

### **MANDANTENRUNDSCHREIBEN 07+08/2010**

#### Inhalt

##### **Privatbereich**

1. Fahrzeuglieferungs-Meldepflichtverordnung ist in Kraft getreten
2. Ehescheidung: Steuerliche Behandlung des Versorgungsausgleichs
3. Zu Werbungskosten bei Teilnahme an Auslandsgruppenreisen
4. Haben abgelehnte Bewerber gegen Arbeitgeber einen Auskunftsanspruch?
5. Aufwendungen für gemischt veranlasste Fortbildungsveranstaltungen
6. AdV: Abkommensrechtliche Qualifikation gew. geprägter span. PersG
7. Außerordentliche Kündigung eines Landpachtverhältnisses
8. ErbSt: Maßgebende Steuerklassen bei ehemaligem Adoptionsverhältnis
9. Heimischer PC: Entschädigung für unrechtmäßige Beschlagnahmung
10. Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen nicht strafbar

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

1. Vorsteuervergütung: Neue Unternehmerbescheinigung
2. Organschaft: Handlungsbedarf durch geänderte Rechtsprechung
3. Anfechtbarkeit der Bestellung eines Nießbrauchs- oder Wohnrechts
4. Umsatzsteuerpflicht bei Verkauf von ererbten Unternehmensvermögen
5. Stromerzeugung durch Hausbesitzer: Ermittlung des privaten Verbrauchs
6. Mietgarantie kann Umsatzsteuer mindern
7. Umsatzsteuerpflicht für Haftungsvergütung an Komplementär-GmbH
8. Kündigung: Verdacht auf falsche Spesenabrechnungen
9. Arbeitslohn: Vom Arbeitgeber übernommene Golf-Club-Mitgliedsbeiträge
10. Schwarzgeldabrede nicht ohne Weiteres Nettolohnvereinbarung
11. Keine Verpflichtung zur Regelung des Gründungsaufwands in Gesellschaftsverträgen
12. Überschuldungsbilanz: Gesplittete Einlagen ohne Rangrücktrittserklärg.
13. Umsatzsteuer: Beurteilungen des Sponsoring eines Sportvereins
14. Grenzen zulässiger Äußerungen von IHK
15. Vereinfachte GmbH-Gründung: Abänderung des Musterprotokolls zulässig?
16. Aktivierung des Feldinventars bei landwirtschaftlichen Betrieben
17. Vorgetäuschte Erkrankung: Gesteigerte Darlegungs- und Beweislast
18. DBA-USA: Besteuerung von Zinseinkünften einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft

19. BAG hebt Kündigung von "Emmely" auf
20. Verabschiedungsschreiben bei Wechsel zu Wettbewerber

**GmbH-Gesellschafter/-Geschäftsführer**

1. Anwendung von § 64 Abs. 2 GmbHG a. F. auf EU-Auslandsgesellschaften

### Privatbereich

#### 1. Fahrzeuglieferungs-Meldepflichtverordnung ist in Kraft getreten

##### **Einführung**

Wer innerhalb der EU liefert, muss eine Unmenge an Meldepflichten beachten. Seit dem 1.7.2010 ist eine neue hinzugekommen, die Fahrzeuglieferungs-Meldepflichtverordnung (FzgLiefgMeldV).

##### **Inhalt**

Zu melden sind innergemeinschaftliche Lieferungen von neuen Fahrzeugen an Abnehmer ohne USt-IDNr., z. B. Privatpersonen. Die Meldepflicht betrifft nicht nur Unternehmer, sondern auch andere Fahrzeuglieferer i. S. d. § 2a UStG. Zum letztgenannten Personenkreis zählen Privatpersonen sowie Unternehmer, die die Lieferung nicht im Rahmen ihres Unternehmens ausführen. Die Meldung ist bis zum 10. Tag nach Ablauf des Kalendervierteljahres, in dem die Lieferung ausgeführt worden ist, zu übermitteln. Soweit Unternehmern eine Dauerfristverlängerung für die Abgabe der Umsatzsteuervoranmeldungen gewährt wurde, gilt diese auch für die FzgLiefgMeldV.

##### **Konsequenz**

Die neue Meldepflicht ist zu beachten. Ein Verstoß hiergegen kann mit einer Geldbuße von bis zu 5.000 EUR geahndet werden. Unternehmer müssen die Meldung grundsätzlich elektronisch übermitteln; entweder über das ElsterOnline-Portal oder über das Portal des Bundeszentralamts für Steuern (BZSt). Die Nutzung der Portale setzt eine vorherige Registrierung voraus. Diese sollte frühzeitig erfolgen, um die Meldung fristgerecht übermitteln zu können. Fahrzeuglieferer i. S. d. § 2a UStG können die Meldung auch in Papierform abgeben. Das BZSt bietet hierzu das Formular zum Ausdruck an. Aufgrund der Ausweitung der Meldepflichten über den "normalen" Unternehmer hinaus, ist jeder zur Meldung verpflichtet, wenn er ein neues Fahrzeug in die EU liefert. Zu beachten ist dabei, dass ein neues Fahrzeug im Sinne des UStG durchaus auch ein Gebrauchtfahrzeug sein kann. Als neu gelten (§ 1b UStG):

- Landfahrzeuge: motorbetrieben, mit einem Hubraum von mehr als 48 Kubikzentimetern oder einer Leistung von mehr als 7,2 Kilowatt, die nicht mehr als 6.000 Kilometer zurückgelegt haben oder deren erste Inbetriebnahme im Zeitpunkt der Lieferung nicht mehr als 6 Monate zurückliegt.
- Wasserfahrzeuge: mit einer Länge von mehr als 7,5 Metern, die nicht mehr als 100 Betriebsstunden auf dem Wasser zurückgelegt haben oder deren erste Inbetriebnahme im Zeitpunkt der Lieferung nicht mehr als 3 Monate zurückliegt.
- Luftfahrzeuge: mit einer Starthöchstmasse von mehr als 1.550 Kilogramm, die nicht länger als 40 Betriebsstunden genutzt worden sind oder deren erste Inbetriebnahme im Zeitpunkt der Lieferung nicht mehr als 3 Monate zurückliegt.

### 2. Ehescheidung: Steuerliche Behandlung des Versorgungsausgleichs

#### Kernproblem

Geht eine Ehe auseinander, kommt es im Regelfall zur Durchführung eines Versorgungsausgleichs. Dies hat zur Folge, dass die in der Ehezeit erworbenen Anrechte aus der Altersversorgung geteilt werden. Hier wird zwischen interner (also innerhalb des jeweiligen Versorgungssystems) und externer Teilung unterschieden. Steuerlich entstehen dabei eigene Anwartschaften, für die es bei Rentenzufluss keiner steuerlichen Sonderregelungen bedarf. Sind jedoch die Anrechte am Ende der Ehezeit noch nicht ausgleichsreif, z. B. weil der Versorgungsanspruch noch verfallbar ist, kommen Ausgleichsansprüche nach der Scheidung in Betracht. Die einkommensteuerliche Behandlung dieser Ansprüche wurde ab dem VAZ 2008 geändert, so dass sich das BMF zur Veröffentlichung einer neuen Verwaltungsanweisung veranlasst sah.

#### Formen der Ausgleichszahlungen

Die zivilrechtlichen Regelungen des Versorgungsausgleichs wurden ab dem 1.9.2009 geändert, wobei die bisherige zivilrechtliche Systematik weitgehend beibehalten wurde. Es lassen sich folgende Formen unterscheiden:

I. Anspruch auf schuldrechtliche Ausgleichsrente:

1. Basisversorgung,
2. Versorgungsbezug,
3. andere Leibrente (z. B. VBL),
4. Pensionsfonds, -kasse, Direktversicherung oder Riester,

II. Abtretung von Versorgungsansprüchen.

III. Anspruch auf Ausgleich von Kapitalzahlungen.

IV. Anspruch auf Abfindung.

V. Anspruch gegen Witwe/Witwer.

#### Neues BMF-Schreiben

Die steuerliche Behandlung folgt dem Korrespondenzprinzip: Beim Verpflichteten können die im Rahmen des Versorgungsausgleichs getätigten Ausgleichszahlungen in dem Umfang als Sonderausgaben geltend gemacht werden, in dem die den Ausgleichszahlungen zugrunde liegenden Einnahmen bei ihm der Besteuerung unterliegen. Der Berechtigte hat die Zahlungen in der Höhe als sonstige Einkünfte zu versteuern, wie sie beim Verpflichteten als Sonderausgaben abgezogen werden können. Beispiel: Im Jahr 2011 erhält der Ausgleichsverpflichtete eine Basisversorgung von 10.000 EUR; davon unterliegen (nach Berücksichtigung der voll steuerpflichtigen Anpassungen) insgesamt 6.220 EUR der Besteuerung. Bei einer Ausgleichsverpflichtung von 50 % (5.000 EUR) liegen Sonderausgaben von 3.110 EUR vor; der Berechtigte muss 3.110 EUR (minus Werbungskosten-PB) versteuern. Nach dem gleichen Prinzip wird in den anderen Anspruchsfällen verfahren (z. B. im Fall des Versorgungsbezugs durch Ermittlung der Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit unter Berücksichtigung des Versorgungsfreibetrags). Gleiches gilt auch bei Abtretung von Versorgungsansprüchen. Dagegen ist der Anspruch auf Abfindung ein Vorgang auf privater Vermögensebene.

### 3. Zu Werbungskosten bei Teilnahme an Auslandsgruppenreisen

#### **Einführung**

Seit Jahrzehnten hatte die Rechtsprechung des BFH aus der Vorschrift des § 12 Nr. 1 Satz 2 EStG ein Aufteilungs- und Abzugsverbot für Aufwendungen, die sowohl beruflich als auch privat veranlasst waren (sog. gemischte Aufwendungen), hergeleitet. Dies hatte für den Steuerpflichtigen zur Folge, dass auch der Teil der Aufwendungen, der beruflich veranlasst war, steuerlich nicht zum Werbungskostenabzug zugelassen wurde. Diese Rechtsauffassung hat der Große Senat des BFH im Jahre 2009 aufgegeben und gemischt veranlasste Aufwendungen nunmehr für grundsätzlich aufteilbar erklärt.

#### **Sachverhalt**

Eine Englischlehrerin begehrte den Abzug der Aufwendungen für eine mehrtägige Fortbildungsreise nach Irland als Werbungskosten. Die Reise, die von einer Englischlehrervereinigung angeboten und durchgeführt wurde und für die die Klägerin Dienstbefreiung von ihrer Schule erhalten hatte, lief nach einem festen Programm ab und beinhaltete kulturelle Vortragsveranstaltungen und Besichtigungstermine. Das Finanzamt und auch das Finanzgericht lehnten den Werbungskostenabzug in vollem Umfang ab, da die Reise nicht ausschließlich beruflich veranlasst gewesen sei.

#### **Entscheidung des BFH**

Der BFH hob die Entscheidung des FG auf. Das Untergericht hat nunmehr erneut zu prüfen, ob die Kosten der Bildungsreise als beruflich veranlasste Kosten ganz oder teilweise als Werbungskosten berücksichtigungsfähig sind. Die vollständige Versagung des Werbungskostenabzugs aufgrund einer auch privaten Mitveranlassung der Reise sei vor dem Hintergrund der geänderten Rechtsprechung des Großen Senats des BFH aus dem Jahr 2009 nicht ohne weiteres statthaft. Nach den vom Großen Senat aufgestellten Grundsätzen sind vielmehr bei einer gemischt veranlassten Reise zunächst die Kostenbestandteile der Reise zu trennen, die sich eindeutig dem beruflichen und privaten Bereich zuordnen lassen. Aufwendungen, die beide Bereiche betreffen, also insbesondere Beförderung, Hotelunterbringung und Verpflegung, sind aufzuteilen. Hierbei kann als sachgerechter Aufteilungsmaßstab das Verhältnis der beruflich und privat veranlassten Zeitanteile der Reise herangezogen werden.

#### **Konsequenz**

Zwar hat der Große Senat des BFH begrüßenswerter Weise das bislang geltende Aufteilungsverbot sog. gemischter Aufwendungen "gekippt", jedoch sind verschiedene Einschränkungen zu beachten. So muss der Steuerpflichtige unter anderem überprüfbare Nachweise erbringen, an welchen Tagen und in welchem zeitlichen Umfang er während der Reise beruflich tätig war. Die allgemeine Feststellung des Steuerpflichtigen, er sei beruflich tätig geworden, reicht keinesfalls aus.

#### 4. Haben abgelehnte Bewerber gegen Arbeitgeber einen Auskunftsanspruch?

##### **Kernfrage/Rechtslage**

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, das Europäische Vorgaben in nationales Recht umwandelt, sieht für Bewerber einen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch vor, wenn sie aufgrund einer Diskriminierung abgelehnt werden. Bekommen die Bewerber den Ablehnungsgrund nicht mitgeteilt, stellt sich die Frage, ob ihnen die Antidiskriminierungsregelungen einen - in Deutschland nicht ausdrücklich kodifizierten - Auskunftsanspruch gegen den Arbeitgeber eröffnen. Diese Frage hat das Bundesarbeitsgericht jetzt dem Europäischen Gerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

##### **Entscheidung**

Die in Russland geborene Klägerin hatte sich erfolglos auf eine ausgeschriebene Stelle beworben. Die Beklagte hatte ihr nicht mitgeteilt, ob sie einen anderen Bewerber eingestellt hatte und ggf. welche Kriterien für diese Entscheidung maßgeblich waren. Die Klägerin behauptete, sie habe die Voraussetzungen für die ausgeschriebene Stelle erfüllt und sei lediglich wegen ihres Geschlechts, ihres Alters und ihrer Herkunft nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden. Aufgrund der damit vorliegenden Diskriminierungen müsse die Beklagte eine Entschädigung zahlen. Die ersten Instanzen haben die Klage abgewiesen. Das Bundesarbeitsgericht hat das Verfahren ausgesetzt und dem Europäischen Gerichtshof die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob das Gemeinschaftsrecht einem Bewerber, der die Voraussetzungen für eine ausgeschriebene Stelle erfüllt, dessen Bewerbung aber nicht berücksichtigt wurde, gegen den Arbeitgeber einen Anspruch auf Auskunft einräumt. Zur Begründung führte das Gericht aus, dass die Klägerin nach nationalem Recht keinen Anspruch auf Auskunft habe, allerdings sei nicht auszuschließen, dass die einschlägigen Europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien möglicherweise einen solchen Auskunftsanspruch forderten.

##### **Konsequenz**

Die Entscheidung zeigt die Reichweite des Europarechts selbst dort, wo der Gesetzgeber bereits nationale Regelungen geschaffen hat. Es steht zu vermuten, dass der Europäische Gerichtshof die Frage jedenfalls in den Fällen zugunsten der Arbeitnehmer entscheidet, in denen hinreichende Indizien für eine Diskriminierung vorliegen.

### 5. Aufwendungen für gemischt veranlasste Fortbildungsveranstaltungen

#### **Einführung**

Aufwendungen eines Steuerpflichtigen, die sowohl beruflich als auch privat veranlasst sind (sog. gemischte Aufwendungen), unterlagen nach bisheriger Rechtsprechung des BFH einem Aufteilungs- und Abzugsverbot. Dies hatte zur Konsequenz, dass auch der Teil der Aufwendungen, der beruflich veranlasst war, steuerlich nicht zum Werbungskostenabzug zugelassen wurde. Diese Rechtsauffassung hat der Große Senat des BFH im Jahr 2009 aufgegeben und gemischt veranlasste Aufwendungen nunmehr für grundsätzlich aufteilbar erklärt.

#### **Sachverhalt**

Ein angestellter Unfallarzt nahm an einem sportmedizinischen Fortbildungskurs in einem bekannten Urlaubsort teil. Für die Fortbildung, die von der Ärztekammer zum Erwerb der Qualifikation "Sportmediziner" anerkannt wurde, erhielt der Arzt eine entsprechende Freistellung durch die Klinik. Inhalt der Fortbildungsmaßnahme waren Fachvorträge sowie die Ausübung verbreiteter Sportarten (Tennis, Surfen etc.). Das Finanzamt lehnte den geltend gemachten Werbungskostenabzug des Arztes in vollem Umfang ab. Das FG hingegen gab der Klage des Arztes teilweise statt mit der Begründung, die Aufwendungen seien anteilig beruflich veranlasst.

#### **Entscheidung des BFH**

Der BFH folgte der Auffassung des FG. Er berief sich auf die geänderte Rechtsprechung des Großen Senats des BFH aus 2009, wonach Aufwendungen, die sowohl privat als auch beruflich veranlasst sind, grundsätzlich in abziehbare Werbungskosten und nicht abziehbare private Aufwendungen aufzuteilen sind, sofern eine Abgrenzung möglich und nachprüfbar ist. Der BFH folgte im vorliegenden Fall der Würdigung des FG. Das Gericht hatte die Aufteilung anhand der Zeitanteile vorgenommen, die gemäß Fortbildungsprogramm des Veranstalters auf die beruflich veranlassten Vorträge einerseits und die - seiner Auffassung nach - privat veranlassten sportpraktischen Veranstaltungen andererseits entfielen.

#### **Konsequenz**

Die Abkehr von dem bislang geltenden Aufteilungsverbot sog. gemischter Aufwendungen sollte in ihrer praktischen Bedeutung nicht überschätzt werden. Wenn nicht eindeutig und objektivierbar festzustellen ist, in welchem Umfang der Steuerpflichtige beruflich bzw. privat tätig geworden ist, scheidet eine Aufteilung aus. Die in einem solchen Fall lediglich theoretische Möglichkeit der Aufteilung der Aufwendungen nach Zeitanteilen reicht dann nicht aus.

### 6. **AdV: Abkommensrechtliche Qualifikation gew. geprägter span. PersG**

#### **Kernproblem**

Der BFH musste in einem AdV-Verfahren die Besteuerung eines Gewinns würdigen, den ein deutsches Ehepaar aus der Veräußerung einer spanischen PersG erzielt hatte.

#### **Sachverhalt**

Die Antragsteller waren für das Streitjahr 2003 zusammen zur Einkommensteuer veranlagte Eheleute. Sie waren an einer spanischen Gesellschaft in der Rechtsform einer Sociedad en Commandita (S. C.) beteiligt, deren Struktur der einer deutschen Kommanditgesellschaft entspricht. Die Antragsteller waren ebenfalls an der Komplementärin beteiligt und hielten ihre Beteiligungen jeweils im Sonderbetriebsvermögen der S. C. 2003 veräußerten die Antragsteller ihre Beteiligungen. In der für die S. C. abgegebenen Feststellungserklärung wurde der dabei erzielte Gewinn als nach dem DBA-Spanien steuerfrei erklärt. Dem folgte das Finanzamt im Bescheid zur gesonderten und einheitlichen Feststellung nicht und stellte in Höhe des erklärten Betrags einen tarifbegünstigten Veräußerungsgewinn fest. Die Beteiligten streiten nunmehr darüber, ob Gewinne aus der Veräußerung von Gesellschaftsanteilen nach dem DBA-Spanien in Deutschland versteuert werden dürfen.

#### **Entscheidung**

Die Klage der Antragsteller hatte vor dem BFH Erfolg. Zunächst war zu klären, ob die gewerbliche Prägung der Gesellschaft auch nach dem DBA-Spanien zu Einkünften aus Unternehmen (hier Veräußerungsgewinnen) führt. Darüber hinaus war strittig, ob der in Spanien maßgebliche Steuerstatus (juristische Person) das Besteuerungsrecht nach dem DBA-Deutschland und nicht Spanien vorbehält. Bei der Beurteilung dieser Frage spielt u. a. die Abkommensberechtigung der Gesellschaft oder alternativ der Gesellschafter eine tragende Rolle. Der BFH kam zu dem Ergebnis, dass die Frage der Abkommensberechtigung offen ist und nicht zwangsläufig so zu entscheiden sei, wie im neuen BMF-Schreiben zur Behandlung von PersG im DBA geregelt. Für die weitere Betrachtung komme es entscheidend darauf an, ob in Spanien tatsächlich eine Betriebsstätte vorhanden gewesen sei. Wenn dies der Fall sei, stehe Spanien ein Besteuerungsrecht zu. Deutschland müsse die Einkünfte freistellen. Eine Anwendung von § 50 d Abs. 9 EStG sei problematisch, weil die Regelung erst durch das Jahressteuergesetz 2007 eingeführt worden sei und die gesetzlich geregelte Rückwirkung problematisch ist. Die weitere Sachaufklärung muss durch das FG erfolgen.

### 7. Außerordentliche Kündigung eines Landpachtverhältnisses

#### **Kernfrage/Rechtslage**

Der Bundesgerichtshof hatte in einer jüngeren Entscheidung darüber zu befinden, ob und in welchen zeitlichen Grenzen das dem Grunde nach bestehende Recht zur fristlosen Kündigung eines Landpachtvertrages ausgeübt werden muss, bevor es verwirkt ist.

#### **Entscheidung**

Die Parteien stritten insbesondere um die tatsächliche Laufzeit eines Landpachtvertrages, den der klagende Pächter fortsetzen wollte. Um dies zu verhindern, kündigte der beklagte Verpächter zuletzt im laufenden Rechtsstreit das Landpachtverhältnis aus wichtigem Grund im November, weil der Kläger die zum 1.1. des Jahres fällige Jahrespacht nicht entrichtet hatte. Der Kläger obsiegte zuletzt vor dem Bundesgerichtshof, weil der beklagte Verpächter nicht mehr zur Kündigung berechtigt gewesen sei, weil er die Kündigung nicht innerhalb einer angemessenen Frist nach Kenntnis des Kündigungsgrundes ausgesprochen hatte. Nach den gesetzlichen Vorschriften war der beklagte Verpächter ab Mai zur außerordentlichen fristlosen Kündigung des Pachtverhältnisses berechtigt; denn der Kläger befand sich damals mit der fälligen Pacht länger als drei Monate in Verzug. Die erst im November erfolgte Kündigung war damit verspätet, weil die außerordentliche fristlose Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund innerhalb einer angemessenen Zeit seit Kenntnis von dem Kündigungsgrund erklärt werden muss. Denn insbesondere gebe der Kündigungsberechtigte mit dem längeren Abwarten zu erkennen, dass für ihn die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses trotz des Vorliegens eines Grundes zur fristlosen Kündigung nicht unzumutbar ist. Bei einem Landpachtverhältnis ist angesichts der - insbesondere im Hinblick auf die Weiterbewirtschaftung - erforderlichen Entscheidungen eine Frist von maximal drei Monaten ab Kenntnis vom Kündigungsgrund angemessen.

#### **Konsequenz**

Soll die fristlose Kündigung eines Landpachtverhältnisse Bestand haben, muss längstens innerhalb von drei Monaten nach Eintritt des Kündigungsgrundes gekündigt werden.

### 8. ErbSt: Maßgebende Steuerklassen bei ehemaligem Adoptionsverhältnis

#### **Kernfrage/Rechtslage**

In den Genuss der günstigen Erbschaftsteuerklassen kommen nur enge Familienangehörige. Gerade angesichts der durch die Erbschaftsteuerreform erhöhten Steuersätze sind daher Adoptionen beliebt geworden, um ein gesetzliches Kindschaftsverhältnis zu begründen, das steuerlich anerkannt wird. Der Bundesfinanzhof hatte nunmehr darüber zu entscheiden, ob die günstigen Steuerklassen auch dann gewährt werden, wenn ein Kindschaftsverhältnis wieder aufgehoben worden ist, im Zeitpunkt des Erbanfalls also nicht mehr besteht.

#### **Entscheidung**

Gegenüber dem Kläger war Erbschaftsteuer unter Anwendung der Steuerklasse III festgesetzt worden, obwohl er vom Erblasser (zunächst) adoptiert worden war. Allerdings waren die Adoption und ihre Wirkungen bereits wieder aufgehoben worden. Im Zeitpunkt des Erbfalls bestand die Adoption nicht mehr. Mit seiner Klage machte das ehemalige Adoptivkind geltend, nach der günstigen Steuerklasse I besteuert zu werden, unterlag jedoch vor dem Bundesfinanzhof. Ein ehemaliges Adoptionsverhältnis fällt nach der Auffassung des Gerichts nicht in den Anwendungsbereich der erbschaftsteuerlichen Regelungen, mit denen Adoptivkindern die günstige Steuerklasse gewährt wird. Ziel des Gesetzgebers bei Einführung dieser Regelungen war, die erbschaftsteuerlichen Nachteile von Adoptivkindern auszugleichen und diese leiblichen Kindern gleichzustellen, nicht aber die Begünstigung ehemaliger Adoptivverhältnisse.

#### **Konsequenz**

Um in den Genuss der günstigen Steuerklassen des Erbschaftsteuerrechts zu gelangen, muss die Annahme als Kind im Todeszeitpunkt des Erblassers noch bestehen. Ist das Annahmeverhältnis vorher erloschen, kommt in der Regel die ungünstige Steuerklasse III zur Anwendung.

### 9. Heimischer PC: Entschädigung für unrechtmäßige Beschlagnahmung

#### **Kernaussage**

Wird der PC oder Laptop zu Unrecht beschlagnahmt, hat der Betroffene einen Anspruch auf Schadensersatz. Das OLG München hatte darüber zu entscheiden, ob ein Computer heute zum notwendigen Lebensbedarf zählt.

#### **Sachverhalt**

Die Antragstellerin bestreitet ihren Lebensunterhalt für sich und ihre beiden Kinder durch Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch (SGB II). Sie begehrt Prozesskostenhilfe für eine Klage auf Entschädigung für eine 77-tägige Beschlagnahme eines Laptops und eines PC's im Rahmen eines staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahrens. Die sofortige Beschwerde gegen die Ablehnung des Antrags durch das Landgericht hielt das OLG teilweise für begründet.

#### **Entscheidung**

Die Antragstellerin ist grundsätzlich für die durchgeführte Durchsuchung ihrer Wohnung und die Beschlagnahme des PC's und eines Laptops zu entschädigen. Im Rahmen der Anerkennung eines Schadens durch Verlust einer Gebrauchsmöglichkeit einer Sache ist maßgeblich, ob es sich um lebensgut handelt, dessen ständige Verfügbarkeit für die eigenwirtschaftlichen Lebenshaltung von zentraler Bedeutung ist. Bejaht wird dies im Allgemeinen für die Wohnung, elementare Haushaltsgegenstände (Kühlschrank, Herd) und den Fernseher. Auch für den PC hält das OLG München es für zumindest diskutabel, dass die ständige Verfügbarkeit des Gerätes zum notwendigen Lebensbedarf zählt. Denn in aller Regel erfordert die ständig zunehmende Internet-Nutzung im privaten Alltag, sei es zur Informationsbeschaffung, Kommunikation, Abwicklung von Geschäften oder als Unterhaltungsmedium, einen Computer. Allerdings genügt zur eigenwirtschaftlichen Lebensführung die Möglichkeit der Nutzung eines PC's.

#### **Konsequenz**

Das OLG schätzte den Nutzungswert eines Computers auf 2,30 EUR pro Tag, so dass der Klägerin, die an 77 Tagen auf die Nutzung des Internets verzichten musste, eine Entschädigung von 177 EUR zusteht.

### 10. Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen nicht strafbar

#### Kernaussage

Die von Betreuern - in Übereinstimmung auch mit den inzwischen in Kraft getretenen Regelungen der §§ 1901a, 1904 BGB - geprüfte Einwilligung eines Patienten rechtfertigt nicht nur den Behandlungsabbruch durch bloßes Unterlassen weiterer Ernährung, sondern auch ein aktives Tun, das der Beendigung oder Verhinderung einer von ihm nicht oder nicht mehr gewollten Behandlung dient.

#### Sachverhalt

Der angeklagte Rechtsanwalt beriet die beiden Kinder der Patientin, nämlich die Mitangeklagte und deren verstorbenen Bruder. Die Patientin lag seit Oktober 2002 in einem Wachkoma. Sie wurde in einem Pflegeheim über einen Zugang in der Bauchdecke (Sonde) künstlich ernährt. Eine Besserung ihres Gesundheitszustandes war nicht mehr zu erwarten. Entsprechend einem von der Patientin im September 2002 mündlich für einen solchen Fall geäußerten Wunsch bemühten sich die inzwischen zu Betreuern ihrer Mutter bestellten Geschwister um die Einstellung der künstlichen Ernährung, um ihrer Mutter ein Sterben in Würde zu ermöglichen. Das Heimpersonal sollte sich nur noch um die Pflege kümmern, während die Kinder der Patientin die Ernährung über die Sonde einstellten. Nachdem die Mitangeklagte Ende 2007 die Nahrungszufuhr über die Sonde beendet hatte, wurde die Heimleitung jedoch von der Gesamtleitung angewiesen, die künstliche Ernährung umgehend wieder aufzunehmen. Den Kindern der Patientin wurde ein Hausverbot für den Fall angedroht, dass sie sich hiermit nicht einverstanden erklärten. Darauf erteilte der Angeklagte der Mitangeklagten am gleichen Tag den Rat, den Schlauch der Sonde unmittelbar über der Bauchdecke zu durchtrennen, was auch geschah. Nach Einschaltung der Polizei wurde der Patientin eine neue Sonde gelegt und die künstliche Ernährung wieder aufgenommen. Sie starb zwei Wochen darauf eines natürlichen Todes. Das LG würdigte das Handeln des Angeklagten als einen versuchten Totschlag durch aktives Tun - im Gegensatz zum bloßen Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung durch Unterlassen -. Die Mitangeklagte wurde wegen Erlaubnisirrtums freigesprochen. Der BGH sprach den Angeklagten ebenfalls frei.

#### Entscheidung

Das LG ging zutreffend davon aus, dass die mit der Heimleitung getroffene Entscheidung zum Unterlassen weiterer künstlicher Ernährung rechtmäßig war und dass die von der Heimleitung angekündigte Wiederaufnahme als rechtswidriger Angriff gegen das Selbstbestimmungsrecht der Patientin gewertet werden konnte. Die mündlich geäußerte Einwilligung der Patientin entfaltete bindende Wirkung und stellte sowohl nach dem seit dem Inkrafttreten des Patientenverfügungsgesetzes (1.9.2009) als auch nach dem zur Tatzeit geltenden Recht eine Rechtfertigung des Behandlungsabbruchs dar. Dies gilt unabhängig von Art und Stadium der Erkrankung. Dagegen traf die Bewertung des LG nicht zu, der Angeklagte habe sich durch seine Mitwirkung an der aktiven Verhinderung der Wiederaufnahme der Ernährung wegen versuchten Totschlags strafbar gemacht.

#### Konsequenz

Eine nur an den Äußerlichkeiten von Tun oder Unterlassen orientierte Unterscheidung der straflosen Sterbehilfe vom strafbaren Töten des Patienten wird dem sachlichen Unterschied zwischen der auf eine Lebensbeendigung gerichteten Tötung und Verhaltensweisen nicht gerecht, die dem krankheitsbedingten Sterbenlassen mit Einwilligung des Betroffenen seinen Lauf lassen.

## Unternehmer und Freiberufler

### 1. Vorsteuervergütung: Neue Unternehmerbescheinigung

#### **Kernaussage**

Wird inländischen Unternehmern im Ausland Umsatzsteuer in Rechnung gestellt, besteht in der EU sowie in vielen Drittstaaten die Möglichkeit, sich diese Umsatzsteuer erstatten zu lassen (Vorsteuervergütung).

#### **Rechtslage**

Seit dem 1.1.2010 erfolgt die Vorsteuervergütung zwischen EU-Staaten mit Hilfe eines einheitlichen elektronischen Verfahrens. Im Gegensatz hierzu erfolgt die Erstattung in Drittstaaten gemäß den dort jeweils geltenden Regelungen. Die Erstattung setzt allerdings immer voraus, dass der Antragsteller Unternehmer und zum Vorsteuerabzug berechtigt ist. Bis zum 31.12.2009 erfolgte dieser Nachweis mit Hilfe einer Unternehmerbescheinigung. Diese ist seit dem 1.1.2010 nur noch im Verhältnis zu Drittstaaten nötig.

#### **Neuer Vordruck**

Das BMF hat den Vordruck, der dem Nachweis der Unternehmereigenschaft dient (USt 1 TN) nun neu aufgelegt und an die geänderte Rechtslage angepasst.

#### **Konsequenz**

Es ist zu beachten, dass die Erstattungsanträge in Drittländern frühzeitig gestellt werden, um ein Versäumen der Frist zu vermeiden. Hierzu gehört auch, dass die Unternehmerbescheinigung rechtzeitig beantragt wird.

### 2. Organschaft: Handlungsbedarf durch geänderte Rechtsprechung

#### **Einführung**

Ist eine Kapitalgesellschaft wirtschaftlich, finanziell und organisatorisch in ein anderes Unternehmen eingegliedert (Organschaft), verliert die Kapitalgesellschaft (Organgesellschaft) umsatzsteuerlich ihre Selbstständigkeit. Die Abführung der Umsatzsteuer aus Umsätzen der Organgesellschaft obliegt dem Organträger.

#### **Sachverhalt**

Die Klägerin, eine Kommanditgesellschaft (KG), erbrachte Leistungen an ihre Komplementärin (GmbH), die ein Alten- und Pflegeheim betrieb. Die GmbH erzielte hieraus steuerfreie Erlöse und hatte insofern keine Berechtigung zum Vorsteuerabzug. An der KG und der GmbH waren die gleichen 3 Gesellschafter zu jeweils 1/3 beteiligt. Die KG ging daher davon aus, dass zwischen ihr und der GmbH eine umsatzsteuerliche Organschaft bestand. Entsprechend wurden die Leistungen gegenüber der GmbH als Innenumsätze ohne Umsatzsteuer abgerechnet. Das beklagte Finanzamt sah in der Konstruktion keine Organschaft und unterwarf die Umsätze der Umsatzsteuer zum Nachteil der nicht zum Vorsteuerabzug berechtigten GmbH. Das Finanzgericht gab der Klage noch statt, auf die Revision des Beklagten hat der BFH das Urteil auf.

#### **Neues Urteil**

Der BFH folgte der Ansicht der Finanzverwaltung und gibt damit seine bisherige Rechtsprechung auf. Demnach ist eine finanzielle Eingliederung als Voraussetzung für eine Organschaft umsatzsteuerlich nur gegeben, wenn ein Über- und Unterordnungsverhältnis vorliegt. Ein solches ist bei Schwestergesellschaften, zumindest im vorliegenden Fall, nicht gegeben, da nicht die KG die Möglichkeit besitzt, rechtlich auf die GmbH einzuwirken, sondern nur die hinter ihr stehenden Gesellschafter.

#### **Konsequenz**

Das Urteil wird erhebliche Auswirkungen auf bestehende Organschaftsverhältnisse haben und bei zukünftigen Planungen zu berücksichtigen sein. So bedeutet das Urteil das Ende der Organschaft für viele Betriebsaufspaltungen. Denn nunmehr reicht es für die Annahme einer umsatzsteuerlichen Organschaft, im Gegensatz zur Betriebsaufspaltung, nicht mehr aus, dass hinter beiden Gesellschaften eine Personengruppe steht, die einen einheitlichen Willen bei beiden durchsetzen kann. Die geänderte Rechtsprechung wird insbesondere die Unternehmen nachteilig treffen, die die Organschaft bisher, wie im Fall, genutzt haben, um Leistungen gegenüber einer nicht zum Vorsteuerabzug berechtigten Gesellschaft als Innenumsatz, also ohne Umsatzsteuer, abzurechnen. Für betroffene Unternehmen ergibt sich daher dringender Handlungsbedarf.

### 3. Anfechtbarkeit der Bestellung eines Nießbrauchs- oder Wohnrechts

#### Kernaussage

Das Finanzamt kann im Wege der Gläubigeranfechtung vorgehen, wenn sich der Vollstreckungsschuldner am eigenen Grundstück ein Nießbrauchs- oder Wohnrecht bestellt. Die Anfechtung bewirkt, dass das Finanzamt einen Anspruch auf Vorrang seiner Rechte bei der Zwangsvollstreckung in das Grundstück geltend machen kann.

#### Sachverhalt

Gegen die Klägerin wurde wegen des Verdachts der Schenkungssteuerhinterziehung ermittelt. Nachdem die Klägerin hiervon Kenntnis erlangte, gründete sie mit ihren Kindern eine GbR und brachte in ihrem Eigentum stehende Grundstücke in diese GbR ein. Die Klägerin behielt sich in dem Übertragungsvertrag unentgeltliche Nießbrauchsrechte bzw. ein Wohnrecht an den Grundstücken vor, welche ins Grundbuch eingetragen wurden. In der Folgezeit setzte das beklagte Finanzamt die Schenkungssteuer fest. Die Vollstreckungsversuche blieben erfolglos. Der Beklagte focht die Grundstücksübertragungen gegenüber der GbR an und erließ gegenüber der Klägerin einen Duldungsbescheid (§ 191 AO), mit dem die Bestellung der Nießbrauchsrechte bzw. des Wohnrechts nach dem Anfechtungsgesetz (AnfG) angefochten wurde. Gegen diesen Bescheid richtete sich die Klage.

#### Entscheidung

Das FG gab der Klage statt. Der BFH wies sie abändernd ab. Die Anfechtbarkeit der Bestellung dinglicher Rechte am eigenen Grundstück folgt aus der unmittelbaren Anwendung der Vorschriften über eine vorsätzliche Gläubigerbenachteiligung (§§ 3 Abs. 1, 11 AnfG). Streitentscheidungserheblich war die Frage, ob diese Bestimmungen (hier § 3 Abs. 1 AnfG) nur auf Rechtshandlungen des Schuldners zu Gunsten eines Dritten anwendbar sind. Nach Auffassung des BFH beschränkt der Wortlaut der Norm diese nicht auf Fälle der Fremdbegünstigung. Allerdings erfordert die Rechtsfolgenvorschrift (§ 11 AnfG) vom Wortlaut, dass ein Gegenstand aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden ist. Die Bestellung dinglicher Rechte bewirkt noch keine Vermögensschmälerung, wie z. B. eine Veräußerung. Nach Ansicht des BFH ist die Aufzählung in § 11 AnfG nicht abschließend. Vielmehr soll der Anfechtungsanspruch nach Art und Umfang auf das beschränkt werden, was zur Wiederherstellung der früheren, durch die Vermögensverschiebung vereitelten Zugriffslage des Gläubigers erforderlich ist.

#### Konsequenz

Hat ein Schuldner für sich selbst ein Recht am eigenen Grundstück bestellt, kann dieses der Anfechtung unterliegen, wenn sich die Bestellung nach den Gesamtumständen als gläubigerbenachteiligend darstellt.

#### 4. Umsatzsteuerpflicht bei Verkauf von ererbten Unternehmensvermögen

##### **Einführung**

Obwohl wir immer älter werden, schaffen viele Unternehmer es nicht, ihr Unternehmen vor ihrem Ableben an geeignete Nachfolger zu übergeben. Häufig haben die Erben auch kein Interesse an der Weiterführung des Betriebs. Umstritten ist dennoch bisher, ob derart unwillige Erben nicht doch ungewollt Unternehmer werden, und zwar aus Sicht der Umsatzsteuer.

##### **Sachverhalt**

Die Klägerin, eine Erbengemeinschaft, erbt einen Pkw, den der Erblasser seinem Unternehmensvermögen zugeordnet und dementsprechend den Vorsteuerabzug aus der Anschaffung vorgenommen hatte. Die Klägerin hatte keine Absicht das Unternehmen des Erblassers fortzuführen und veräußerte den Pkw. Das Finanzamt sah hierin einen der Umsatzsteuer unterliegenden Eigenverbrauch. Hiergegen wehrte sich die Klägerin mit dem Argument, dass sie nie Unternehmerin geworden sei und somit auch keine umsatzsteuerlich relevanten Sachverhalte verwirklichen könne. Einspruch und Klage hatten keinen Erfolg.

##### **Neues Urteil**

Der BFH bestätigt zunächst, dass die Unternehmereigenschaft des Erblassers nicht vererblich ist. Allerdings rückt die Klägerin als Gesamtrechtsnachfolgerin in die umsatzsteuerlich noch nicht abgewickelten unternehmerischen Rechtsverhältnisse des Erblassers ein. Hierzu gehört auch der Pkw, der nach dem Tod des Erblassers Unternehmensvermögen bleibt. Wird dieses veräußert, müssen sich die Erben daher insoweit als Unternehmer behandeln lassen. Die Veräußerung ist dann als umsatzsteuerpflichtige Lieferung zu qualifizieren.

##### **Konsequenz**

Mit dem Urteil schafft es der BFH, dass entsprechend dem Charakter der Umsatzsteuer als Verbrauchssteuer, ein unversteuerter Letztverbrauch verhindert wird, obwohl die Erben eigentlich nicht unternehmerisch tätig werden. Um zu bestimmen, ob die Veräußerung ererbten Vermögens der Umsatzsteuer unterliegt, ist danach alleine darauf abzustellen, wie diese Veräußerung noch zu Lebzeiten des Erblassers zu behandeln wäre. Die Erben müssen sich insoweit als Unternehmer behandeln lassen, auch wenn sie tatsächlich nicht die Voraussetzungen erfüllen, die das UStG an die Unternehmereigenschaft stellt.

### 5. **Stromerzeugung durch Hausbesitzer: Ermittlung des privaten Verbrauchs**

#### **Einführung**

Immer mehr Hausbesitzer erzeugen Strom in ihrem Haus, z. B. durch Photovoltaikanlagen oder Blockheizkraftwerke. Speisen sie diesen Strom regelmäßig ins öffentliche Netz ein, so werden sie unternehmerisch tätig und können den vollen Vorsteuerabzug aus der Anschaffung der Anlage geltend machen. Der private Energieverbrauch wird im Gegenzug der Umsatzsteuer unterworfen.

#### **Sachverhalt**

Der Kläger betreibt in seinem Einfamilienhaus ein Blockheizkraftwerk. Dieses erzeugt Strom und Wärme. Der Strom wird ins öffentliche Netz eingespeist und für den privaten Bedarf verwendet. Die Wärme hingegen wird ausschließlich privat genutzt. Streit entbrannte hinsichtlich der Bestimmung der Höhe der privat genutzten Energie. Das Finanzamt ging davon aus, dass die Wärmeleistung 2/3 der gesamten Energieleistung ausmache. Es unterwarf daher diesen Anteil der Kosten sowie den Anteil, der auf den privat verwendeten Strom entfiel, der Umsatzsteuer (ca. 5.000 EUR). Der Kläger wendete hiergegen im Wesentlichen ein, dass die Bemessungsgrundlage nicht auf Basis der Kosten der Anlage zu bestimmen sei, sondern nach den üblichen Einkaufspreisen für Wärme und Energie (ca. 2.400 EUR).

#### **Neues Urteil**

Das Niedersächsische Finanzgericht teilt die Ansicht des Finanzamtes, dass die Umsatzsteuer auf den privaten Verbrauch nach den entstandenen Kosten zu ermitteln ist. Allerdings stimmt das Gericht nicht zu, die gesamte Wärmeleistung dem privaten Verbrauch zuzuordnen. Der Anteil der Wärmeleistung, der auf Prozess- sowie Abwärme entfällt, die nicht zur Beheizung des Hauses zur Verfügung stehen, ist nicht der Umsatzsteuer zu unterwerfen.

#### **Konsequenz**

Da gegen das Urteil Revision eingelegt wurde, ist abzuwarten, ob der BFH dem Untergericht folgt. Bis dahin sollten Veranlagungen offen gehalten werden, wenn sich aufgrund des Ansatzes der Einkaufspreise statt der entstandenen Kosten, eine geringere Umsatzsteuer ergibt. Dies gilt für alle derartigen Energieerzeuger im eigenen Haus. Betreiber von Blockheizkraftwerken müssen darüber hinaus beachten, dass bei der Ermittlung des privaten Verbrauchs der Anteil, der auf Prozess- bzw. Abwärme entfällt, außen vor bleibt. Sofern technisch möglich, sollten entsprechende Daten dokumentiert werden, ansonsten muss der Anteil geschätzt werden.

### 6. Mietgarantie kann Umsatzsteuer mindern

#### **Einführung**

Schadensersatz ist nicht steuerbar, da es an einem Leistungsaustausch fehlt, und unterliegt daher nicht der Umsatzsteuer. Allerdings stellt nicht alles, was umgangssprachlich als Schadensersatz bezeichnet wird, auch umsatzsteuerlich nicht steuerbaren Schadensersatz dar.

#### **Fall**

Beim Verkauf eines Einkaufszentrums vereinbarte der Verkäufer mit dem Käufer eine Mietgarantie, ferner wurde zur Umsatzsteuer optiert. Nachdem die garantierten Mieten nicht erzielt werden konnten, erhielt der Käufer aufgrund eines Vergleichs 605.000 EUR Schadensersatz. Der Verkäufer behandelte die Zahlung als Minderung des ursprünglichen Kaufpreises und korrigierte die Umsatzsteuer. Dem stimmte das Finanzamt nicht zu. Es sah keine Verbindung zwischen der Zahlung und dem Kauf des Grundstückes, sondern behandelte die Zahlung als nicht steuerbaren Schadensersatz für die entgangenen Mieteinnahmen. Die hiergegen gerichtete Klage hatte schließlich vor dem BFH Erfolg.

#### **Neues Urteil**

Entgegen der Vorinstanz folgt der BFH der Auffassung des Verkäufers. Nach Ansicht des BFH bestimmt sich der Wert einer Gewerbeimmobilie regelmäßig nach den nachhaltig erzielbaren Mieteinkünften. Der getroffene Vergleich stellt daher einen Ausgleich für den Minderwert der Immobilie dar.

#### **Konsequenz**

Im Fall diene die Mietgarantie als zivilrechtliches Mittel, um sich gegen einen zu hohen Kaufpreis zu schützen. Daher ist die Korrektur der Umsatzsteuer zutreffend. Doch Vorsicht, nicht jede Zahlung aufgrund einer Mietgarantie löst eine Korrektur der Umsatzsteuer aus. So weist der BFH ausdrücklich darauf hin, dass der vorliegende Fall sich von jenem unterscheidet, in dem für die Mietgarantie ein separates Entgelt vereinbart wird. Es ist daher ein schmaler Grad auf dem die Vertragsparteien wandeln, wenn sie Mietgarantien vereinbaren. Gegenüber dem Urteil der Vorinstanz ergibt sich für den Verkäufer ein umsatzsteuerlicher Vorteil in Höhe von ca. 79.000 EUR, für den Käufer hingegen ein entsprechender Nachteil. Bei Abschluss derartiger Kaufverträge und auch solcher Vergleiche sollte daher auf steuerlichen Rat nicht verzichtet werden.

### 7. Umsatzsteuerpflicht für Haftungsvergütung an Komplementär-GmbH

#### **Einführung**

Bei der Rechtsform der GmbH & Co. KG erhält die GmbH als Komplementärin regelmäßig eine Vergütung für die von ihr übernommene Haftung. Daneben kann sie auch anders, z. B. geschäftsführend, für die KG tätig werden. Schwierig wird es, wenn es zu klären gilt, ob diese Tätigkeiten der Umsatzsteuer zu unterwerfen sind.

#### **Rechtslage**

Zur Haftungsvergütung hat das BMF seine Sicht der Dinge mehrfach modifiziert. Zuletzt sollte die Haftungsvergütung nur der Umsatzsteuer unterliegen, wenn zudem steuerbare Geschäftsführungsleistungen durch die GmbH an die KG erbracht werden. Die alleinige Vergütung der Übernahme der Haftung hingegen sollte nicht steuerbar sein.

#### **Neues Urteil**

Das FG Niedersachsen hat sich nun gegen die Auffassung des BMF ausgesprochen. Demnach hängt die umsatzsteuerliche Behandlung der Haftungsvergütung von den gleichen Kriterien ab, wie sie für die übrigen Leistungen zwischen Gesellschafter und Gesellschaft herangezogen werden. Soweit für die Haftungsvergütung ein Sonderentgelt gezahlt wird, ist dieses steuerbar und steuerpflichtig. Wird die Haftung hingegen durch eine Beteiligung am Gewinn und Verlust abgegolten, so ist sie nicht steuerbar. Das FG sieht, entgegen dem BMF, in der Haftungsvergütung eine eigenständige Leistung. Die umsatzsteuerliche Beurteilung der Haftungsvergütung ist daher vollkommen unabhängig von der Behandlung einer ggf. ebenfalls zu zahlenden Vergütung für die Geschäftsführung.

#### **Konsequenz**

Es spricht einiges dafür, dass das Urteil des FG auch eine mögliche Revision beim BFH bestehen wird. Bis dahin kann unter Berufung auf das Urteil ein Verfahren offen gehalten werden, wenn dies im Einzelfall günstiger ist als die Auffassung des BMF, z. B. um der Komplementär-GmbH den Vorsteuerabzug zu ermöglichen.

### 8. Kündigung: Verdacht auf falsche Spesenabrechnungen

#### **Kernfrage/Rechtslage**

Bis zur Emmely Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts verhielt es sich so, dass Straftaten gegen den Arbeitgeber immer die fristlose Kündigung ohne vorherige Abmahnung rechtfertigten. Neben weiteren Voraussetzungen war bereits ein hinreichend starker Verdacht ausreichend. In diese Fallgruppen zählten auch die Fälle des (versuchten) Spesenbetruges. Das Arbeitsgericht Cottbus hat nunmehr in einer jüngeren Entscheidung - wohl auch unter dem Eindruck der aktuellen Entwicklungen im Bereich von Straftaten mit geringwertigem Schaden - zur Zulässigkeit fristloser Kündigungen bei (versuchtem) Spesenbetrug Stellung genommen.

#### **Entscheidung**

Über mehrere Jahre hinweg hatte ein Arbeitnehmer gleichartige Spesenabrechnungen eingereicht. Dabei hatte er die Zeiten der Abwesenheit auf jeweils eine halbe und volle Stunde gerundet. Diese Abrechnungen wurden zunächst vom Arbeitgeber anerkannt. Später hatte dieser den Arbeitnehmer observiert und dabei festgestellt, dass die Abrechnung nicht minutengenau und die Spesenabrechnung damit unberechtigter Weise zu hoch war. Gegen die darauf hin ausgesprochene fristlose Kündigung ohne vorherige Abmahnung klagte der Arbeitnehmer mit Erfolg. Denn - so das Gericht - der Arbeitgeber hätte zunächst dem Arbeitnehmer gegenüber eine neue, geänderte (minutengenaue) Abrechnungspraxis einführen müssen, bevor hinreichender Anlass für die Annahme bestanden hätte, der Arbeitnehmer habe den Arbeitgeber betrügen wollen. Zwar ist anerkannt, dass die Arbeitszeit-, Gleitzeit- oder Arbeitsleistungsmanipulation je nach den Umständen einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung darstellen kann, wobei es nicht entscheidend darauf ankommt, wie der Vorgang strafrechtlich zu würdigen ist. Einer Abmahnung bedarf es in der Regel nicht, weil in diesem spezifischen Vertrauensbereich der Arbeitnehmer im Allgemeinen keinen Grund zur Annahme haben kann, sein Handeln werde gebilligt. Stets sei aber danach zu fragen, wie die bisherige Handhabung im Betrieb aussah. Wurde Großzügigkeit praktiziert, ist zunächst eine Änderung der Praxis bekanntzugeben ("in Zukunft wird genau gerechnet"). Denn anderenfalls läge ein widersprüchliches Verhalten vor, das die Kündigung unzulässig mache.

#### **Konsequenz**

In der Konsequenz dürfte die Entscheidung so zu verstehen sein, dass allein der Verdacht der inkorrekten Spesenabrechnung nicht berechtigt, ohne vorherige Änderung der Abrechnungspraxis eine fristlose Kündigung auszusprechen. Dies wird nur noch in Ausnahmefällen möglich sein.

### 9. **Arbeitslohn: Vom Arbeitgeber übernommene Golf-Club-Mitgliedsbeiträge**

#### **Kernproblem**

Dass Golf nicht nur Vergnügen bereitet, wird manch einem Sportler beim Lesen der eigenen Scorekarte bewusst. Häufig wird das Angenehme mit dem Nützlichen verbunden und die Verbesserung des Handicaps mit Gleichgesinnten zur beruflichen Akquise genutzt. So war auch die Auffassung einer Steuerberatungsgesellschaft nicht verwunderlich, die in der Mitgliedschaft in einem Golfclub eher ein Laster sah und die für ihren Fremd-Geschäftsführer übernommenen Aufnahmegebühren, Investitionsumlagen und Jahresbeiträge des Clubs nicht der Lohnsteuer unterwarf. Der Geschäftsführer habe auch keine Wahl gehabt und sei von seiner Arbeitgeberin angewiesen worden, im Golfclub Mandanten zu werben. Zudem verfügte der Geplagte nach eigenem Bekunden weder über die Platzfreigabe, noch habe er überhaupt Golf gespielt. Die Lohnsteuerprüfung des Finanzamts sah das anders und nahm die Steuerberatungsgesellschaft für die Lohnsteuer in Haftung. Über deren Klage musste jetzt das Finanzgericht entscheiden und wies sie ab.

#### **Ständige Rechtsprechung**

Vorteile des Arbeitnehmers sind kein Arbeitslohn, wenn sie aus ganz überwiegend eigenbetrieblichem Interesse gewährt werden. In diesem Fall kann ein damit einhergehendes eigenes Interesse des Arbeitnehmers, den betreffenden Vorteil zu erlangen, vernachlässigt werden. Ist aber neben dem eigenbetrieblichen Interesse des Arbeitgebers ein nicht unerhebliches Interesse des Arbeitnehmers gegeben, führt die Vorteilsgewährung zu Arbeitslohn.

#### **Entscheidung des FG**

Das Finanzgericht vertritt nicht ganz unerwartet die Einschätzung, dass die Mitgliedschaft im Golfclub auch die Privatsphäre betrifft. Das gelte auch dann, wenn die Mitgliedschaft für den Beruf förderlich sei und sich auf diesem Weg Kontakte mit Mandanten anbahnen oder vorhandene Geschäftsbeziehungen intensivieren ließen. Ein solcher beruflicher Bezug sei oftmals eine Folgewirkung von privaten Kontakten (gemeinsame Unterhaltung, gemeinsamer Verzehr, sportliche Betätigungen im Verein) oder es entwickelten sich (anders herum) über die geschäftlichen Beziehungen hinaus private Freundschaften. Diese Einschätzung ginge auch analog mit der Würdigung eines Betriebsausgabenabzugs: Auch hier wird nach Auffassung des BFH und der Literatur ein Abzug verwehrt.

#### **Konsequenz**

Die Steuerberatungsgesellschaft hat bereits Nichtzulassungsbeschwerde beim BFH eingelegt.

### 10. Schwarzgeldabrede nicht ohne Weiteres Nettolohnvereinbarung

#### **Kernfrage/Rechtslage**

Das Sozialversicherungsrecht sieht gesetzlich kodifiziert vor, dass im Falle von Schwarzgeldzahlungen diese Zahlungen den zwischen den Parteien vereinbarten Nettolohn darstellen. Die Nettolohnabrede wird gesetzlich fingiert. Das führt dazu, dass die nachzuentrichtenden Beiträge hochgerechnet werden. Das Bundesarbeitsgericht hatte darüber zu entscheiden, ob diese sozialversicherungsrechtlichen Regelungen auch im Arbeitsrecht Anwendung finden. Folge wäre, dass der Arbeitgeber auch Steuern und sämtliche Sozialversicherungsabgaben aus dem fiktiven Bruttolohn zu zahlen hätte.

#### **Entscheidung**

Die Klägerin war offiziell als geringfügig Beschäftigte auf 400 EUR-Basis angestellt. Sie arbeitete allerdings in der Regel 41,25 Stunden pro Woche und erhielt über die vereinbarten 400 EUR hinaus weitere 900 EUR zuzüglich Umsatzprovisionen "schwarz" ausgezahlt. Nachdem die Beklagte das Arbeitsverhältnis wirksam gekündigt hatte, verlangte die Klägerin Annahmeverzugsvergütung für die Zeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist und Urlaubsabgeltung auf der Grundlage einer Nettolohnvereinbarung und unterlag vor dem Bundesarbeitsgericht. Das Gericht sah keine Nettolohnvereinbarung dahingehend, dass der Klägerin ein monatlicher Nettolohn von 1.300 EUR zuzüglich der Umsatzprovision geschuldet sei. Eine solche Vereinbarung hätten die Parteien weder ausdrücklich noch konkludent geschlossen. Zweck der Schwarzgeldabrede war, Steuern und Sozialversicherungsbeiträge zu hinterziehen, nicht jedoch deren Übernahme durch den Arbeitgeber. Eine Nettolohnabrede folge auch nicht aus den sozialversicherungsrechtlichen Regelungen, deren Anwendungsbereich aber auf das Sozialversicherungsrecht beschränkt sei. Denn Zweck dieser Vorschrift sei es, Beweisschwierigkeiten bei der Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge zu beseitigen.

#### **Konsequenz**

Der Entscheidung ist zuzustimmen. Tatsächlich fingiert das Sozialversicherungsrecht bei Schwarzgeldzahlungen die Nettolohnabrede nur. Eine zivilrechtliche Wirkung kann aber nicht fingiert werden, sondern bedarf der Vereinbarung zwischen den Parteien.

### 11. Keine Verpflichtung zur Regelung des Gründungsaufwands in Gesellschaftsverträgen

#### **Kernaussage**

Gründungsaufwand, der nicht von der Gesellschaft übernommen werden soll, muss in dem Gesellschaftsvertrag keine Berücksichtigung finden. Unterbleibt die Aufnahme nämlich, haben vielmehr die Gründer mangels Übernahmebestimmung im Gesellschaftsvertrag den Aufwand zu tragen. Eine fehlende Festsetzung des Gründungsaufwands im Gesellschaftsvertrag hindert die Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister nicht.

#### **Sachverhalt**

Ein Notar und Verfahrensbevollmächtigter der Antragstellerin reichte die Handelsregisteranmeldung einer neu gegründeten GmbH zur Eintragung in das Handelsregister ein. In der Gründungsniederschrift des Notars war u.a. aufgeführt, dass die Gründer die Gründungskosten tragen. Der Gesellschaftsvertrag enthielt keine Regelungen über den Gründungsaufwand. Das Registergericht wies mittels Verfügung darauf hin, dass eine Änderung des Gesellschaftsvertrages zu veranlassen sei, da dieser keine Regelung über den Gründungsaufwand enthalte. Mangels entsprechender Regelung erfolgte keine Eintragung der GmbH. Hiergegen richtet sich die Beschwerde.

#### **Entscheidung**

Die Beschwerde hatte Erfolg. Die beanstandete Verfügung war aufzuheben. Das GmbHG sieht keine zwingende Regelung über den Gründungsaufwand als Bestandteil des Gesellschaftsvertrages vor. Gründungsaufwand, der nicht aus dem Gesellschaftsvermögen geleistet werden soll, muss im Gesellschaftsvertrag keine Berücksichtigung finden. Demgegenüber muss eine Regelung dann aufgenommen werden, wenn der Gründungsaufwand zu Lasten der Gesellschaft übernommen wird. Der mit § 26 Abs. 2 AktG verfolgte Zweck, die aus der Übernahme von Gründungsaufwand resultierende Vorbelastung des Stammkapitals offen zu legen, findet auch für die GmbH- Gründung Anwendung. Soweit der Gesellschaftsvertrag über den Gründungsaufwand nichts aussagt, sind entsprechend § 26 Abs. 2 AktG die Gründer dessen alleinige Schuldner mit der Folge, dass sie diejenigen Kosten an die GmbH erstatten müssen, die von der GmbH getragen wurden.

#### **Konsequenz**

In der Praxis ist eine Übernahme des Gründungsaufwands durch die GmbH üblich, der daher eindeutig im Gesellschaftsvertrag festzulegen ist. Nur die ordnungsgemäße Festsetzung im Gesellschaftsvertrag führt zur Unschädlichkeit einer aus der Übernahme der Kosten entstehenden Unterbilanz.

### 12. **Überschuldungsbilanz: Gesplittete Einlagen ohne Rangrücktrittserklärg.**

#### **Kernaussage**

Darlehen, die ein Gesellschafter einer GmbH aufgrund einer Zusage im Gesellschaftsvertrag gewährt hat, sind in der Überschuldungsbilanz zu passivieren, soweit nicht ausdrücklich ein - bis zum Inkrafttreten des MoMiG sog. qualifizierter - Rangrücktritt erklärt ist. Diese sog. "gesplitteten Einlagen" oder Finanzplankredite sind keine eigenständige Kategorie des Eigenkapitalrechts, sondern werden wie andere Gesellschafterdarlehen behandelt.

#### **Sachverhalt**

Der Kläger verlangt als Insolvenzverwalter einer KG entsprechend § 31 GmbHG a. F. von der Beklagten als Erbin die Erstattung eigenkapitalersetzender Darlehensrückzahlungen. Der Erblasser war als Kommanditist an der KG beteiligt. Persönlich haftende Gesellschafterin war eine GmbH, deren Geschäftsführer der Erblasser war. Im Gesellschaftsvertrag hatten die Mitgesellschafter vereinbart, der Gesellschaft Darlehen zu gewähren. Eine Kündigung der Darlehen durch die Gesellschafter sollte ohne gleichzeitige Kündigung der Gesellschafterstellung ausgeschlossen sein. Daraufhin nahm der Erblasser ein Darlehen auf und leitete die Darlehensvaluta unmittelbar an die KG weiter. In den Jahren 2002 bis 2004 wurden insgesamt rund 122.000 EUR an den Erblasser zurückgezahlt. Im Jahr 2005 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der KG eröffnet.

#### **Entscheidung**

Die Klage hatte in allen Instanzen Erfolg. Das Darlehen war eigenkapitalersetzend. Die Gesellschaft war überschuldet, da die mit den Mitgesellschaftern bereits im Gesellschaftsvertrag vereinbarten, valutierenden Darlehen zu passivieren waren. Auf die sog. gesplittete Einlage sind entsprechend dem erfüllten Finanzplankreditversprechen die Regeln des Eigenkapitalersatzes anzuwenden. Hiernach ist geklärt, dass die Darlehensrückzahlungsansprüche zu passivieren sind, wenn kein qualifizierter Rangrücktritt vorliegt. Allein der Ausschluss der Kündigungsmöglichkeit durch den Gesellschafter ersetzt die ausdrückliche Rangrücktrittserklärung nicht. Die rechtliche Einordnung als nachrangige Forderung sowie der materielle Nachrang reichen ebenfalls nicht aus.

#### **Konsequenz**

Der BGH hat seine bisher klare Aussage nochmals bestätigt. Ein Geschäftsführer hat damit die Gesellschafterdarlehen im Überschuldungsstatus zu passivieren, sofern kein Rangrücktritt bzw. für Altfälle kein qualifizierter Rangrücktritt vorliegt. Zugunsten des Geschäftsführers verlangt der BGH also eine zweifelsfreie und rechtssichere Beurteilungsgrundlage.

### 13. Umsatzsteuer: Beurteilungen des Sponsoring eines Sportvereins

#### **Kernproblem**

Gemeinnützige Organisationen sind bei der Finanzierung ihrer Tätigkeiten zunehmend auf Sponsoring angewiesen. Aus ertragsteuerlicher Sicht stellt sich die Frage, ob diese Einnahmen steuerfrei oder steuerpflichtig vereinnahmt werden können. Aus umsatzsteuerlicher Sicht ist zu klären, ob die Einnahmen dem ermäßigten Umsatzsteuersatz oder dem Regelsteuersatz zu unterwerfen sind. Sollte Umsatzsteuer anfallen, kann auch die Vorsteuer geltend gemacht werden. Dies aber nur, wenn die Leistung für den unternehmerischen Bereich verbraucht worden ist.

#### **Sachverhalt**

Ein gemeinnütziger Sportverein hat sich verpflichtet, Werbeleistungen für einen Automobilhersteller zu leisten. Als Gegenleistung stellte dieser dem Verein mehrere PKW "unentgeltlich" zur Verfügung, die dieser für seinen Sportbetrieb nutzen durfte. Sämtliche Kosten für die PKW wurden vom Hersteller getragen. Diese stellte dem Verein für die Fahrzeuggestellung eine Rechnung mit Umsatzsteuerausweis. Der Verein machte entsprechend Vorsteuer geltend.

#### **Entscheidung**

Der Werbevertrag begründet nach dem Urteil des FG Baden-Württemberg beim Sportverein einerseits einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb; andererseits handelt es sich um eine umsatzsteuerpflichtige Leistung, die dem Regelsteuersatz unterliegt. Zwar erhält der Verein keinen Geldbetrag; es liegt jedoch ein tauschähnlicher Umsatz vor. Die für die Werbeleistung zur Verfügung gestellten Fahrzeuge werden jedoch genutzt, um den (ideellen) Sportbetrieb aufrecht zu erhalten. Insoweit darf der Verein aus der Rechnung des Automobilherstellers keine Vorsteuer geltend machen.

#### **Konsequenz**

Die Entscheidung des FG Baden-Württemberg steht im Einklang mit der BFH-Rechtsprechung. Bei gemeinnützigen Organisationen sind immer wieder die unterschiedlichen Sphären zu beachten. Auch bei einem tauschähnlichen Umsatz können unterschiedlich (umsatz)steuerliche Sphären betroffen sein. Dabei führt die Verwendung im nichtunternehmerischen Bereich zur konsequenten Versagung des Vorsteuerabzugs.

### 14. Grenzen zulässiger Äußerungen von IHK

#### **Kernaussage**

Industrie- und Handelskammern dürfen Stellungnahmen oder sonstige Erklärungen nur zu Themen abgeben, bei denen es um nachvollziehbare Auswirkungen auf die gewerbliche Wirtschaft in ihrem Bezirk geht.

#### **Sachverhalt**

Das klagende Reisebüro war kraft Gesetzes Mitglied der beklagten IHK. Es wandte sich gegen eine einzelne Äußerung der Beklagten in der sog. "Limburger Erklärung", einem Grundsatzpapier zu Themen der Bildungs-, Forschungs-, Umwelt-, Energie- und Verkehrspolitik. Das Verwaltungsgericht wies die Klage ab, der Hessische Verwaltungsgerichtshof hielt einen Teil der Äußerung für rechtswidrig und gab ihr teilweise statt. Das Bundesverwaltungsgericht hob diese Entscheidung auf.

#### **Entscheidung**

Der Verwaltungsgerichtshof hatte den rechtlichen Maßstab aufgestellt, dass Äußerungen zu Themen, die Interessen der gewerblichen Wirtschaft im Randbereich berühren, nur eingeschränkt zulässig sind. Dieser Auffassung ist das Bundesverwaltungsgericht nicht gefolgt. Auch in diesem Bereich sei es der IHK gestattet, das durch sie repräsentierte Gesamtinteresse ihrer Mitglieder zur Geltung zu bringen. Belange der gewerblichen Wirtschaft werden dann wahrgenommen, wenn die Äußerung sich auf einen Sachverhalt bezieht, der nachvollziehbare Auswirkungen auf die Wirtschaft im Bezirk der IHK hat. Diese Auswirkungen müssen sich aus der Äußerung und ihrem textlichen Zusammenhang ergeben. Aufgrund der Tatsache, dass die IHK als öffentlich-rechtliche Körperschaft öffentlich-rechtliche Aufgaben wahrnehme, habe sie auch bei ihrer Aufgabe, die gewerbliche Wirtschaft gegenüber dem Staat zu vertreten, das höchstmögliche Maß an Objektivität walten zu lassen und dürfe keine reine Interessenvertretung sein. Dazu bedürfen die Aussagen der Sachlichkeit und notwendigen Zurückhaltung.

#### **Konsequenz**

Die Erklärung war vorliegend unabhängig von ihrem Inhalt rechtswidrig. Erklärungen und Stellungnahmen müssen generell unter Einhaltung des dafür vorgesehenen Verfahrens zustande kommen. Die Pflichtmitgliedschaft der Gewerbetreibenden ist nur gerechtfertigt, wenn deren Gesamtinteresse, das von der IHK wahrgenommen wird, durch die nach Gesetz und Satzung zuständigen Gremien ermittelt wurde. Die "Limburger Erklärung" wurde demgegenüber erst nach ihrer Veröffentlichung von der Vollversammlung der Beklagten genehmigt und war damit nicht rechtmäßig.

### 15. Vereinfachte GmbH-Gründung: Abänderung des Musterprotokolls zulässig?

#### **Kernaussage**

Wird das für die GmbH-Gründung im vereinfachten Verfahren vorgesehene Musterprotokoll abgeändert, finden die allgemeinen Vorschriften für eine "normale" GmbH-Gründung Anwendung.

#### **Sachverhalt**

Der Beschwerdeführer beabsichtigte die Gründung einer GmbH im vereinfachten Verfahren (§ 2 Abs. 1a GmbHG) unter Verwendung des gesetzlichen Musterprotokolls. Die Gründungsurkunde wurde beim Registergericht zur Anmeldung der GmbH eingereicht. Das Gericht beanstandete, dass die Kostenregelung nicht dem Musterprotokoll entspreche, weil die Gesellschaft die Gründungskosten bis zu einer Höhe von 1.500 EUR anstatt nur 300 EUR übernehmen sollte. Die Eintragung wurde abgelehnt. Die hiergegen gerichtete Beschwerde blieb erfolglos.

#### **Entscheidung**

Die vorgelegte Gründungsurkunde verstieß gegen das Gesetz, demzufolge das Musterprotokoll (Anlage zum GmbHG) über die dort zugelassenen Alternativen hinaus weder abgeändert noch ergänzt werden darf. Die Abänderung der Kostenhaftung hatte zu Recht zur Folge, dass die Eintragung der GmbH nicht vollzogen wurde. Erfährt das Musterprotokoll Änderungen, so liegt eine "normale GmbH-Gründung" vor, für die keine Erleichterungen, sondern die allgemeinen Regelungen gelten. Es bedarf daher der Einreichung einer Satzung; die Vorlage eines geänderten Musterprotokolls reicht dazu nicht aus. Das Musterprotokoll ist vielmehr Charakteristikum des vereinfachten Verfahrens und allein dieser Gründungsart vorbehalten. Bei Gründung einer GmbH im "normalen Verfahren" kann das Musterprotokoll nicht Grundlage für den Nachweis der darin zusammengefassten Dokumente sein (Satzung, Geschäftsführer-Bestellung, Gesellschafterliste). Es fehlt z. B. die erforderliche satzungsmäßige Grundlage für die Befreiung des Geschäftsführers vom Selbstkontrahierungsverbot. Ferner ist auch die Einreichung der Gesellschafterliste für eine Eintragung der GmbH im "normalen Verfahren" nicht ausreichend.

#### **Konsequenz**

Die Entscheidung zeigt, dass bei einer GmbH-Gründung im vereinfachten Verfahren das Musterprotokoll keine Änderungen erfahren darf. Anderenfalls liegt eine "normale" Gründung vor, bei der das (geändert) Musterprotokoll nicht den Nachweis für die darin zusammengefassten Dokumente liefern kann.

### 16. Aktivierung des Feldinventars bei landwirtschaftlichen Betrieben

#### **Kernaussage**

Ein Landwirt, der sein Feldinventar, d. h. die aufgrund der Feldbestellung auf den Feldern vorhandenen Pflanzenbestände, aktiviert, ist daran auch zukünftig gebunden und kann nicht aus Billigkeitsgründen zu einem Verzicht auf die Bewertung wechseln.

#### **Sachverhalt**

Der Klagende Landwirt betreibt seit 1992 Ackerbau. Seit Aufnahme der landwirtschaftlichen Tätigkeit aktivierte er seine stehende Ernte zum jeweiligen Wirtschaftsjahresende. Aufgrund sehr guter Betriebsergebnisse wurde rund 11 Jahre nach der erstmaligen Aktivierung des Feldbestands dieser ergebnismindernd aufgelöst. Hierdurch entstand ein nicht unwesentlicher Steuererstattungsanspruch. Dieser wurde durch die beklagte Finanzverwaltung verwehrt mit der Begründung, die (freiwillige) Aktivierung der stehenden Ernte sei grundsätzlich beizubehalten. Die hiergegen gerichtete Klage blieb vor dem BFH erfolglos.

#### **Entscheidung**

Zum Betriebsvermögen gehören unstreitig auch das Feldinventar und die stehende Ernte. Da es sich steuerrechtlich um Wirtschaftsgüter des Umlaufvermögens handelt, sind diese mit den Anschaffungs- oder Herstellungskosten zu aktivieren. Alleine aus Billigkeitsgründen wird es land- und forstwirtschaftlichen Betrieben gestattet, auf diese Bewertung zu verzichten. Dies geschieht in erster Linie vor dem Hintergrund einer möglichst praktikablen Bilanzierung. Denn der Gesetzgeber unterstellt, dass das Feldinventar zum Wirtschaftsjahresbeginn einen annähernd ähnlichen Wert hat wie zum Ende des Wirtschaftsjahres. Die Möglichkeit des Verzichts auf Aktivierung kann daher nicht willkürlich getroffen werden. Sie stellt lediglich eine Billigkeitsregelung dar. Insofern ist der Landwirt grundsätzlich an eine Fortführung der Aktivierung gebunden, sobald diese erstmalig durchgeführt wurde.

#### **Konsequenz**

Durch Verzicht auf die Inanspruchnahme der Billigkeitsregelung erfolgt der Wechsel hin zur Aktivierung des Feldinventars mit Nachhaltigkeit. Dies bedeutet, dass eine Rückkehr zum Verzicht der Bilanzierung nicht mehr möglich ist, da dies dem Grundsatz der Bewertungsstetigkeit widersprechen würde.

### 17. Vorgetäuschte Erkrankung: Gesteigerte Darlegungs- und Beweislast

#### **Kernfrage/Rechtslage**

Eine ärztliche Arbeitsfähigkeitsbescheinigung beweist in der Regel die Erkrankung und rechtfertigt damit ein Fernbleiben von der Arbeit, ohne dass der Arbeitnehmer weitere Maßnahmen ergreifen muss. Das Hessische Landesarbeitsgericht hatte nunmehr darüber zu befinden, ob diese Beweiswirkung dann verdrängt wird, wenn Anlass besteht, an der Arbeitsunfähigkeit zu zweifeln; z. B. weil der Arbeitnehmer eine entsprechende Äußerung getätigt hatte.

#### **Entscheidung**

Der Kläger war seit langem als Krankenpfleger bei dem beklagten Krankenhaus beschäftigt. Zuletzt wurde er zusammen mit einem Kollegen in der "Zentralsterilisation" eingesetzt. Sowohl der Kläger als auch der Kollege waren seit dem 14.10.2008 arbeitsunfähig krank. Am 7.11.2008 suchte der Kläger seinen Vorgesetzten bei der Beklagten auf, um eine Verlängerung der Krankschreibung abzugeben. Als dieser fragte, wann er wieder ihm rechnen könne, antwortete der Kläger: "Wo denkst du hin, solange das hier nicht vernünftig läuft, hole ich mir erst noch mal einen gelben Schein. Bei diesem Zustand hier bin ich nach zwei Tagen wieder erschöpft. Mir geht es richtig gut, ich bin psychisch und physisch so fit wie noch nie, aber nicht für die Arbeit". Daraufhin kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos. Mit der hiergegen gerichteten Kündigungsschutzklage unterlag der Kläger. Nach Auffassung des Gerichts lag mit der Einlassung des Klägers, er sei psychisch und physisch so fit wie noch nie, der Verdacht einer vorgetäuschten Erkrankung nahe. Zwar beweise die vorgelegte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung in der Regel die Arbeitsunfähigkeit, dieser Beweiswert sei aber durch die eigenen Äußerungen des Klägers erschüttert. In einer solchen Konstellation treffe die Beweislast wieder den Kläger, der das Vorliegen einer Krankheit vollumfänglich beweisen müsse. Da der Kläger dies nicht konnte, stand für das Gericht fest, dass die Erkrankung nur vorgetäuscht war. Die damit verbundene Zerstörung des Vertrauens des Arbeitgebers rechtfertige im Einzelfall sogar die fristlose Kündigung.

#### **Konsequenz**

Die Entscheidung zeigt, dass, wenn besondere Umstände hinzutreten, die allerdings gravierend sein müssen, auch die Beweiswirkung von ärztlichen Attesten durchbrochen wird.

### 18. DBA-USA: Besteuerung von Zinseinkünften einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft

#### Kernproblem

Der BFH hatte über die Besteuerung von Zinseinkünften aus einer gewerblich geprägten vermögensverwaltenden amerikanischen Personengesellschaft zu entscheiden.

#### Sachverhalt

Eine US-amerikanische Personengesellschaft vermietete im Streitjahr 1995 eine in den USA belegene Immobilie und erzielte aus den Mieteinnahmeüberschüssen Zinserträge. An der Personengesellschaft waren, teils mittelbar und teils unmittelbar, in Deutschland ansässige unbeschränkt steuerpflichtige Personen beteiligt. Streitig war, ob die Zinserträge nach dem DBA-USA von der deutschen Besteuerung freizustellen sind oder wenigstens die in den USA auf die Zinserträge gezahlte Steuer auf die deutsche Steuer angerechnet wird. Der Kläger begehrte eine Besteuerung als Unternehmensgewinn in den USA. Das beklagte Finanzamt vertrat die Ansicht, die Zinsen seien nicht als gewerbliche Einkünfte, sondern als Zinseinkünfte zu qualifizieren und könnten nur in Deutschland besteuert werden. Die Klage blieb erfolglos.

#### Entscheidung

Fraglich war die Wirkung, die von Artikel 3 Abs. 2 des DBA-USA ausgeht. Maßgeblich wäre danach das Recht des Anwenderstaates, also Deutschlands. Bei einer gewerblich geprägten Gesellschaft würde dies zu Unternehmensgewinnen führen (so auch das BMF im Schreiben vom 16.4.2010). Geklärt wurde außerdem das Verhältnis zu Art. 6 Abs. 3 des DBA, der eine Zuordnung der Zinsen zu den Einkünften aus unbeweglichem Vermögen hätte auslösen können. Schließlich war zu klären, ob es zu einer Anrechnung der amerikanischen Steuer auf die Zinsen kommen kann. Der BFH vertritt abweichend von der Meinung im jüngsten BMF-Schreiben die Auffassung, dass die gewerbliche Prägung nicht zu einer Umqualifizierung von Einkünften aus der Vermögensverwaltung in gewerbliche Einkünfte führt. Art. 3 Abs. 2 erfordert nach Ansicht des BFH eine abkommensspezifische Auslegung. Die Regelungen im nationalen Recht sollen nur eine Hilfsfunktion haben. Hinsichtlich der Zuordnung zu den Einkünften aus unbeweglichem Vermögen sieht der BFH ebenfalls nur einen mittelbaren Zusammenhang. Deshalb ist der Zinsartikel vorrangig anzuwenden. Schließlich stellt der BFH klar, dass eine Steueranrechnung der in den USA abgeführten Quellensteuer nur dann erfolgen könne, wenn beide Staaten ein Besteuerungsrecht hätten. Dies sei aber gerade nicht der Fall, da Deutschland insoweit ein alleiniges Besteuerungsrecht zustehe.

### 19. BAG hebt Kündigung von "Emmely" auf

#### **Kernfrage/Rechtslage**

Bislang galt, dass jede Straftat eines Arbeitnehmers zu Lasten des Arbeitgeber unabhängig von allen Fragen der Verhältnismäßigkeit und Schadenshöhe zur einer in der Regel fristlosen, jedenfalls aber ordentlichen Kündigung des Arbeitgebers berechnigte. Eine Bagatellgrenze gab es nicht. So wurde auch der wohl populärste Fall der Kassiererin "Emmely", die Pfandbons im Wert von 1,30 EUR unterschlagen hatte, von den Instanzgerichten entschieden und die Kündigung für zulässig erachtet. Diese bisher unumstößliche Rechtsprechung hat das Bundesarbeitsgericht jetzt gekippt.

#### **Entscheidung**

Die Klägerin war 30 Jahre als Verkäuferin mit Kassentätigkeit bei der Beklagten beschäftigt. 2008 wurden in der Filiale zwei Pfandbons im Wert 1,30 EUR aufgefunden. Der Filialleiter übergab die Bons der Klägerin zur Aufbewahrung, falls sich ein Kunde noch melden sollte. Nach den Feststellungen der Instanzgerichte reichte die Klägerin die beiden Bons bei einem privaten Einkauf zehn Tage später bei der kassierenden Kollegin ein. Diese nahm sie entgegen, obwohl sie, anders als es aufgrund einer Anweisung erforderlich gewesen wäre, vom Filialleiter nicht abgezeichnet worden waren. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis ungeachtet des Widerspruchs des Betriebsrats wegen eines dringenden Tatverdachts fristlos, hilfsweise fristgemäß. Nachdem die Instanzgerichte die Kündigung für wirksam erklärt hatten, urteilte das Bundesarbeitsgericht jetzt zugunsten der Klägerin. Zwar liege ein schwerwiegender Vertragsbruch vor, der den Kernbereich der Arbeitsaufgaben einer Kassiererin berühre und damit trotz des geringen Werts der Pfandbons das Vertrauensverhältnis der Parteien objektiv erheblich belaste. Letztlich würden aber angesichts der mit einer Kündigung verbundenen schwerwiegenden Einbußen die zu Gunsten der Klägerin in die Abwägung einzustellenden Gesichtspunkte überwiegen. Dazu gehört die 30 Jahre ohne rechtlich relevante Störungen verlaufene Beschäftigung, durch die ein hohes Maß an Vertrauen entstanden sei, das durch den in vieler Hinsicht atypischen und einmaligen Kündigungssachverhalt nicht vollständig zerstört werden könne. Außerdem sei auch die nur geringfügige wirtschaftliche Schädigung in die Abwägung mit aufzunehmen, so dass eine Abmahnung als milderes Mittel gegenüber einer Kündigung angemessen und ausreichend gewesen wäre.

#### **Konsequenz**

Mit der Entscheidung hat das Bundesarbeitsgericht eine bisher feste Grenze des Kündigungsrechts aufgeweicht und damit aufgehoben. Zwar soll es dabei bleiben, dass die Straftat die Kündigung rechtfertigt, zukünftig wird aber jede Kündigung aus diesem Grund mit den Argumenten der Unverhältnismäßigkeit angreifbar sein. So stellen sich z. B. die Fragen, ab welcher Dauer der Betriebszugehörigkeit das Interesse des Arbeitnehmers überwiegt, oder ab welcher Wertgrenze sich die Schadenshöhe auswirkt.

### 20. Verabschiedungsschreiben bei Wechsel zu Wettbewerber

#### **Kernaussage**

Das Abwerben von Kunden ist grundsätzlich nicht wettbewerbswidrig. Erst wenn besondere Unlauterkeitsumstände hinzutreten, kann ein Wettbewerbsverstoß begründet werden. Das systematische Anschreiben von Kunden während des noch bestehenden Arbeitsverhältnisses ist jedenfalls wettbewerbswidrig, wenn sich der Arbeitnehmer bei seinen Kunden für das bisherige Vertrauen bedankt, seine private Anschrift und Telefonnummer angibt und auf seine zukünftige Tätigkeit als Wettbewerber oder für einen neuen Arbeitgebers hinweist.

#### **Sachverhalt**

Der Kläger und der einer der beiden Beklagten sind Lohnsteuerhilfvereine. Der weitere Beklagte war bei dem Kläger als Steuersachbearbeiter angestellt. Nachdem er das Arbeitsverhältnis gekündigt hatte, versandte er während des noch bestehenden Arbeitsverhältnisses unter Verwendung des Adressenmaterials und des Briefpapiers des Klägers Verabschiedungsschreiben an die von ihm bislang betreuten Mitglieder. Er bedankte sich "für das bisherige langjährige entgegengebrachte Vertrauen" und gab seine private Adresse und Telefonnummer an. Der Kläger verlangt von beiden Beklagten Schadensersatz wegen des Verlusts von Mitgliedsbeiträgen aufgrund abgeworbener Mitglieder. Zwischen den Beklagten habe eine Absprache hinsichtlich des Vorgehens bestanden.

#### **Entscheidung**

Die Klage blieb in den ersten beiden Instanzen erfolglos. Der BGH hob das Berufungsurteil auf und verwies die Sache ans OLG zurück. Das beanstandete Schreiben ist wettbewerbswidrig und zielt auf die Abwerbung der betreuten Mitglieder und zwar zu einem Zeitpunkt, in dem der weitere Beklagte noch in einem Arbeitsverhältnis zum Kläger stand. Er hatte sich daher diesem gegenüber loyal zu verhalten. Zudem ist die Formulierung, mit der sich der beklagte Mitarbeiter für das bisherige Vertrauen bedankte, als Absicht zu werten, dem Kunden nahe zu legen, mit ihm auch nach seinem Ausscheiden beim Kläger weiterhin vertrauensvoll zusammen zu arbeiten. Zu wesentlichen Fragen, wie und durch wen die Betreuung der Mitglieder beim Kläger weiter erfolgen würde, nahm das Schreiben indes keine Stellung.

#### **Konsequenz**

Die Konsequenzen im Fall eines wettbewerbswidrigen Verabschiedungsschreibens sind weitreichend. Dem früheren Arbeitgeber steht ein Anspruch auf Ersatz des Schadens zu, der ihm durch die Abwerbung von Kunden entstanden ist. Zur Vorbereitung dieses Schadensersatzanspruches steht ihm zudem ein Auskunftsanspruch darüber zu, wer die Adressaten waren und welche Kunden im zeitlichen Zusammenhang mit diesem Schreiben zum neuen Arbeitgeber des Mitarbeiters gewechselt sind.

## GmbH-Gesellschafter/-Geschäftsführer

### 1. Anwendung von § 64 Abs. 2 GmbHG a. F. auf EU-Auslandsgesellschaften

#### Kernaussage

Die vor dem Inkrafttreten der GmbH-Gesetzesnovelle im November 2008 geltende Fassung des § 64 Abs. 2 GmbHG normierte eine Ersatzpflicht der Geschäftsführer gegenüber der GmbH für Zahlungen, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder nach Feststellung der Überschuldung der GmbH geleistet wurden. Die Genannte Bestimmung findet auch auf Gesellschaften, die nach dem Recht eines EU-Mitgliedstaates gegründet wurden und im Inland eine Zweigniederlassung unterhalten, Anwendung. Die Vorschrift ist als dem Insolvenzrecht zugehörig zu qualifizieren.

#### Sachverhalt

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen einer Ltd., die formal in London ansässig ist und eine im Handelsregister eingetragene Zweigniederlassung in Berlin unterhält. Einer der Beklagten war Director einer weiteren Ltd., die wiederum Director der Schuldnerin war. Der weitere Beklagte war ständiger Vertreter der Schuldnerin mit Einzelvertretungsbefugnis. Dieser tätigte erhebliche Barabhebungen vom Geschäftskonto der Schuldnerin, obwohl sie bereits zahlungsunfähig war. Der Kläger macht Ansprüche gegen die Beklagten wegen dieser Barabhebungen geltend.

#### Entscheidung

Das LG gab der Klage aufgrund der Haftung der Beklagten wegen existenzvernichtenden Eingriffs nach § 826 BGB statt. Gegen diese Entscheidung legte der beklagte Director Berufung ein. Das KG bestätigte das Urteil und stützte den Anspruch des Klägers auf § 64 Abs. 2 GmbHG a. F. Es stellte klar, dass gemäß Art. 4 der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29.5.2000 über Insolvenzverfahren (EG-InsolvenzverfahrensVO) § 64 Abs. 2 GmbHG a. F. Anwendung findet, da das Insolvenzverfahren in Deutschland eröffnet wurde. Die Vorschrift ist als Insolvenzrecht zu qualifizieren, weil sie insolvenzrechtlichen Zwecken dient. Die Regelung ist auch mit der Niederlassungsfreiheit (Art. 43, 48 EG) vereinbar, denn § 64 Abs. 2 GmbHG a. F. knüpft lediglich bestimmte Rechtsfolgen an ein bestimmtes Organverhalten und stellt keine Voraussetzungen für die Errichtung einer Zweigniederlassung in Deutschland auf. Ferner ist die Anwendung des § 64 Abs. 2 GmbHG a. F. aus Gründen des Allgemeininteresses zum Schutze der Gläubiger zwingend erforderlich.

#### Konsequenz

Mit dieser Entscheidung wird erstmals die Haftung aus § 64 Abs. 2 GmbHG a. F. auf den Director einer Ltd. erstreckt und den unzureichenden Sanktionsmöglichkeiten des englischen Gesellschaftsrechts entgegengetreten. Diese Entscheidung dürfte auch auf § 64 GmbHG n. F. für Haftungsfälle nach Inkrafttreten des MoMiG entsprechende Anwendung finden.

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.