der Belegschaft nach der Insolvenz weiterbeschäftigt werden. Über einen in diesem Spannungsfeld angesiedelten Sachverhalt hatte das Bundesarbeitsgericht in einer neueren Entscheidung zu befinden.

**Entscheidung**

Der Kläger war bei der A-GmbH beschäftigt, über deren Vermögen am 1.1.2005 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Die A-GmbH bzw. deren Insolvenzverwalter stellte den Geschäftsbetrieb ein. Parallel wurde die B-GmbH als Auffanggesellschaft gegründet, der der Insolvenzverwalter die bisherigen Betriebsmittel zur Nutzung überließ. Nachdem der Kläger mit dem Insolvenzverwalter einen Aufhebungsvertrag zum Beendigungstermin 28.2.2005 geschlossen hatte, arbeitete der Kläger ab dem 1.3.2005 für die Auffanggesellschaft, die jedoch keinen Lohn auszahlte und den Kläger am 29.7.2005 kündigte. Der Kläger klagte daraufhin auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung und Lohnzahlung. Mit seinem zugunsten des Klägers ergangenen Urteil stellte das Bundesarbeitsgericht klar, dass ein Betriebsübergang dann vorliegt, wenn der Insolvenzverwalter die Betriebstätigkeit einstellt, die Betriebsmittel einem Dritten zur Nutzung überlässt und dieser die wirtschaftliche Tätigkeit des insolventen Unternehmens fortführt. Ein Kaufvertrag zwischen dem Insolvenzverwalter und dem den Geschäftsbetrieb fortführenden Dritten ist nicht erforderlich. Darüber hinaus stellt es eine unzulässige Umgehung des Kündigungsverbots wegen Betriebsübergang dar, wenn der Insolvenzverwalter im zeitlichen Zusammenhang mit dem Betriebsübergang mit einem Arbeitnehmer einen Aufhebungsvertrag schließt.

**Konsequenz**

Die Entscheidung stärkt die Arbeitnehmerrechte bei Insolvenz und Fortführung des Geschäftsbetriebs. Gleichzeitig erschwert es Gestaltungen, mit denen versucht wird, trotz Insolvenz wenigstens einen Kernbetrieb fortzuführen. Jedenfalls werden Aufhebungsverträge, die dazu dienen sollen, die Belegschaftsstärke zu reduzieren, in solchen Situationen gefahrenbehaftete Mittel sein.

**36. Haftung des Arbeitgebers für „Mobbing“ durch Mitarbeiter****Kernfrage/Rechtslage**

Auch außerhalb des Regelungsbereichs des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, das diskriminierendes Verhalten dann sanktioniert, wenn besondere Diskriminierungsmerkmale betroffen sind bzw. wegen besonderer Merkmale diskriminiert wird, kann diskriminierendes, herabsetzendes oder entwürdigendes Verhalten, sog. „Mobbing“, gegenüber Arbeitnehmern geahndet werden. „Mobbt“ der Arbeitgeber selber, dann steht dem Arbeitnehmer sowohl ein Unterlassungsanspruch als auch ein Schadensersatzanspruch, gerichtet auf Schmerzensgeld, zu. Das Gleiche gilt, wenn ein (leitender) Mitarbeiter einen anderen Arbeitnehmer „mobbt“. Das Bundesarbeitsgericht hatte in einer jüngeren Entscheidung darüber zu befinden, welche auch über die vorgenannten Ansprüche hinausgehenden Ansprüche der „gemobbte“ Mitarbeiter geltend machen kann.

**Entscheidung**

Geklagt hatte ein Arbeitnehmer (Oberarzt) auf der Grundlage des folgenden Sachverhalts: Der Kläger fühlte sich von seinem Vorgesetzten (Chefarzt), einem leitenden Angestellten des Arbeitgebers, „gemobbt“. Ein von Seiten des Arbeitgebers eingeleitetes Güteverfahren blieb erfolglos. Aufgrund des „Mobbings“ war der Kläger über längere Zeiträume hinweg wegen psychischer Erkrankungen arbeitsunfähig. Mit seiner Klage beantragte der Kläger neben Schmerzensgeld die Beendigung des Anstellungsverhältnisses mit dem Chefarzt. Hilfsweise sollte der Arbeitgeber ihm (dem Kläger) einen anderen gleichwertigen Arbeitsplatz zuweisen, an dem er nicht mehr den Weisungen des Chefarztes unterliege. Das Bundesarbeitsgericht entschied, dass der Arbeitnehmer, wenn er durch das „Mobbing“ erkrankte, gegen seinen Arbeitgeber einen Schmerzensgeldanspruch erlange. Die Kündigung des „mobbenden“ (leitenden) Mitarbeiters könne der Arbeitnehmer in der Regel nicht verlangen. Anspruch auf einen anderen gleichwertigen Arbeitsplatz habe der Arbeitnehmer nur dann, wenn ein solcher Arbeitsplatz beim Arbeitgeber besteht.

**Konsequenz**

Die Entscheidung stellt klar, welche „Mobbing“-Ansprüche der „gemobbte“ Arbeitnehmer geltend machen kann. Primäre Ansprüche sind der Unterlassungs- und der Schadensersatzanspruch, gerichtet auf Schmerzensgeld. Einen Anspruch auf Beendigung des „Mobbings“ durch Kündigung des „mobbenden“ Mitarbeiters hat der Arbeitnehmer nicht. Allerdings wird der Arbeitgeber prüfen müssen, ob eine Versetzung des „gemobbten“ Arbeitnehmers innerbetrieblich möglich ist.

**37. Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes auf Schuldbeitritt des Geschäftsführers****Einführung**

Das Verbraucherkreditgesetz (VerbrKrG) wurde zur Umsetzung einer EU-Richtlinie erlassen. Hierdurch soll ein angemessener Verbraucherschutz bei Kreditverträgen zwischen gewerblichen Kreditgebern und Verbrauchern sichergestellt werden. Wird die Schriftform insgesamt nicht eingehalten oder fehlen vorgeschriebene Angaben, ist der Kreditvertrag nichtig (§ 6 Abs. 1 VerbrKrG). Im Kreditvertrag sind u. a. der Gesamtbetrag aller vom Verbraucher zu entrichtenden Teilzahlungen für Tilgung, Zinsen und Kosten sowie der effektive Jahreszins abzugeben. Mit der Schuldrechtsreform wurden diese gesetzlichen Bestimmungen inzwischen in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen (§§ 491 ff. BGB). Streitig war, ob die Schutzvorschriften auch für einen Gesellschafter-Geschäftsführer gelten, der seinen Schuldbeitritt im Rahmen einer Darlehensaufnahme der Gesellschaft zur Anschubfinanzierung erklärte.

**Entscheidung**

Der Beklagte hatte im Jahr 2000 zusammen mit einem weiteren Gesellschafter eine GmbH & Co. KG mit einer kapitalmäßigen Beteiligung von jeweils 50 % gegründet. Beide Gesellschafter waren alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer der Komplementär-GmbH. Im Juli 2000 schloss die GmbH & Co. KG einen Darlehensvertrag, wonach ein Darlehen von bis zu 500.000 DM als Anschubfinanzierung eingeräumt wurde. Angaben zum Gesamtbetrag aller von der Gesellschaft zu leistenden Zahlungen und zum effektiven Jahreszins enthielt der Vertrag nicht. Im Vertrag war bestimmt, dass die beiden Gesellschafter mit ihren Ehefrauen für die Rückzahlung des Darlehens als Gesamtschuldner haften. Als die Gesellschaft keine Rückzahlungen mehr auf das Darlehen leistete, wurde der Beklagte auf Rückzahlung des Darlehensbetrags in Anspruch genommen. Der Beklagte lehnte eine Zahlung ab mit Hinweis darauf, dass sein Schuldbeitritt unwirksam sei, weil er gegen Formvorschriften des VerbrKrG verstoße. Die gegen ihn erhobene Klage hat der BGH in letzter Instanz zurückgewiesen. Es bestehe gegen den Beklagten kein Anspruch auf Rückzahlung der Darlehenssumme, weil der Schuldbeitritt wegen Verstoßes gegen gesetzliche Vorschriften (§ 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1b, e VerbrKrG) nichtig sei. Zwar sei ein Schuldbeitritt seinem Wesen nach selbst kein Kreditvertrag im Sinne des Gesetzes (§ 1 Abs. 2 VerbrKrG). Er sei einem solchen aber gleichzustellen, wenn es sich bei dem Vertrag, zu dem der Beitritt erklärt werde, um einen Kreditvertrag handle. An die Formwirksamkeit des Schuldbeitritts seien deshalb, insbesondere hinsichtlich der Mindestangaben (§ 4 Abs. 1 VerbrKrG), dieselben strengen Anforderungen zu stellen wie an den Kreditvertrag selbst. Das gelte auch dann, wenn der Schuldbeitritt der Existenzgründung einer Gesellschaft diene. Ausschlaggebend für die Anwendung des VerbrKrG sei nur, dass der Beitretende Verbraucher im Sinne des VerbrKrG sei. Ob der Kreditnehmer Verbraucher oder Unternehmer sei, sei hingegen unerheblich. Geschäftsführer und Gesellschafter einer GmbH, die im eigenen Namen der Kreditschuld ihrer Gesellschaft beitreten, seien Verbraucher im Sinne des § 1 Abs. 1 VerbrKrG und keine Unternehmer (§ 14 Abs. 1 BGB). Denn Geschäftsführer würden im Rahmen der Geschäftsführung nicht wie ein Kaufmann oder Unternehmer für den eigenen gewerblichen oder selbstständigen Betrieb, sondern vielmehr allein für die Gesellschaft tätig. Da der Beklagte als Verbraucher einzustufen sei, musste der Schuldbeitritt die Voraussetzungen des VerbrKrG erfüllen und somit auch Angaben zum Gesamtbetrag aller zu leistenden Zahlungen und zum effektiven Jahreszins enthalten. Diesen Anforderungen sei der Schuldbeitritt nicht gerecht geworden.



### **Konsequenz**

Werden Gesellschafter oder Geschäftsführer persönlich auf Rückzahlung der ihren Gesellschaften gewährten Darlehen in Anspruch genommen, sollte unbedingt die Einhaltung der Schutzvorschriften für Verbraucherdarlehen (§§ 491 ff. BGB) geprüft werden. Im Gegensatz zum Schuldbeitritt ist bei der Bürgschaft als Sicherungsmittel eine analoge Anwendung der Schutzvorschriften weitgehend ausgeschlossen.

## **38. Nachweis einer innergemeinschaftlichen Lieferung: EuGH vs. Finanzverwaltung**

### **Einführung**

Inneregemeinschaftliche Lieferungen von Deutschland in das Gemeinschaftsgebiet sind in Deutschland steuerbar, jedoch steuerfrei. Der Lieferant muss allerdings die Voraussetzungen für das Vorliegen einer innergemeinschaftlichen Lieferung beleg- und buchmäßig nachweisen. Häufig ergibt sich Streit mit der Finanzverwaltung darüber, ob die erbrachten Nachweise ausreichend sind. Besonders kritisch für die Unternehmer ist dabei die Auffassung der Finanzverwaltung und des BFH, dass der Buchnachweis nicht nachträglich erbracht werden kann.

### **Neues Urteil**

Der EuGH hat nun auf Vorlage des BFH eindeutig Stellung bezogen. Nach Ansicht des EuGH verstößt es gegen die 6. EG-Richtlinie, wenn die Steuerbefreiung für eine tatsächlich ausgeführte innergemeinschaftliche Lieferung versagt wird, weil der Buchnachweis verspätet erbracht wird.

### **Konsequenz**

Aus der Urteilsbegründung des EuGH wird deutlich, dass das Urteil nicht nur den Buchnachweis betrifft, sondern auch die übrigen formellen Anforderungen. Kann der Unternehmer somit nachweisen, dass materiell zweifelsfrei eine innergemeinschaftliche Lieferung vorliegt, darf die Steuerfreiheit nicht versagt werden. So erfreulich das Urteil auch ist, so sind die in der UStDV geforderten Nachweise aus folgenden Gründen in der Praxis weiterhin zeitnah zu erbringen:

39. Ohne diese Unterlagen wird es schwierig nachzuweisen, dass materiell tatsächlich eine innergemeinschaftliche Lieferung vorliegt.
40. Es besteht die Möglichkeit, dass die erforderlichen Unterlagen nachträglich nicht mehr zu beschaffen sind.
41. Der Lieferant ist in seinem guten Glauben an das Vorliegen einer innergemeinschaftlichen Lieferung nur geschützt, wenn er die Nachweise vor Inanspruchnahme der Steuerbefreiung erbringt.
42. Die Erfahrung zeigt, dass die Neigung der Finanzverwaltung, derartige Urteile umzusetzen, nicht gerade ausgeprägt ist. Bei Nicht-Vorlage der Nachweise ist daher unverändert damit zu rechnen, dass Vorsteuererstattungsansprüche zunächst nicht ausgezahlt werden. Ferner entstehen ggf. höhere Kosten durch Einschaltung eines steuerlichen Beraters.

Trotz dieser Einwendungen ist zu hoffen, dass das Urteil dazu beiträgt, dem ausufernden, häufig realitätsfremden Formalismus der deutschen Finanzverwaltung Einhalt zu gebieten, der immer häufiger deutsche Unternehmen an der Durchführung erfolgreicher Auslandsgeschäfte hindert.

Die oben stehenden Texte sind nach bestem Wissen und Kenntnisstand erstellt worden. Die Komplexität und der ständige Wandel der Rechtsmaterie machen es jedoch notwendig, Haftung und Gewähr auszuschließen.