



# Mandanten-Informationen

April 2011

**Inhalt** **Seite**

---

## Privatbereich

1. Gleiche ErbSt-Sätze bei Steuerklassen II+III nicht verfassungswidrig	3
2. Falsche LSt-Bescheinigung 2010: Angeblich kein Nachteil	3
3. Verletzt Eintrag "--" auf der LSt-Karte die Religionsfreiheit?	4
4. Heterologe künstliche Befruchtungen sind steuerlich absetzbar	5
5. Gleichbehandlung von Ehegatten/eingetragenen Lebenspartnern bei Grunderwerbsteuer	5
6. Liechtensteiner Bank muss Steuersünder nicht entschädigen	6
7. Kein Entfall der Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung bei Wissen und Schweigen der Fahnder	6
8. Duldungsbescheid bei Übertragung von Miteigentum wirksam?	7
9. Zum erleichterten Nachweis von Krankheitskosten als außergewöhnliche Belastungen	8
10. Zu den Grenzen der Einsicht in das Grundbuch	9

## Unternehmer und Freiberufler

1. Auszahlung der Versicherungssumme bei Direktversicherung	9
2. Grunderwerbsteuer bei mittelbarer Anteilsvereinigung	10
3. Gewerbesteuerliche Abzugsfähigkeit von Vorbereitungsaufwendungen	11
4. Juristische Personen des öffentlichen Rechts als Unternehmer	11
5. Bauträger als Steuerschuldner	12
6. Einmal Currywurst, aber bitte mit 7 %	12
7. Kein Vorsteuerabzug für Betriebsausflüge	13
8. Behandlung der Vorsteuer bei Durchschnittssatzermittlern	14
9. BMF zur Ortsbestimmung von sonstigen Leistungen nach dem JStG 2010	14
10. Altersgrenze in Tarifverträgen von 65 Jahren ist zulässig	15

11.	Muslimische Arbeitnehmer haben Anspruch auf alkoholfreien Arbeitsplatz	15
12.	Fristlose Kündigung wegen eigenmächtigen Urlaubs?	16
13.	Betriebserwerber haften nicht für Beitragsschulden des Veräußerers	17
14.	Kündigung und Vergütung sog. "Internet-System-Verträge"	17
15.	Betriebsübergang: Für Fortsetzungsverlangen gilt Widerspruchsfrist	18
16.	Steuerfreiheit des Stipendiums einer gemeinnützigen EU-/EWR-Institution	19
17.	Kirche kann Arbeitnehmer wegen Mitgliedschaft in anderer Religionsgemeinschaft kündigen	19
18.	Keine Benachteiligung bei Bewerbung nach erfolgter Stellenbesetzung	20
19.	Arbeitnehmer dürfen Arbeitgeber bei Beleidigung zurechtweisen	20
20.	Auskunftsrecht von GbR-Gesellschaftern über Mitgesellschafter bei KG-Beteiligung	21
21.	Geschenkgutscheine - demnächst umsatzsteuerpflichtig?	22
22.	Keine automatische Haftungsminderung der GbR-Gesellschafter bei Haftung nach Quote	22

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

1.	Keine Haftung des Geschäftsführers für rückständige Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung nach Insolvenzzreife	23
2.	GmbH-Geschäftsführer bekommt zu Unrecht gezahlte Rentenversicherungs-Beiträge nicht erstattet	24
3.	Werbungskosten für Arbeitnehmer bei Verzicht auf Darlehensforderung gegen Arbeitgeber	25
4.	Zur eigenkapitalersatzrechtlichen Bindung von Forderungen	25

STEUERBERATERKANZLEI  
KÄPERNICK SCHÜRMANN

Rathauspalais Ohligs  
Merscheider Straße 3  
42699 Solingen

Tel. 0212 - 645 147 0  
Fax 0212 - 645 147 20

info@ks-steuerberater.de  
www.ks-steuerberater.de

## Privatbereich

### 1. Gleiche ErbSt-Sätze bei Steuerklassen II+III nicht verfassungswidrig

#### Kernfrage/Rechtslage

Eine Kernänderung der Erbschaftsteuerreform zum 1.1.2009 war, dass die Steuersätze der Erbschaftsteuerklasse II (entferntere Verwandtschaft bspw. Geschwister) und Erbschaftsteuerklasse III (jeder sonstige Dritte) gleichgesetzt wurden. Diese - inzwischen durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz rückgängig gemachte - Regelung war Bestandteil der Gegenfinanzierung der weitgehenden Erbschaftsteuerfreistellung von Betriebsvermögen. Die Regelung war seit jeher - wie andere Bestandteile der Erbschaftsteuerreform - im Hinblick auf ihre Verfassungsmäßigkeit umstritten. Das Finanzgericht Düsseldorf hat hierzu nunmehr erstmals entschieden.

#### Entscheidung

Der Kläger ist Neffe des Erblassers. Er wurde mit dem Steuersatz von 30 % zur Erbschaftsteuer veranlagt. Gegen den Erbschaftsteuerbescheid klagte er und begründete die Klage mit der Verfassungswidrigkeit der Gleichstellung der Personen in Steuerklasse II und III. Das Finanzgericht wies die Klage ab, lies jedoch die Revision zum BFH zu. Die Gleichstellung der Erwerber der Steuerklasse II mit Erwerbern der Steuerklasse III verstoße nicht gegen den Gleichheitssatz der Verfassung, nach dem wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln sei. Zwar habe der Gesetzgeber Erwerber der Steuerklasse II und Steuerklasse III gleichgestellt, obgleich die erstgenannte Personengruppe im Gegensatz zur letztgenannten Personengruppe regelmäßig eine verwandtschaftliche Nähe zum Erblasser aufweise, diese Gleichstellung lasse sich jedoch mit einer verfassungsrechtlich zulässigen Typisierung rechtfertigen. Denn beide Erwerberklassen stünden regelmäßig nicht in einer Lebens-, Erziehungs- und Hausgemeinschaft mit dem Erblasser, so dass ein geringerer Schutz bestehe. Der Kläger könne sich auch nicht darauf berufen, dass der Gesetzgeber die Gleichstellung wieder rückgängig gemacht habe. Der Gesetzgeber habe die Rückgängigmachung an einen Stichtag knüpfen können, so dass auf den Kläger zulässigerweise der gleichgestellte Rechtszustand Anwendung finde.

#### Konsequenz

Die Entscheidung ist nicht rechtskräftig, die Revision zum BFH ist ausdrücklich zugelassen worden. Für Übertragungsvorgänge bzw. Erbfälle des Jahres 2009 bedeutet sie, dass Veranlagungen weiterhin offen zu halten sind.

### 2. Falsche LSt-Bescheinigung 2010: Angeblich kein Nachteil

#### Fehlerhafte Lohnsteuerbescheinigung 2010: Wer ist betroffen?

Zuletzt erst hat der Boulevard zahlreiche falsche Steuerbescheide zuungunsten der Steuerbürger angekündigt, denn Folgendes war passiert: In einigen Fällen sind die vom Arbeitgeber erstellten Lohnsteuerbescheinigungen 2010 auf Grund eines Programmfehlers der Software-Anbieter fehlerhaft ausgestellt worden. Betroffen sind Arbeitnehmer, die freiwillig Versicherte in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung sind. Hier gilt es schon einmal für einen Großteil der Arbeitnehmer aufzuatmen, denn freiwillig versichert sind überwiegend solche, die in 2010 über ein regelmäßiges Einkommen von mindestens 3.750 EUR monatlich verfügt haben. Darunter ist man in aller Regel gesetzlich versichert.

#### Wo liegt das Problem?

Die Lohnsteuerbescheinigung wird vom Arbeitgeber an die Finanzverwaltung übermittelt und bildet die Grundlage einer späteren Einkommensteuerveranlagung. Nach einer für den Steuerzahler günstigen Gesetzesänderung sind seit 2010 Krankenversicherungsbeiträge (ohne Wahlleistungen und nach einem Abschlag von 4 %, wenn Anspruch auf Krankengeld besteht) in voller Höhe als Sonderausgabe abzugsfähig. Beim Arbeitnehmer mindern sich die berücksichtigungsfähigen Gesamtbeiträge um die steuerfreien Zuschüsse des Arbeitgebers, so dass sich unterm Strich nur

sein "eigener Anteil" auswirkt (in 2010: allgemeiner Beitragssatz 14,9 %, davon AN-Anteil 7,9 %). Durch den Programmfehler wurde in der Lohnsteuerbescheinigung (Zeilen 25/26) anstatt des kompletten Arbeitnehmeranteils der um den Arbeitgeberanteil geminderte Beitrag zur Kranken- und Pflegeversicherung ausgewiesen. Weil sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber die Beiträge annähernd zur Hälfte teilen, weist auch die Bescheinigung nicht viel mehr als etwa die Hälfte des Arbeitnehmeranteils aus. Zieht man jetzt in der Steuerveranlagung davon noch die Arbeitgeberanteile ab (berücksichtigt sie also zweimal), bleibt fast nichts mehr übrig.

#### **Was meint das Bundesfinanzministerium?**

Nachdem das BMF zunächst die Arbeitgeber verpflichten wollte (soweit wirtschaftlich zumutbar - was immer das heißen mag), korrigierte Lohnsteuerbescheinigungen an die Finanzämter zu übermitteln und dem Arbeitnehmer einen Ausdruck auszuhändigen, erfolgte jetzt ein Rückzieher. Demnach sollen die fehlerhaften Bescheinigungen maschinell erkannt und die Beiträge in zutreffender Höhe bei der Veranlagung zur Einkommensteuer berücksichtigt werden.

#### **Konsequenz**

Betroffene sollten ihren Einkommensteuerbescheid 2010 peinlichst genau prüfen.

### **3. Verletzt Eintrag "--" auf der LSt-Karte die Religionsfreiheit?**

#### **Kernproblem**

Die Eintragungen auf der Lohnsteuerkarte dienen dem richtigen Steuerabzug. Ist in der Rubrik "Kirchensteuerabzug" ein "--" ausgefüllt, dann bedeutet das in der Sache nichts anderes, als dass für den Arbeitnehmer keine Kirchensteuer einzubehalten ist. Es mag merkwürdig klingen, wenn sich hier ein konfessionsloser Arbeitnehmer in seinen Rechten verletzt fühlt und mit seinem Anliegen beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) anhängig wird.

#### **Sachverhalt**

Ein deutscher Lektor und Rechtsanwalt hatte vergeblich in mehreren Jahren vor dem Finanzgericht geklagt, der Eintrag "--" verletze ihn in seinem Recht, seine religiösen Überzeugungen nicht preiszugeben. Für ihn als Homosexuellen sei nicht zumutbar, an einem Steuererhebungsverfahren teilzunehmen, das gesellschaftlichen Gruppen - den Kirchen - diene, die erklärtermaßen einen wichtigen Aspekt seiner Persönlichkeit in Frage stellten und herabwürdigten. Er trage mit der Angabe dazu bei, dass das Erhebungsverfahren für die Kirchensteuer reibungslos funktioniere und unterstütze so indirekt die Kirchen, deren Standpunkte er ablehne. Revisionen beim BFH blieben ohne Erfolg und auch das BVerfG nahm eine Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an.

#### **Entscheidung des EGMR**

Die Beschwerde scheiterte. Für das Gericht war die Verpflichtung, die Behörden über eine Nichtzugehörigkeit zu einer kirchensteuererhebungsberechtigten Kirche oder Religionsgemeinschaft zu informieren, zwar ein Eingriff in die negative Religionsfreiheit. Der Eingriff sei aber nach deutschem Recht gesetzlich vorgesehen und verfolgte den legitimen Zweck, die Erhebung der Kirchensteuer zu gewährleisten. Der Eingriff sei auch verhältnismäßig, zumal der Eintrag auf der Lohnsteuerkarte nur einen beschränkten Informationswert habe und darüber informiere, dass der Steuerzahler keiner der Kirchen und Religionsgemeinschaften angehöre, die Kirchensteuer erheben. Zudem erfolge keine öffentliche Verwendung der Lohnsteuerkarte, außer im Verhältnis zwischen Arbeitnehmer, Arbeitgeber und dem Finanzamt.

#### **Konsequenz**

Das Gericht führt aus, dass es in der Vergangenheit durchaus Verletzungen der Religionsfreiheit festgestellt hat. Anders als im Fall des Lohnsteuerkarteneintrags habe hier jedoch ein Verlangen nach einer Erläuterung zur Nichtangehörigkeit einer Religionsgemeinschaft oder die Überprüfung der religiösen oder weltanschaulichen Überzeugung vorgelegen.

#### 4. **Heterologe künstliche Befruchtungen sind steuerlich absetzbar**

##### **Kernproblem**

Die Rechtsprechung im Zusammenhang mit außergewöhnlichen Belastungen ist im Wandel. Kürzlich hatte der VI. Senat des Bundesfinanzhofs (BFH) die Nachweispflichten von Krankheitskosten erleichtert und von dem Erfordernis eines amtsärztlichen Gutachtens unter Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung abgesehen. Gleiches widerfuhr jetzt einem Ehepaar, das Aufwendungen für eine heterologe künstliche Befruchtung als außergewöhnliche Belastung geltend machte, aber zunächst beim Finanzamt mit seinem Anliegen scheiterte.

##### **Sachverhalt und bisherige Rechtsprechung**

Im entschiedenen Fall war der Ehemann wegen einer inoperablen organisch bedingten Sterilität zeugungsunfähig. Das Ehepaar wollte den Kinderwunsch durch eine künstliche Befruchtung mit Samen eines anonymen Spenders verwirklichen (heterologe Befruchtung). Die Kosten der Behandlung von etwa 21.000 EUR ließ das Finanzamt unter Hinweis auf die bisherige Rechtsprechung des BFH nicht zum Abzug zu, weil diese Art der Befruchtung keine Heilbehandlung sei. In der Vergangenheit hatte der BFH jedoch bereits Aufwendungen einer zeugungsunfähigen Frau für eine homologe künstliche Befruchtung (d. h. mit den Samen des Ehepartners oder Partners) nicht nur bei Ehepaaren, sondern seit dem Jahr 2007 auch im Fall einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zum Abzug zugelassen. Dagegen sah man die künstliche Befruchtung der gesunden Frau mit Fremdsamen nicht als gezielte medizinische Behandlung zum Zwecke der Heilung oder Linderung einer Krankheit an.

##### **Änderung der Rechtsprechung**

Der BFH begründet seine geänderte Auffassung damit, dass die künstliche Befruchtung der gesunden Ehefrau mit Fremdsamen zwar nicht die Beseitigung der Unfruchtbarkeit des Ehemannes bezwecke. Sie zielt aber auf die Beseitigung der Kinderlosigkeit eines Paares ab, der zwar nicht selbst ein Krankheitswert zukomme, die aber unmittelbare Folge der Erkrankung des Ehemannes sei. Damit werde die durch Krankheit behinderte Körperfunktion durch eine medizinische Maßnahme ersetzt. Entgegen der bisherigen Auffassung sei hierin eine Heilbehandlung zu sehen.

##### **Konsequenz**

Zwar hinkt der Vergleich, aber der BFH sieht einen Zusammenhang mit Zahnersatz, Brillen, Hörgeräten oder Rollstühlen. Auch diese werden steuerlich anerkannt, obwohl durch sie der körperliche Mangel nicht behoben, sondern ebenfalls umgangen oder kompensiert werde. Ein Fall fehlt jetzt noch in der Rechtsprechung. Es ist jedoch anzunehmen, dass Elton John nicht dem deutschen Einkommensteuergesetz unterliegt.

#### 5. **Gleichbehandlung von Ehegatten/eingetragenen Lebenspartnern bei Grunderwerbsteuer**

##### **Kernaussage**

Grundstücksübertragungen zwischen Ehegatten unterliegen nicht der Grunderwerbsteuer (§ 3 Nr. 4 GrEStG). Die Befreiungsvorschrift wurde mit dem Jahressteuergesetz 2010 auch auf eingetragene Lebenspartnerschaften ausgedehnt. Anders als die vergleichbaren Regelungen zum Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht jedoch nicht rückwirkend, sondern erst ab Inkrafttreten des Jahressteuergesetz 2010 am 14.12.2010.

##### **Sachverhalt**

Der Antragsteller trennte sich im Jahr 2009 von seinem Lebenspartner. Im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung erhielt der Antragsteller von seinem Lebenspartner dessen Miteigentumsanteil an einem Hausgrundstück und beantragte die Befreiung von der Grunderwerbsteuer. Das Finanzamt verweigert die Befreiung und verwies auf den seiner Meinung nach eindeutigen Wortlaut der grunderwerbsteuerlichen Vorschrift (§ 3 Nr. 4 GrEStG), der eine Steuerbefreiung im Streitjahr nur für "Ehegatten" vorsehe und diese nicht auf "Lebenspartner" ausdehne.

### **Entscheidung**

Das niedersächsische Finanzgericht gewährte dem Antragsteller vorläufigen Rechtsschutz in Form der Aufhebung der Vollziehung des Grunderwerbsteuerbescheids. Es folgt dabei den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zur verfassungsrechtlich gebotenen Gleichbehandlung von eingetragenen Lebenspartnern und Ehegatten bei der Erbschaft- und Schenkungsteuer und überträgt die dort vorgebrachten Gründe vollumfänglich auf die Grunderwerbsteuer. Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur Gleichbehandlung zielen nach Ansicht des Finanzgerichts auf die gesamte Rechtsordnung ab, mithin auch auf das Steuerrecht und damit auf das Grunderwerbsteuerrecht und nicht allein auf das Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht. Nach Ansicht des Finanzgerichts sei es zumindest "grenzwertig", wenn der Gesetzgeber die noch offenen Lebenspartner-Altfälle (Erwerbsvorgänge zwischen dem 1.8.2001 und dem 13.12.2010) bei der Grunderwerbsteuer nicht den Ehegattenerwerbsvorgängen gleichstelle und damit nicht von der Besteuerung befreit.

### **Konsequenz**

Das Gericht fordert in seinem Beschluss den Gesetzgeber unmissverständlich auf, eine entsprechende Gesetzeskorrektur bei der Grunderwerbsteuer mit einer Anwendungsregelung für die Vergangenheit, wie etwa bei der Erbschaft- und Schenkungsteuer, vorzunehmen. Andernfalls werde man die Angelegenheit dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorlegen.

## **6. Liechtensteiner Bank muss Steuersünder nicht entschädigen**

### **Kernaussage**

Ein ehemaliger Mitarbeiter der Liechtensteiner Fürstenbank LGT hatte seinerzeit eine CD mit den Kundendaten gestohlen und diese für 4,5 Mio. Euro an den Bundesnachrichtendienst verkauft. Der Fürstliche Oberste Gerichtshof Liechtenstein (OGH Liechtenstein) hatte sich nunmehr mit der Frage zu befassen, ob die Fürstenbank einem deutschen Steuersünder zum Schadensersatz verpflichtet ist, weil sie diesen nicht frühzeitig vom dem Diebstahl unterrichtete.

### **Sachverhalt**

Der klagende Immobilienhändler aus Bad Homburg war wegen der Datenentwendung bei der Liechtensteiner Fürstenbank LGT Treuhand bei der deutschen Steuerfahndung auffällig geworden. Er wurde im Juli 2008 vom Landgericht Bochum wegen Steuerhinterziehung zu einer Bewährungsauflage von 7,5 Mio. EUR verurteilt. Mit Steuernachzahlungen und Rechtsanwaltskosten musste er insgesamt rd. 20 Mio. EUR bezahlen. Der Kläger warf der Liechtensteinischen Bank später vor, er sei zu spät über den Datendiebstahl informiert worden. Wäre dies rechtzeitig geschehen, hätte er sich selbst beim deutschen Fiskus anzeigen oder von einer zeitweiligen Amnesie profitieren können. Seiner Ansicht nach wäre dann die Geldstrafe geringer ausgefallen. Der Fürstliche Oberste Gerichtshof Liechtenstein wies die Schadensersatzklage schließlich ab.

### **Entscheidung**

Nach Ansicht des Gerichts ist ein Bankkunde für die Einhaltung der Steuergesetze in seinem Heimatland selbst verantwortlich. Ein Abwälzen der Verantwortung käme nicht in Betracht, so dass die Liechtensteiner Fürstenbank LGT nicht für den Schaden eines deutschen Steuersünders aufkommen müsse.

### **Konsequenz**

Das bisher noch beim Landgericht Vaduz anhängige halbe Dutzend weiterer Klagen dürfte damit ebenfalls keinen Erfolg haben.

## **7. Kein Entfall der Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung bei Wissen und Schweigen der Fahnder**

### **Kernaussage**

Der Tatbestand der Steuerhinterziehung ist nicht erst dann vollendet, wenn der Finanzbeamte er-

folgreich getäuscht wurde. Der Bundesgerichtshof (BGH) entschied kürzlich, dass eine Strafbarkeit aufgrund unrichtiger oder unvollständiger Angaben nicht deshalb entfällt, weil der Finanzbehörde alle bedeutsamen Tatsachen bekannt und sämtliche Beweismittel verfügbar waren.

### **Sachverhalt**

Der Angeklagte war als Einkäufer beschäftigt und hatte für seinen Arbeitgeber Elektronikbauteile aus dem europäischen Ausland gekauft. Der Bezug erfolgte über eine Personengruppe, deren in Deutschland ansässige Firmen nur zwischengeschaltet waren, um unberechtigte Vorsteuerabzüge zu erlangen. In diesem Wissen gab der Angeklagte Eingangrechnungen mit gesondertem Umsatzsteuerausweis an die Buchhaltung weiter zum Zwecke der Verbuchung und Vornahme des Vorsteuerabzugs. So wurden insgesamt rd. 5,18 Mio. EUR hinterzogen, der Angeklagte wurde zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Mit seiner Revision macht er geltend, die Finanz- und Strafverfolgungsbehörde habe so früh Kenntnis von dem gesamten Sachverhalt gehabt, dass sie größeren Schaden hätte verhindern können. Statt dessen seien aber gar keine Maßnahmen ergriffen worden. Die Revision blieb ohne Erfolg.

### **Entscheidung**

Eine Steuerhinterziehung setzt keine gelungene Täuschung des zuständigen Finanzbeamten voraus. Weder das Wissen des Ermittlungsbeamten, noch dessen Schweigen kann für den Strafausspruch berücksichtigt werden. Zur Verwirklichung des Straftatbestandes der Steuerhinterziehung reicht es aus, dass die unrichtigen oder unvollständigen Angaben in anderer Weise als durch Täuschung für die Steuerverkürzung oder das Erlangen ungerechtfertigter Steuervorteile ursächlich werden. Die Straftat liegt selbst dann vor, wenn der Veranlagungsbeamte von allen für die Veranlagung wichtigen Tatsachen Kenntnis hat und sämtliche Beweismittel vorliegen. Auf eine Kenntnis oder Unkenntnis kommt es nicht an.

### **Konsequenz**

Der Erfolg der durch aktives Tun begangenen Steuerhinterziehung wäre auch bei Kenntnis der Behörde vom zutreffenden Besteuerungssachverhalt nicht ohne den vom Steuerpflichtigen in Gang gesetzten Geschehensablauf eingetreten. Anders als bei einer Unterlassungsstraftat birgt gerade das Machen von Falschangaben die unter Strafe gestellte Gefahr der Steuerverkürzung.

## **8. Duldungsbescheid bei Übertragung von Miteigentum wirksam?**

### **Rechtslage**

Gerät ein Ehegatte in eine wirtschaftliche Notlage oder ist beabsichtigt, das Vermögen zur Minimierung eines Haftungsrisikos bei einem Ehegatten zu konzentrieren, sind Vermögensübertragungen von einem auf den anderen Ehegatten zivilrechtlich, wenn Gläubigerbenachteiligungsabsicht besteht, unter weiteren Voraussetzungen anfechtbar. Eine vergleichbare Vorschrift findet sich im Steuerrecht, wonach der Ehegatte die Inanspruchnahme für Steuerschulden des anderen Ehegatten bis zum Wert des übertragenen Vermögens dulden muss. Die steuerrechtliche Bestimmung lässt die Inanspruchnahme des Ehegatten jedoch unter erleichterten Bedingungen zu. Der Bundesfinanzhof hatte nunmehr zum Zusammentreffen der zivilrechtlichen Anfechtungs- und steuerlichen Duldungsregelungen zu entscheiden.

### **Sachverhalt**

Nachdem das Finanzamt mit Vollstreckungsmaßnahmen gegen einen der steuerlich zusammen veranlagten Ehegatten keinen Erfolg hatte, nahm es die Ehefrau wegen einer ihr geschenkten Grundstückshälfte, gestützt auf die zivilrechtlichen Anfechtungsregelungen, auf Duldung der Inanspruchnahme wegen der Steuerschuld in Anspruch. Hiergegen verteidigte sich die Ehefrau im Klageverfahren vor dem Finanzgericht damit, dass die zivilrechtlichen Anfechtungsvoraussetzungen nicht vorgelegen hätten, unterlag jedoch, weil das Finanzgericht die Duldung auf die mit geringeren Anforderungen zulässige steuerlichen Anfechtungsvorschriften stützte. Danach musste insbesondere keine Gläubigerbenachteiligungsabsicht mehr nachgewiesen werden.

### **Entscheidung**

Hiergegen legt die Ehefrau mit der Begründung Beschwerde beim Bundesfinanzhof (BFH) ein, dass das Finanzgericht seine Entscheidung nicht auf die steuerlichen Duldungsvorschriften hätte stützen dürfen, nachdem sich das Finanzamt zunächst auf die zivilrechtlichen Anfechtungsregelungen berufen habe. Die Klägerin unterlag. Der BFH entschied, dass sich die Ehefrau gegen die unter erleichterten Voraussetzungen vorliegenden Duldungsvorschriften habe ausreichend verteidigen können; das Finanzgericht sei berechtigt gewesen, die Begründung der Duldung insoweit umzustellen. Außerdem sei die Reichweite der Rechtsfolgen der zivilrechtlichen Anfechtungsregelungen und der steuerlichen Duldungsregelungen vergleichbar.

### **Konsequenz**

Ungeachtet der Begründung kann der duldungsverpflichtete Ehegatte bei einer zu seinen Gunsten erfolgten unentgeltlichen Vermögensübertragung bis zur Höhe des gemeinen Wertes der unentgeltlichen Zuwendung in Anspruch genommen werden; und zwar unabhängig davon, ob sich der Vermögenswert noch in seinem Vermögen befindet oder nicht.

## 9. **Zum erleichterten Nachweis von Krankheitskosten als außergewöhnliche Belastungen**

### **Kernproblem**

Krankheitskosten sind als außergewöhnliche Belastungen einkommensteuerlich absetzbar, soweit die zumutbare Eigenbelastung überschritten wird. Allerdings werden nur solche Aufwendungen als Krankheitskosten berücksichtigt, die zum Zwecke der Heilung einer Krankheit (z. B. Medikamente, Operation) oder mit dem Ziel getätigt werden, die Krankheit erträglich zu machen. Für die mitunter schwierige Trennung von echten Krankheitskosten einerseits und lediglich gesundheitsfördernden Vorbeuge- oder Folgekosten andererseits, forderte der Bundesfinanzhof (BFH) in ständiger Rechtsprechung regelmäßig die Vorlage eines zeitlich vor der Leistung von Aufwendungen erstellten amts- oder vertrauensärztlichen Gutachtens bzw. eines Attestes eines anderen öffentlich-rechtlichen Trägers. Diese Rechtsprechung ist jetzt überholt.

### **Sachverhalt**

Dem BFH lagen 2 Streitfälle vor. Zum einen ging es um die Abzugsfähigkeit von Aufwendungen zur Behandlung einer Lese- und Rechtschreibschwäche. Hier besuchte ein Kind auf ärztliches Anraten ein Internat mit integriertem Legastheniezentrum. Die Eltern machten den Schulbeitrag, Kosten für Unterkunft und Verpflegung sowie Therapiekosten als außergewöhnliche Belastungen erfolglos beim Finanzamt geltend. Auf die Inanspruchnahme von Sozialleistungen verzichteten sie. Hier verwies das Finanzgericht ebenso auf ein vor der Behandlung ausgestelltes amtsärztliches Attest oder eines Attestes des medizinischen Dienstes einer öffentlichen Krankenversicherung, wie im zweiten Fall. In dieser Sache war streitig, ob die durch Asthmabeschwerden eines Kindes hervorgerufene Anschaffung neuer Möbel abzugsfähig ist.

### **Änderung der Rechtsprechung des BFH**

Für die Finanzgerichte wird es zukünftig schwieriger, denn der BFH hat von den bisherigen Nachweispflichten Abstand genommen. Ein solch formalisiertes Nachweisverlangen ergebe sich nicht aus dem Gesetz und widerspreche dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung, die dem Finanzgericht obliege. Dieses und nicht der Amtsarzt oder eine vergleichbare Institution habe die erforderlichen Feststellungen zu treffen. Freilich verkennt der BFH dabei nicht, dass das FG nicht über eine medizinische Sachkunde verfügt und deshalb regelmäßig ein ärztliches Gutachten über die Indikation der streitigen Maßnahme einholen muss. Die Gefahr von Gefälligkeitsgutachten sieht der BFH nicht, da ein vorgelegtes Privatgutachten ohnehin nur als urkundlich belegter Parteivortrag zu würdigen sei. Der Verzicht auf die Inanspruchnahme von Sozialleistungen stehe dem steuerlichen Abzug nicht entgegen.

### **Konsequenz**

Die geänderte Sichtweise ist zu begrüßen. Der Steuerpflichtige trägt jedoch weiterhin die Feststellungslast, so dass die praktische Tragweite abzuwarten bleibt.

## 10. Zu den Grenzen der Einsicht in das Grundbuch

### **Kernaussage**

Ein Anspruch auf Einsicht in das Grundbuch besteht nur bei berechtigtem Interesse an der Auskunft (§ 12 GBO). Ein solches liegt nur vor, wenn sachliche Gründe genannt werden können, so dass unbefugte Absichten oder Neugier keinen Anspruch rechtfertigen.

### **Sachverhalt**

Die Antragstellerin hat gegen einen Dritten eine Forderung von mehr als 10.000 EUR. Der von ihr beauftragte Gerichtsvollzieher fand in der Wohnung des Schuldners keine pfändbaren Gegenstände. Er gab gegenüber dem Gerichtsvollzieher an, Leistungen nach dem SBG II (sogenannte Hartz IV-Leistungen) zu beziehen, die Miete werde vom Sozialamt gezahlt. Die Antragstellerin wollte dies überprüfen und sicherstellen, dass der Schuldner nicht Eigentümer des Mehrfamilienhauses ist. Auf ihre Anfrage beim Grundbuchamt wurde mitgeteilt, dass dies nicht der Fall ist. Daraufhin verlangte die Antragstellerin Einsicht ins Grundbuch. Sie wollte Namen und Anschrift des Eigentümers feststellen, um zu klären, ob dieser Vermieter des Schuldners ist, um dann eventuell einen Anspruch auf Rückzahlung der Mietkaution pfänden zu können. Das Grundbuchamt wies den Antrag zurück. Die hiergegen gerichtete Beschwerde hatte vor dem Oberlandesgericht keinen Erfolg.

### **Entscheidung**

Vorliegend war die Grenze zur bloßen Neugier an einer Einsicht in das Grundbuch überschritten. Der Gesetzgeber hat das Grundbuch nicht als öffentliches Register ausgestaltet, in das jedermann zu Informationszwecken Einsicht nehmen kann. Die Rechtsposition des im Grundbuch Eingetragenen genießt grundrechtlichen Schutz. Bei Privatpersonen folgt dies aus dem Recht der informationellen Selbstbestimmung. Aufgrund des Geheimhaltungsinteresses des Eigentümers über die Rechts- und Vermögensverhältnisse an dem Grundstück ist für die Einsicht in das Grundbuch daher ein berechtigtes Interesse darzulegen. Die Antragstellerin steht in keiner rechtlichen oder tatsächlichen Beziehung zum Grundstückseigentümer. Dass der Schuldner auf dem Grundstück wohnt, reicht nicht aus, denn es ist nicht erkennbar, dass dieser werthaltige Ansprüche gegen den Grundstückseigentümer hat.

### **Konsequenz**

Wegen der grundrechtlich geschützten Rechtsposition der im Grundbuch Eingetragenen ist eine besonders sorgfältige und strenge Prüfung erforderlich, ob tatsächlich ein berechtigtes, also nach allgemeiner Ansicht verständiges, Interesse vorliegt.

## Unternehmer und Freiberufler

## 1. Auszahlung der Versicherungssumme bei Direktversicherung

### **Kernfrage/Rechtslage**

Der Gesetzgeber will, dass Arbeitnehmer eine zusätzliche Altersversorgung neben den gesetzlichen Rentenansprüchen aufbauen. Um dieses gesetzgeberische Ziel umzusetzen, werden betriebliche Altersvorsorgemodelle geschützt. Unter anderem besteht ein Schutz vor Zwangsvollstreckungshandlungen von Gläubigern des Arbeitnehmers in laufende betriebliche Altersversorgungen (= Anwartschaften). Der Bundesgerichtshof hatte nunmehr darüber zu befinden, ob dieser gesetzliche Schutz auch für die Auszahlungsleistungen aus betrieblichen Altersversorgungen greift oder ob diese wie anderes Vermögen gepfändet werden können.

### **Entscheidung**

Der Gläubiger eines Arbeitnehmers hatte dessen Ansprüche aus einer Firmen-Direktversicherung, die eine bereits unverfallbar gewordene betriebliche Altersversorgung darstellte, gepfändet. Hiergegen war der Arbeitnehmer vorgegangen, weil die Ansprüche aus betrieblichen Altersversicherungen (teilweise) unpfändbar seien. Mit seinem Vorbringen obsiegte er zunächst, unterlag aber vor dem Bundesgerichtshof. Dieser urteilte, dass der zukünftige Auszahlungsanspruch aus der Direktversicherung pfändbar sei. Die Verfügungsbeschränkungen des Gesetzes über die betriebliche Altersversorgung dienen lediglich dem Schutz der bestehenden Anwartschaft, nicht aber der Auszahlungsleistung. Entsprechend sei die Anwartschaft vor Pfändung sicher. Dabei stehe der Pfändung auch nicht entgegen, dass die Auszahlungsleistung eine Leistung an den Schuldner sei, die erst in der Zukunft erbracht werde. Auch solche Ansprüche des Arbeitnehmers seien pfändbar.

### **Konsequenz**

Die Unpfändbarkeitsregelungen des Gesetzes über die betriebliche Altersversorgung schützen alleine die Beiträge zu einer Altersversorgung während ihrer Laufzeit sowie die Anwartschaft des Arbeitnehmers. Nicht geschützt ist die Ablaufleistung. Diese ist in den normalen Grenzen pfändbar.

## **2. Grunderwerbsteuer bei mittelbarer Anteilsvereinigung**

### **Kernproblem**

Die unmittelbare oder mittelbare Vereinigung von mindestens 95 % (vor 1.1.2000: 100 %) der Anteile an einer Gesellschaft in der Hand eines Erwerbers unterliegt der Grunderwerbsteuer (GrESt), sofern die Gesellschaft über ein inländisches Grundstück verfügt (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG). Gegenstand der Besteuerung ist dabei nicht der Erwerb der Anteile an der Grundstücksgesellschaft selbst, sondern die durch ihn begründete eigenständige Zuordnung der der Gesellschaft gehörenden Grundstücke. Werden die Anteile mehrfach hintereinander in der Hand verschiedener Erwerber vereinigt, so unterliegt jeder Vorgang grundsätzlich der GrESt. In der Literatur wurde aber bislang zuweilen die Auffassung vertreten, dass mehrere steuerbare Anteilsgeschäfte kraft wirtschaftlicher Betrachtung oder der Grundsätze zum sog. einheitlichen Leistungsgegenstand zu einem einzigen Erwerbsvorgang verbunden werden können und somit nur einmal GrESt auslösen.

### **Sachverhalt**

Die B-KG hielt 100 % der Kommanditanteile an der L-KG, welche wiederum 100 % der Kommanditanteile an der grundstücksbesitzenden LS-KG innehatte. Mit Vertrag vom 14.10.1999 wurde der 100 %ige Kommanditanteil an der L-KG mit Wirkung zum 30.9.1999 an den K veräußert. Mit Vertrag vom 18.10.1999 wurde sodann der 100 %ige Kommanditanteil an der LS-KG (ebenfalls) mit Wirkung zum 30.9.1999 an die M-Holding veräußert. Der Vertrag vom 14.10.1999 stellte zwar auch nach Auffassung der Klägerin (K) eine grundsätzlich grunderwerbsteuerpflichtige Anteilsvereinigung dar. Allerdings vertrat sie die Auffassung, dass die beiden Verträge wegen des sachlichen und zeitlichen Zusammenhangs ein einheitliches Vertragswerks darstellen, das nur einmal GrESt auslöse, und zwar für die Anteilsveräußerung, nicht aber für die (vorherige) mittelbare Anteilsvereinigung. Die Klage blieb in sämtlichen Instanzen erfolglos.

### **Entscheidung**

Nach Auffassung des BFH ändert sich an der Steuerbarkeit einer mittelbaren Anteilsvereinigung nichts, wenn die Anteile an der grundstücksbesitzenden (Unter-) Gesellschaft im Anschluss an die Anteilsvereinigung veräußert werden. Dies gelte unabhängig davon, ob die an der Veräußerung beteiligten Gesellschaften durch eine Organschaft verbunden sind oder ohne Bestehen einer Organschaft zu einem Konzern gehören. Der Senat lehnt insbesondere eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, wonach eine Umstrukturierung eines Konzerns eine Einheit bilde und daher unabhängig von der rechtlichen Gestaltung nur einmal GrESt auslöse, ausdrücklich ab.

### **Konsequenz**

Das Urteil verdeutlicht einmal mehr die erheblichen grunderwerbsteuerlichen Folgen einer ggf. nicht aufeinander abgestimmten Reihenfolge von Umstrukturierungsschritten. Zur Milderung die-

ses Problems wurde zwischenzeitlich eine Konzernklausel ins GrEStG eingefügt, die eine Befreiung von der GrESt in ausgewählten Umwandlungsfällen bewirken soll. Kann die Konzernklausel - aus welchen Gründen auch immer - nicht erfüllt werden, empfiehlt sich in der Praxis anstelle einer Aufeinanderfolge von mehreren grunderwerbsteuerpflichtigen Anteilsgeschäften eine Direktübertragung des Grundstücks durch Kaufvertrag auf den Zielrechtsträger, so dass die GrESt nur einmal ausgelöst wird.

### 3. **Gewerbsteuerliche Abzugsfähigkeit von Vorbereitungsaufwendungen**

#### **Kernproblem**

Dem Ziel des Gesetzgebers, eine rechtsformneutrale Besteuerung zu gewährleisten, stehen unzählige Vorschriften des deutschen Steuerrechts entgegen. So u. a. auch bei der Bestimmung von Beginn und Ende der Gewerbesteuerpflicht: Bei natürlichen Personen und Personengesellschaften beginnt die Gewerbesteuerpflicht, sobald der Unternehmer am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt, und endet, wenn diese wirtschaftliche Betätigung beendet wird. Dies ist zum einen nachteilig für den Steuerpflichtigen, da Aufwendungen für Vorbereitungshandlungen vor der eigentlichen Betriebseröffnung steuerlich nicht abzugsfähig sind. Vorteilhaft ist es allerdings insoweit, als dass Veräußerungs- und Aufgabegewinne nicht der Gewerbesteuer unterliegen. Kapitalgesellschaften sind hingegen solange gewerbesteuerpflichtig, wie sie rechtlich existent sind, so dass zwar zum einen Aufwendungen für Vorbereitungshandlungen steuerlich berücksichtigungsfähig sind, andererseits aber ein Veräußerungs- oder Aufgabegewinn gewerbesteuerpflichtig ist. Personengesellschaften, an denen Kapitalgesellschaften beteiligt sind, nehmen insoweit eine Sonderstellung ein. Seit einer Gesetzesänderung in 2002 stellt das Gewerbesteuergesetz diese hinsichtlich der Gewerbesteuerpflicht von Veräußerungs- und Aufgabegewinnen den Kapitalgesellschaften gleich. Unklar ist bislang, ob dies auch eine Gleichbehandlung bei der Berücksichtigung von Vorbereitungsaufwendungen gebietet. Einer KG, an der ausschließlich Kapitalgesellschaften als Komplementäre und Kommanditisten beteiligt waren, wurde vom Finanzamt jedenfalls der Abzug von Vorbereitungsaufwendungen untersagt. Hiergegen klagte die KG und obsiegte in erster Instanz beim FG Berlin-Brandenburg.

#### **Entscheidung des FG Berlin-Brandenburg**

Das FG Berlin-Brandenburg gab der Klage der KG statt. § 7 Satz 2 GewStG, der eine Gewerbesteuerpflicht von Veräußerungs- und Aufgabegewinnen von Personengesellschaften vorsieht, sofern keine natürliche Personen beteiligt sind, gebietet auch eine Gleichbehandlung bei der steuerlichen Berücksichtigung von Vorbereitungsaufwendungen. Anderenfalls läge ein Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Gebot der Folgerichtigkeit vor. Nach Auffassung des Gerichts erscheine es nämlich nicht folgerichtig, wenn Personengesellschaften, an denen nur Kapitalgesellschaften beteiligt sind, zwar im Rahmen der Liquidation bzw. Veräußerung, nicht jedoch im Rahmen des Betriebsausgabenabzugs in der Phase der Betriebsaufnahme wie Kapitalgesellschaften behandelt werden.

#### **Konsequenz**

Personengesellschaften, an denen Kapitalgesellschaften beteiligt sind und denen in der Gründungsphase entsprechende Vorbereitungsaufwendungen entstanden sind, sollten sich auf das Urteil des FG berufen, wenn das Finanzamt den Abzug der Aufwendungen nicht zulässt. Die letztendliche Klärung der Rechtsfrage wird indes erst das beim BFH anhängige Revisionsverfahren bringen.

### 4. **Juristische Personen des öffentlichen Rechts als Unternehmer**

#### **Einführung**

Juristische Personen des öffentlichen Rechts (JPdöR) sind nach dem UStG nur im Rahmen ihrer Betriebe gewerblicher Art unternehmerisch tätig. Hierzu zählt nicht die Vermögensverwaltung. Der

BFH hat nun unter Berufung auf den EuGH festgestellt, dass diese Regelung nicht den Vorgaben der MwStSystRL entspricht. Demnach kann auch die Vermögensverwaltung (z. B. Vermietung) unternehmerisch sein.

#### **Neue Verwaltungsanweisung**

Die OFD Niedersachsen weist darauf hin, dass derzeit noch geprüft wird, wie die genannte Rechtsprechung umzusetzen ist. Die Urteile werden daher noch nicht amtlich veröffentlicht und damit allgemein angewendet. Allerdings soll es nicht beanstandet werden, wenn sich JPDöR auf die neue Rechtsprechung berufen.

#### **Konsequenz**

JPDöR müssen prüfen, ob sie von der neuen Rechtsprechung profitieren können. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn weitere Tätigkeiten in den unternehmerischen Bereich einbezogen werden können, die einen hohen Vorsteuerabzug ermöglichen, z. B. aufgrund geplanter Investitionen. JPDöR, die hiervon Gebrauch machen wollen, müssen jedoch beachten, dass dann ihre gesamten Umsätze nach der geänderten Rechtsprechung beurteilt werden. Rosinenpickerei ist daher nicht möglich.

### 5. **Bauträger als Steuerschuldner**

#### **Einführung**

Bauunternehmen sind regelmäßig verpflichtet, die Umsatzsteuer aus Bauleistungen, die sie von Subunternehmern empfangen, einzubehalten und an das Finanzamt abzuführen (Umkehr der Steuerschuldnerschaft). Ob auch Bauträger hiervon betroffen sind, hängt davon ab, ob sie als Bauleister zu qualifizieren sind. Die Verwaltungsanweisungen zu dieser Fragestellung waren allerdings so widersprüchlich, dass sie die Praxis eher verunsicherten, statt zu einer Klärung beizutragen.

#### **Neue Verwaltungsanweisung**

Das BMF differenziert wie folgt: Führt der Bauträger ausschließlich Grundstückslieferungen i. S. d. UStG durch, so wird er nicht zum Steuerschuldner für die von ihm bezogenen Leistungen. Sind hingegen mindestens 10 % der Umsätze als Werklieferungen zu qualifizieren, so muss der Bauträger die Umsatzsteuer einbehalten und abführen. Werklieferungen liegen immer dann vor, wenn der Kunde bei Vertragsabschluss noch Einfluss auf die Gestaltung des Objektes nehmen kann.

#### **Konsequenz**

Das Schreiben bekräftigt nochmals die bisherige Verwaltungsauffassung. Das BMF sieht daher auch keine Veranlassung, eine weitere Übergangsregelung zu gewähren. Für Umsätze, die vor dem 1.1.2011 ausgeführt worden sind, können Rechnungskorrekturen jedoch unterbleiben, sofern eine zutreffende Besteuerung gewährleistet ist. Die dargestellten Grundsätze gelten unabhängig davon, ob die eigenen Umsätze des Bauträgers steuerpflichtig oder steuerbefreit sind. Im Zweifel sollten Bauträger die Umsatzsteuer einbehalten und an ihr Finanzamt abführen, um dem Risiko einer späteren Nacherhebung zu entgehen. Zu beachten ist, dass die aufgeführten Grundsätze nur die Leistungen von im Inland ansässigen Subunternehmern betreffen. Werden Subunternehmer für den Bauträger tätig, die nicht im Inland ansässig sind, so geht die Steuerschuldnerschaft grundsätzlich auf den Bauträger über.

### 6. **Einmal Currywurst, aber bitte mit 7%**

#### **Einführung**

Die Lieferung von Nahrungsmitteln unterliegt dem ermäßigten Steuersatz, Dienstleistungen in Verbindung hiermit hingegen nicht. Dieser einfach anmutende Grundsatz führt in der Praxis zu massiven Abgrenzungsschwierigkeiten. Diese enden regelmäßig vor den Finanzgerichten. Nunmehr hat der EuGH hierzu Stellung bezogen, nachdem der BFH ihm 4 Verfahren diesbezüglich vorgelegt hatte.

### Neues Urteil

Der EuGH trifft folgende grundsätzliche Feststellungen: - Als begünstigte Nahrungsmittel kommen auch durch Kochen, Backen o. ä. zubereitete Speisen und Mahlzeiten in Betracht, die zum sofortigen Verzehr geeignet sind. - Hinsichtlich der Frage, ob die Abgabe dieser Speisen als Lieferung oder Dienstleistung anzusehen ist, ist regelmäßig davon auszugehen, dass eine einheitliche Leistung vorliegt. Die Leistung eines Partyservices kann daher z. B. nicht künstlich in eine begünstigte Lieferung von Nahrungsmitteln und in nicht begünstigte Serviceleistungen aufgespalten werden. - Die Darreichung von Speisen an Imbissständen stellt eine begünstigte Lieferung von Speisen dar, sofern die Zubereitung in einfacher standardisierter Form erfolgt. Die Bereitstellung behelfsmäßiger Verzehrvorrichtungen (Verzehrthecken ohne Sitzgelegenheit) steht dieser Qualifikation nicht im Wege. - Die Bereitstellung von Sitzgelegenheiten in Kinos führt alleine nicht dazu, dass z. B. der Verkauf von Popcorn nunmehr als nicht begünstigte Dienstleistung einzustufen ist. Zur Begründung verweist der EuGH darauf, dass die Bestuhlung in Kinos unabhängig vom Erwerb der Speisen zur Verfügung gestellt werde. - Leistungen eines Partyservices unterliegen in der Regel dem vollen Steuersatz, da hier das Dienstleistungselement überwiegt. Der begünstigte Steuersatz kann hier nur zur Anwendung kommen, wenn lediglich Standardspeisen ohne zusätzliche Dienstleistungselemente geliefert werden.

### Konsequenz

Das Urteil des EuGH ist erfreulich klar. Gerade für Imbissbuden und Partyservices sollte im Normalfall nun geklärt sein, welcher Steuersatz anzuwenden ist. Allerdings wird es unverändert zahlreiche Grenzfälle geben, aus denen übereifrige Betriebsprüfer Profit schlagen werden wollen. Auch wenn das Urteil des EuGH hier noch über die aufgeführten Grundsätze hinaus zahlreiche weitere Hinweise zur steuerlichen Einordnung gibt, wäre eine Vereinfachung der gesetzlichen Vorgaben wünschenswert.

## 7. Kein Vorsteuerabzug für Betriebsausflüge

### Einführung

Bei Betriebsausflügen existiert eine Freigrenze von 110 EUR je Arbeitnehmer, bis zu der eine private Mitveranlassung des Ausfluges verneint wird. Übersteigen die Aufwendungen diese Freigrenze, so wird eine private Mitveranlassung unterstellt. Diese beeinträchtigt zwar bisher nicht den Vorsteuerabzug, hat aber die Versteuerung einer Entnahme zur Folge.

### Neues Urteil

Der BFH kommt nun zu dem Ergebnis, dass die Entnahme für private unternehmensfremde Zwecke dem Leistungsbezug für das Unternehmen und damit dem Vorsteuerabzug entgegensteht. Dass der Betriebsausflug mittelbar dazu dient, das Betriebsklima zu verbessern, ist insofern ohne Bedeutung.

### Konsequenz

Das Urteil des BFH ist eins von 3 Grundsatzurteilen des BFH, die zeitgleich veröffentlicht wurden. Der BFH hat hiermit seine bisherige Rechtsprechung grundlegend geändert. Wer schon bei Leistungsbezug beabsichtigt, die bezogene Leistung nicht für seine wirtschaftliche Tätigkeit zu nutzen, sondern für eine unentgeltliche Entnahme, dem steht der Vorsteuerabzug nunmehr nicht mehr zu. Im Gegenzug entfällt dann aber auch umsatzsteuerlich die Erfassung einer Entnahme. Dies ist in der Finanzbuchhaltung zu beachten. Für Betriebsausflüge bedeutet dies, dass mit Überschreiten der Freigrenze i. H. v. 110 EUR regelmäßig kein Vorsteuerabzug möglich ist. Einen zum Vorsteuerabzug berechtigenden Zusammenhang zwischen einer Betriebsveranstaltung und der wirtschaftlichen Tätigkeit des Unternehmens sieht der BFH nur in Ausnahmefällen. Als Beispiel führt er hier den Vorsteuerabzug aus den Kosten der Übernachtung und Verpflegung bei Schulungen an, die an einem Wochenende durchgeführt werden. Aufgrund des zeitgleichen Entfallens der Entnahme ergibt sich durch die Versagung des Vorsteuerabzugs jedoch materiell kein Nachteil. Sofern steuerfreie Eingangsleistungen bezogen werden, kann sich die geänderte Rechtsprechung sogar vor-

teilhaft auswirken. Der Vorsteuerabzug aus Aufmerksamkeiten ist von der Rechtsprechungsänderung nicht betroffen. Er richtet sich unverändert nach dem Umfang des Vorsteuerabzuges, der dem Unternehmen aufgrund seiner wirtschaftlichen Tätigkeit zusteht.

## 8. **Behandlung der Vorsteuer bei Durchschnittssatzermittlern**

### **Sachverhalt**

Die Kläger bewirtschaften einen Weinbaubetrieb und erzielen insofern Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft. Ein durch Veräußerung von Grundstücken entstandener Gewinn wurde in eine Rücklage gemäß § 6c EStG eingestellt. Im Rahmen der Einkommensteuerveranlagungen der Folgejahre löste das Finanzamt die Rücklage Gewinn erhöhend auf. Hiergegen richtete sich der Einspruch. Der Kläger beantragte die Übertragung der Rücklage auf Neuanschaffungen und legte hierfür ein Investitionsverzeichnis vor. Das Finanzamt folgte dem Antrag des Steuerpflichtigen, jedoch lediglich durch Übertragung der Rücklagen auf die Nettoinvestitionen. Eine Rücklagenauflösung auf die gezahlten Umsatzsteuerbeträge wurde, aufgrund der Durchschnittssatzbesteuerung des Betriebes, abgelehnt. Der Kläger wiederum beantragte die entsprechende Rücklagenauflösung auch auf die Umsatzsteuerbeträge. Im weiteren Verfahrensgang hatte der BFH zu entscheiden.

### **Entscheidung**

Mit Verweis auf die Regelungen zur Durchschnittssatzbesteuerung werden Vorsteuerbeträge, die der Land- und Forstwirt zahlt, lediglich pauschal abgezogen. Damit sind sämtliche Vorsteuerbeträge abgegolten, so dass ein darüber hinausgehender Vorsteuerabzug entfällt. Insofern gelten auch bei Betrieben mit Durchschnittssatzbesteuerung die (pauschalen) Vorsteuerbeträge als abgezogen, so dass eine andersartige Auslegung, wie vom Kläger gefordert, nicht greift. Denn der Wortlaut der zu Grunde liegenden Vorschrift verlangt den Abzug von Vorsteuerbeträgen, so dass diese eben nicht zu den Anschaffungs- und Herstellungskosten gehören.

### **Konsequenz**

Durch die rein pauschale Annahme des Abzugs von Vorsteuerbeträgen, auch wenn dies aus verfahrensrechtlichen Vereinfachungsgründen lediglich als Annahme gewürdigt wird, entfällt die Möglichkeit der Übertragung einer Rücklage auf in Rechnung gestellte Umsatzsteuerbeträge. Diese gehören auch bei Durchschnittssatzversteuerern nicht zu den Anschaffungs- und Herstellungskosten. Etwaige nachteilige Rechtsfolgen könnte der Land- und Forstwirt durch Option vermeiden.

## 9. **BMF zur Ortsbestimmung von sonstigen Leistungen nach dem JStG 2010**

### **Einführung**

Durch das JStG 2010 wurden mit Wirkung vom 1.1.2011 u. a. die Regelungen zur Bestimmung des Ortes sonstiger Leistungen geändert. Das BMF hat nun hierzu Stellung bezogen.

### **Neue Verwaltungsanweisung**

Das Schreiben des BMF befasst sich im Wesentlichen mit der Besteuerung von Veranstaltungsleistungen (z. B. kulturellen, wissenschaftlichen, sportlichen Veranstaltungen, Messen etc.) sowie der Gewährung von Eintrittsberechtigungen zu solchen Veranstaltungen. Ergänzt werden diese Ausführungen durch Hinweise zur Rechnungsstellung zum Jahreswechsel 2010/2011. Ferner erläutert das Schreiben die umsatzsteuerliche Erfassung bestimmter Dienstleistungen (z. B. Reparaturen, Güterförderungen), die in Drittländern ausgewertet und genutzt werden.

### **Konsequenz**

Unternehmer, die solche Dienstleistungen erbringen bzw. beziehen, müssen sich mit den gesetzlichen Neuregelungen sowie den Inhalten des BMF-Schreibens auseinandersetzen. Von besonderer Bedeutung sind hierbei die Ausführungen des BMF zur Veranstaltung von Messen sowie der Gewährung von Eintrittsberechtigungen zu Veranstaltungen, da die dort getroffenen Regelungen nicht dem UStG zu entnehmen sind.

## 10. Altersgrenze in Tarifverträgen von 65 Jahren ist zulässig

### Kernaussage

In vielen Tarifverträgen existiert eine Altersgrenze, wonach das Arbeitsverhältnis mit Vollendung eines bestimmten Lebensjahres endet. Das Landesarbeitsgericht Hamburg entschied nun, dass eine tarifliche Altersgrenze von 65 Jahren wirksam ist.

### Sachverhalt

Auf das Arbeitsverhältnis des Klägers bei der Hamburger Hochbahn AG fand deren Manteltarifvertrag Anwendung. Dort war bestimmt, dass die Arbeitsverhältnisse mit Vollendung des 65. Lebensjahres enden. Der Kläger verlangte seine Beschäftigung über die Altersgrenze hinaus und stützte sein Begehren auf die Ansicht, die Regelung verstoße gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Das hamburgische Landesarbeitsgericht wies die Klage ab.

### Entscheidung

Nach Auffassung der Richter steht dem Kläger kein Anspruch auf Weiterbeschäftigung über die tarifliche Altersgrenze hinaus zu. Die Altersgrenze stellt eine Befristung des Arbeitsverhältnisses bis zur Erreichung der Regelaltersgrenze dar, was nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts durch einen in der Person des Arbeitnehmers liegenden Grund gerechtfertigt ist (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG). Eine nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) unzulässige Ungleichbehandlung wegen des Alters liegt ebenfalls nicht vor. Nach den gesetzlichen Bestimmungen (§ 10 AGG) ist eine unterschiedliche Vereinbarung dann zulässig, wenn die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Kündigung zu einem Zeitpunkt vorgesehen ist, zu dem der Arbeitnehmer eine Altersrente beantragen kann. Die unterschiedliche Vereinbarung muss dabei objektiv, angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sein; die Mittel zur Erreichung des Ziels müssen ebenfalls angemessen und darüber hinaus erforderlich sein. Die Revision wurde nicht zugelassen.

### Konsequenz

Die Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes stellen europarechtskonforme Grundlagen für tarifvertragliche Altersgrenzen dar. Damit sollen, wie hier im Tarifvertrag der Hamburger Hochbahn AG, regelmäßig die Verteilung der Beschäftigung zwischen den Generationen gefördert und die Arbeitslosigkeit reduziert werden. Diese Ziele gehen unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht über das hinaus, was zur Erreichung des verfolgten Ziels erforderlich ist, wenn der weite Ermessensspielraum beachtet wird, der den Mitgliedstaaten und den Sozialpartnern auf dem Gebiet der Sozial- und Beschäftigungspolitik eröffnet ist.

## 11. Muslimische Arbeitnehmer haben Anspruch auf alkoholfreien Arbeitsplatz

### Kernaussage

Arbeitnehmer muslimischen Glaubens können berechtigt sein, das Arbeiten mit alkoholischen Getränken zu verweigern. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hatte nunmehr die Gelegenheit, Stellung dazu zu nehmen, unter welchen Voraussetzungen in diesem Fall ein Arbeitsverhältnis gekündigt werden kann.

### Sachverhalt

Der Kläger, ein gläubiger Moslem, war im Warenhaus der Beklagten seit 2003 im Getränkebereich eingesetzt; ob er dabei mit Alkohol in Berührung kam, ist nach wie vor streitig. Nach einer Versetzung in die Frischwarenabteilung erkrankte er häufig wegen der kühlen Temperaturen und wurde von der Beklagten angewiesen, wieder in der Getränkeabteilung zu arbeiten. Dies verweigerte der Kläger unter Berufung auf seinen Glauben, der ihm jeglichen Umgang mit alkoholischen Getränken untersage. Nach erfolglosen Aufforderungen kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos, vorsorglich ordentlich unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist. Der Kläger fühlte sich in seinem Grundrecht auf Religionsfreiheit (Art. 4 Grundgesetz) verletzt und verlangte Weiter-

beschäftigung. Das Bundesarbeitsgericht hielt den Sachverhalt schließlich noch für weiter aufklärungsbedürftig.

### **Entscheidung**

Ob die Weigerung des Klägers, in der Getränkeabteilung zu arbeiten, eine Kündigung rechtfertigte, konnte nicht abschließend entschieden werden. Generell kann eine solche Weigerung auch dann ein Kündigungsgrund sein, wenn keine naheliegenden anderen Beschäftigungsmöglichkeiten bestehen. Teilt der Arbeitnehmer die genauen religiösen Gründe mit und benennt die Tätigkeiten, an denen er sich gehindert sieht, muss ihm der Arbeitgeber eine andere Tätigkeit zuweisen, wenn die betriebliche Organisation eine Beschäftigung zulässt, die die religionsbedingten Einschränkungen berücksichtigt. Weil der Kläger hier noch nicht dargelegt hatte, welche konkrete Tätigkeit ihm seine Religion verbietet, konnte nicht abschließend geklärt werden, welche andere Arbeit ihm hätte übertragen werden können.

### **Konsequenz**

Eine Kündigung von muslimischen Arbeitnehmern, die das Arbeiten mit alkoholischen Getränken verweigern, darf nur dann erfolgen, wenn ihnen im Rahmen der Betriebsorganisation keine andere Tätigkeit zugewiesen werden kann, die sie ohne Glaubenskonflikt verrichten können. Der betreffende Arbeitnehmer muss aber in jedem Fall darlegen, an welchen konkreten Tätigkeiten er aus religiösen Gründen gehindert ist. Nur so kann der Arbeitgeber eventuell freie Arbeitsplätze prüfen.

## **12. Fristlose Kündigung wegen eigenmächtigen Urlaubs?**

### **Kernaussage**

Fährt ein Arbeitnehmer ohne vorherige Zustimmung seines Arbeitgebers eigenmächtig in Urlaub, stellt dieses Verhalten eine schwerwiegende Verletzung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten dar. Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg entscheidet nun, dass eine solche Pflichtverletzung nicht immer eine außerordentliche Kündigung rechtfertigt.

### **Sachverhalt**

Die Klägerin war seit über 30 Jahren bei der beklagten Bundesagentur für Arbeit beschäftigt und nach dem auf ihren Arbeitsvertrag anwendbaren Tarifvertrag ordentlich unkündbar. Seit dem Spätsommer 2009 war sie wegen körperlicher und psychischer Beschwerden arbeitsunfähig. Im Januar 2010 erklärte sie gegenüber dem beklagten Arbeitgeber, voraussichtlich ab Ende Februar 2010 wieder arbeitsfähig zu sein, jedoch auf Anraten ihres Arztes bis Mitte März 2010 zur besseren Genesung in Urlaub fahren zu wollen. Die Beklagte bewilligte den Urlaub nicht und drohte arbeitsrechtliche Konsequenzen an, falls die Klägerin nicht Ende Februar zur Arbeit erscheine. Diese trat den Urlaub dennoch an, verlängerte ihn zudem und kündigte an, direkt im Anschluss daran eine Reha-Maßnahme anzutreten. Mitte März kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos. Das Landesarbeitsgericht gab der hiergegen gerichteten Klage statt.

### **Entscheidung**

Durch die unwirksame Kündigung wurde das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst. Zwar hat sich die Klägerin bewusst darüber hinweggesetzt, dass die beklagte Arbeitgeberin deutlich gemacht hatte, eine Selbstbeurlaubung werde arbeitsrechtliche Konsequenzen haben. Hier wäre jedoch lediglich eine fristgerechte Kündigung angemessen gewesen. Zugunsten der Klägerin sprechen die lange Betriebszugehörigkeit, während der es zu keinerlei Beanstandungen gekommen war und der Umstand, dass sie geglaubt hatte, noch nicht wieder vollständig gesund zu sein und deshalb des Urlaubs dringend zu bedürfen. Eine Umdeutung der fristlosen in eine ordentliche Kündigung kam allerdings nicht in Betracht, da der Arbeitsvertrag der Klägerin ordentlich nicht kündbar war.

### **Konsequenz**

Auch bei einer eigenmächtigen Selbstbeurlaubung kann dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar sein. Dies

kann dann der Fall sein, wenn der Arbeitnehmer lange Zeit arbeitsunfähig erkrankt war und glaubt, zur endgültigen Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit eines Urlaubs zu bedürfen.

### 13. **Betriebserwerber haften nicht für Beitragsschulden des Veräußerers**

#### **Rechtslage**

Wird ein Betrieb übernommen und wechselt dabei der Arbeitgeber, dann haftet der neue Arbeitgeber gegenüber den Arbeitnehmern aus den gesetzlichen Regelungen zum Betriebsübergang auf die Erfüllung der Arbeitnehmer-Ansprüche aus den übergehenden Arbeitsverhältnissen. Das Landessozialgericht Bayern hatte nunmehr darüber zu befinden, ob diese Haftung des Betriebsübernehmers auch für etwaige Beitragsrückstände des ehemaligen Arbeitgebers bei den gesetzlichen Sozialversicherungen gilt.

#### **Sachverhalt**

Auf der Grundlage einer Betriebsprüfung bei einem Zeitarbeitsunternehmen wurden erhebliche Nachzahlungen zu den Sozialversicherungen festgesetzt, die in erheblichem Umfang aus der Zeit vor einem Betriebsübergang stammten. Gegen die Inanspruchnahme aus Vor-Betriebsübergangsschulden wandte sich der neue Arbeitgeber und obsiegte vor dem Landessozialgericht.

#### **Entscheidung**

Der Betriebserwerber kann nicht für Beitragsschulden des Betriebsveräußerers in Anspruch genommen werden, weil die Beitragsschulden nicht gemäß den arbeitsrechtlichen Regelungen über den Betriebsübergang auf ihn übergegangen sind. Zwar gehen die Pflichten aus den Arbeitsverhältnissen auf den Betriebserwerber über, nicht aber eventuelle Beitragsrückstände zur Sozialversicherung. Dies gilt auch nicht mit Rücksicht auf die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung, weil die arbeitsrechtlichen Bestimmungen als Spezialregelungen alleine auf das Arbeitgeber/Arbeitnehmer-Verhältnis wirken. Auch die handelsrechtliche Haftungsnorm bei Firmenfortführung kann nicht zugunsten der Sozialversicherung herangezogen werden, weil diese alleine Geschäftsverbindlichkeiten nicht aber öffentlich-rechtliche Beiträge erfasst. Entsprechendes gilt für steuerrechtliche Haftungsnormen des Betriebserwerbers.

#### **Konsequenz**

Die Entscheidung schafft Sicherheit für den Betriebserwerber bei Betriebsübergängen. Hingewiesen wird darauf, dass die Sozialversicherungsträger verfahrensrechtlich ein Urteil verhindert haben. Im Einzelfall ist davon auszugehen, dass eine Inanspruchnahme weiterhin versucht werden wird.

### 14. **Kündigung und Vergütung sog. "Internet-System-Verträge"**

#### **Kernaussage**

Verpflichtet sich ein Unternehmer für eine Mindestvertragslaufzeit von 36 Monaten zur Bereitstellung, Gestaltung und Betreuung einer Internetpräsenz, so hat ein solcher "Internet-System-Vertrag" Werkvertragscharakter. Der Vertrag ist jederzeit durch den Besteller nach den werkvertraglichen Gesetzesbestimmungen (§ 649 BGB) kündbar. Der Bundesgerichtshof (BGH) nahm jetzt zu der Frage Stellung, an welchen Kriterien sich die Bemessung der bei Kündigung zu zahlenden Vergütung bemisst.

#### **Sachverhalt**

Die Klägerin hatte mit dem Beklagten einen sog. "Internet-System-Vertrag" abgeschlossen, wonach sie zur Bereitstellung, Gestaltung und Betreuung einer Internetpräsenz des Beklagten verpflichtet war. Die Vertragslaufzeit war auf 36 Monate festgelegt, die Anschlussgebühr sollte 236 EUR betragen, ferner sollte jährlich im Voraus ein monatliches Entgelt von 194 EUR gezahlt werden. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin enthielten eine Verlängerungsregelung, sowie die Bestimmung, dass der Vertrag auch im Verlängerungszeitraum vorzeitig aus wichtigem Grund bei Vorliegen der gesetzlichen Bestimmungen schriftlich kündbar sei. Nachdem der Beklag-

te den Vertrag nach 15 Monaten Laufzeit kündigte, verlangte die Klägerin die Anschlussgebühr und das monatliche Entgelt für die ersten beiden Vertragsjahre sowie die Erstattung vorprozessual angefallener Anwaltskosten. Der Beklagte nahm die Klägerin seinerseits auch auf die Erstattung der ihm vorprozessual entstandenen Anwaltskosten in Anspruch. Der BGH wies die Sache schließlich zur erneuten Entscheidung an das Landgericht zurück.

### **Entscheidung**

Der zwischen den Parteien rechtlich als Werkvertrag einzuordnende Vertrag war durch den Beklagten wirksam vorzeitig gekündigt worden. Bei einer solchen freien, jederzeit zulässigen Kündigung steht dem Unternehmer die Vergütung abzüglich der ersparten Aufwendungen und des anderweitigen Erwerbs zu. Hier waren die Berechnungen des Landgerichts fehlerhaft gewesen, denn es wurde unberücksichtigt gelassen, dass die Klägerin den ganz überwiegenden Teil ihrer Arbeit zu Beginn der Vertragslaufzeit erbringt. Die Parameter der bei Kündigung zu zahlenden Vergütung sind nicht die ursprünglich vereinbarten Zahlungsmodalitäten. Heranzuziehen ist der Betrag, der dem Teil der Vergütung entspricht, der auf die geleistete Arbeit entfällt.

### **Konsequenz**

Die Bemessung der an den Unternehmer zu zahlenden Vergütung bei Kündigung des Werkvertrags durch den Besteller bemisst sich nicht an den ursprünglich vereinbarten Ratenzahlungen, sondern an dem Betrag, der dem auf die erbrachten Leistungen entfallenden Teil der vereinbarten Vergütung entspricht.

## **15. Betriebsübergang: Für Fortsetzungsverlangen gilt Widerspruchsfrist**

### **Rechtslage**

Geht ein Betrieb aufgrund eines Rechtsgeschäfts auf einen neuen Arbeitgeber über, liegt ein Fall des Betriebsübergangs vor, der den Arbeitnehmern besondere Rechte insbesondere gegenüber dem Betriebserwerber sichert. Außerdem sieht das Gesetz vor, dass die Arbeitnehmer ausführlich schriftlich über den Betriebsübergang und seine Konsequenzen unterrichtet werden müssen. Erfolgt keine oder eine nur unzureichende Unterrichtung, können die Arbeitnehmer gegebenenfalls auch noch nach Jahren Ansprüche gegen den alten Arbeitgeber geltend machen. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hatte nun Gelegenheit, die Konsequenzen einer unzureichenden Unterrichtung zu konkretisieren.

### **Sachverhalt**

Die Klägerin war bei einem Arbeitgeber beschäftigt, der für ein anderes Unternehmen als Subunternehmer tätig war. Das Subunternehmerverhältnis wurde gekündigt, das Drittunternehmen führte die Arbeiten in "Eigenregie" mittels Leiharbeitnehmern fort. Die Arbeitsverhältnisse beim Subunternehmer wurden fristgerecht gekündigt. Hiergegen klagte die Klägerin und machte geltend, es sei zu einem Betriebsübergang auf das "Drittunternehmen" gekommen. Sie obsiegte schließlich vor dem Bundesarbeitsgericht.

### **Entscheidung**

Die Richter sahen in der Gestaltung einen Betriebsübergang. Außerdem habe die Klägerin ihr Fortsetzungsverlangen auch noch deutlich nach dem Stichtag des Betriebsübergangs geltend machen können. Zwar müsse hierbei grundsätzlich die Monatsfrist beachtet werden, die bei einem Widerspruch gegen den Übergang gelte, allerdings beginne die Frist nicht zu laufen, bevor der Arbeitnehmer nicht ordnungsgemäß über den Betriebsübergang schriftlich informiert sei. Da im konkreten gar keine Information erfolgt sei, habe das Fortsetzungsverlangen "jederzeit" geltend gemacht werden können. Nur ausnahmsweise könne dieses Verlangen verwirkt sein, was hier aber nicht der Fall war.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung zeigt einmal mehr die Bedeutung des Informationsschreibens an die Arbeitnehmer anlässlich eines Betriebsübergangs. Werden die Arbeitnehmer nicht oder nur unzureichend

informiert, haben sie de facto ein Wahlrecht, ob sie dem Betriebsübergang nicht doch noch widersprechen wollen oder aber Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses verlangen.

## 16. **Steuerfreiheit des Stipendiums einer gemeinnützigen EU-/EWR-Institution**

### **Kernfrage**

Nach den Bestimmungen des Einkommensteuergesetzes sind Stipendien, die u. a. von inländischen gemeinnützigen Organisationen vergeben werden, von der Einkommensteuer beim Empfänger befreit (§ 3 Nr. 44 EStG). Fraglich ist, ob die Befreiung auch für von einer gemeinnützigen EU-Organisation vergebene Stipendien gilt.

### **Sachverhalt**

Eine deutsche Ärztin hatte von einer französischen Stiftung, die in Deutschland weder beschränkt noch unbeschränkt steuerpflichtig war, ein Stipendium erhalten. Insoweit begehrte sie die Steuerfreiheit der Stipendiumszahlungen nach § 3 Nr. 44 EStG. Das beklagte Finanzamt lehnte dies mit Hinweis auf die fehlende inländische Steuerpflicht der französischen Stiftung ab. Die Klägerin obsiegte schließlich vor dem Bundesfinanzhof (BFH).

### **Entscheidung**

Der BFH folgt der Auffassung der klagenden Ärztin. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) kann § 3 Nr. 44 EStG nur so ausgelegt werden, dass auch Stipendien einer gemeinnützigen EU-Organisation ohne inländische Einkünfte steuerfrei sind. Voraussetzung ist der Nachweis, dass die deutschen Gemeinnützigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind. Anderenfalls kommt es zu einer Ungleichbehandlung, die der Kapitalverkehrsfreiheit zuwiderläuft.

### **Konsequenzen**

Wieder einmal musste ein Steuerpflichtiger bis zum BFH ziehen, ehe die Finanzverwaltung in ihre Schranken gewiesen wurde. Ungleichbehandlungen innerhalb Europas werden also spätestens vor der Gerichtsbarkeit nicht mehr geduldet.

## 17. **Kirche kann Arbeitnehmer wegen Mitgliedschaft in anderer Religionsgemeinschaft kündigen**

### **Rechtslage**

Das deutsche Arbeitsrecht ermöglicht es sogenannten Tendenzbetrieben (das sind insbesondere die Kirchen und Religionsgemeinschaften in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber), sich eigene Richtlinien zu geben, die für die Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer Gesetzescharakter erlangen. Regelmäßig sehen diese Richtlinien (vereinfachte) Kündigungsmöglichkeiten für den Fall vor, dass der Arbeitnehmer einer anderen Religionsgemeinschaft angehört bzw. sich illoyal zum Arbeitgeber verhält. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hatte nunmehr über die Zulässigkeit dieser Privilegien für Tendenzbetriebe zu entscheiden.

### **Sachverhalt**

Die Beschwerdeführerin war seit 1997 als Erzieherin in einer evangelischen Kindertagesstätte tätig. Nach dem Arbeitsvertrag waren auf das Arbeitsverhältnis die Arbeitsrechtsregelungen für Mitarbeiter der evangelischen Landeskirche anwendbar. Diese enthalten auch eine Bestimmung, wonach die Mitarbeiter zur Loyalität gegenüber der evangelischen Kirche verpflichtet sind und ihnen eine Mitgliedschaft oder Mitarbeit in Organisationen untersagt ist, deren Grundauffassung oder Tätigkeit im Widerspruch zum Auftrag der Kirche stehen. 1998 wurde der Arbeitgeber anonym über die Mitgliedschaft der Beschwerdeführerin in einer anderen Religionsgemeinschaft, der "Universalen Kirche/Bruderschaft der Menschheit" informiert sowie darüber, dass die Arbeitnehmerin für diese Gemeinschaft Einführungskurse in deren Lehre anbot. Nach Befragung kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis fristlos. Nach erfolgloser Klage vor den deutschen Arbeitsgerichten,

rief die Arbeitnehmerin den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte an und unterlag auch dort.

### **Entscheidung**

Die Arbeitnehmerin sei nicht in ihrer Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit verletzt. Die arbeitsrechtlichen Regelungen, die in Deutschland Tendenzbetriebe privilegieren, indem sie ihnen insbesondere Kündigungen erleichtern, seien mit Gemeinschaftsrecht vereinbar. Dies jedenfalls dann, wenn die staatlichen Kontrollmechanismen einen ausreichenden Schutz gewährten und die nationalen Arbeitsgerichte alle Aspekte des Falls gewürdigt hätten. Im konkreten Fall komme die Kündigung einer notwendigen Maßnahme gleich, um die Glaubwürdigkeit der Kirche zu wahren.

### **Konsequenz**

Mit der Entscheidung sind die arbeitsrechtlichen Grundsätze in Deutschland, die Tendenzbetriebe schützen, im Kern bestätigt worden; jedenfalls so lange die Rechtsfolgen im Einzelfall angemessen bleiben.

## **18. Keine Benachteiligung bei Bewerbung nach erfolgter Stellenbesetzung**

### **Rechtslage**

Nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) haben abgelehnte Bewerber einen Schadensersatzanspruch gegen den Arbeitgeber, wenn sie aufgrund eines diskriminierenden Auswahlverfahrens bzw. einer diskriminierenden Einstellungsentscheidung nicht eingestellt worden sind. Das Landesarbeitsgericht Köln hat nunmehr (nochmals) bestätigt, dass es Voraussetzung für diesen Schadensersatzanspruch ist, dass die Einstellungsentscheidung bei Eingang der Bewerbung des vermeintlich diskriminierten Bewerbers noch nicht gefallen war.

### **Sachverhalt**

Der Kläger hatte sich auf eine Stellenanzeige als "Hausaufgabenbetreuung" beworben, die unter Verstoß gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz alleine auf weibliche Kräfte ausgerichtet war. Auf Nachfrage wurde ihm durch die beklagte Arbeitgeberin mitgeteilt, dass die Stelle bereits vergeben sei. Ungeachtet dessen klagte er auf Schadensersatz wegen Benachteiligung aufgrund des Geschlechts, wobei die Arbeitgeberin im Prozess nachweisen konnte, dass die Stellenanzeige bereits vor Eingang der Bewerbung des Klägers zurückgezogen worden war. Der Kläger unterlag in allen Instanzen.

### **Entscheidung**

Unabhängig von der Frage, ob eine Diskriminierung im konkreten Fall vorlag, setzt eine Benachteiligung zunächst voraus, dass die Bewerbung im Zeitpunkt der Besetzungsentscheidung bereits vorliegt. Denn ist eine Stelle bereits besetzt, können alle späteren Bewerber nicht mehr berücksichtigt werden. Jede Person, die sich verspätete beworben hätte, hätte daher diese Ablehnung erfahren, so dass eine Benachteiligung nicht vorliegen kann.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung überrascht nicht. Sie korrespondiert mit einem parallelen Urteil des Bundesarbeitsgerichts. Erstaunlicherweise hat das Landesarbeitsgericht Köln aber zusätzlich noch in seiner Entscheidung ausgeführt, dass ein Schadensersatzanspruch denkbar gewesen wäre, wenn der Kläger hätte beweisen können, dass die Einstellungsentscheidung noch hätte revidiert werden können.

## **19. Arbeitnehmer dürfen Arbeitgeber bei Beleidigung zurechtweisen**

### **Rechtslage**

Wenn zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein handfester Streit entsteht, in dem auch beleidigende Worte fallen, stellt sich die Frage, ob eine (außer)ordentliche Kündigung möglich ist, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitgeber beleidigt. Das Landesarbeitsgericht Köln hatte in einer solchen

Gemengelage, bei der aber auch der Arbeitgeber den Arbeitnehmer beleidigt hatte, über die Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung zu entscheiden.

#### **Sachverhalt**

Der beklagte Arbeitgeber hatte über mehrere Monate Lohnpfändungen des Klägers einbehalten, ohne diese an den Gläubiger abzuführen. Nachdem die Ehefrau des Klägers dies bei der Steuerberaterin des Arbeitgebers reklamiert hatte, kam es zwischen dem Kläger und dem Junior-Chef zum Streit, wobei die Einzelheiten streitig waren. Der Arbeitgeber kündigte das Arbeitsverhältnis wegen dieses Vorfalles fristlos, hilfsweise fristgerecht. Zur Begründung machte er geltend, dass der Junior-Chef lediglich die Einschätzung der Steuerberaterin, die Ehefrau des Klägers habe sich ihr gegenüber asozial verhalten, wiedergegeben habe. Sodann sei der Kläger auf den Junior-Chef zugegangen und habe gesagt: "Pass auf, was Du sagst, Junge". Hierin liege nicht nur eine Drohung, sondern auch eine Abwertung der Person des Junior-Chefs. Der klagende Arbeitnehmer bestritt diese Vorwürfe und bekam vor Gericht dem Grunde nach Recht (die Kündigungsschutzklage verlor er, weil das Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar war).

#### **Entscheidung**

Es bestand kein hinreichender Grund für eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers. Denn egal in welcher Weise der Junior-Chef die Ehefrau des Klägers als asozial bezeichnet habe, sei - so das Gericht - damit eine Beleidigung erfolgt, gegen die sich der Kläger zur Wehr setzen durfte. Darüber hinaus habe sich der Junior-Chef selber pflichtwidrig verhalten, in dem er diese Beleidigung wiedergegeben habe. Insoweit könne er sich nicht auf einen Ansehensverlust berufen.

#### **Konsequenz**

Die Entscheidung macht deutlich, dass Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichberechtigte Partner des Arbeitsverhältnisses sind. Löst ein Arbeitgeber das Fehlverhalten des Arbeitnehmers aus, kann er hieraus jedenfalls keine außerordentliche Kündigung rechtfertigen. Eine in diesen Fällen ausgesprochene Beleidigung muss der Arbeitgeber hinnehmen.

## 20. **Auskunftsrecht von GbR-Gesellschaftern über Mitgesellschafter bei KG-Beteiligung**

#### **Kernaussage**

Der Anspruch auf Auskunft über die Namen und Anschriften der Mitgesellschafter in einer Publikums-gesellschaft in Form einer KG steht auch Anlegern zu, die als Treugeber über eine Treuhandkommanditistin beteiligt sind, wenn diese im Innenverhältnis eine Innengesellschaft bürgerlichen Rechts bilden.

#### **Sachverhalt**

Die Kläger haben sich mittelbar als Treugeber über die Beklagte als Treuhandkommanditistin neben einer Vielzahl weiterer Treugeber an Fondsgesellschaften beteiligt. Daneben sind einzelne Anleger unmittelbar als Kommanditisten an den Fonds beteiligt. Die Beklagte verwaltet sämtliche Beteiligungen auf Grundlage eines mit dem jeweiligen Anleger geschlossenen Treuhand- und Verwaltungsvertrages. Nach dem Gesellschaftsvertrag der Fondsgesellschaften erfolgt die Geschäftsführung ausschließlich durch die geschäftsführende Kommanditistin, die bis 2008 jährlich eine Tätigkeitsvergütung zwischen 2,635 % und 0,95 % des jeweiligen Fondskapitals erhielt. Die Kläger erachteten die Vergütung als überhöht und forderten über die Beklagte die Rückzahlung. Zur Vorbereitung der Abstimmung der Anleger verlangten sie von der Beklagten die Herausgabe einer vollständigen Liste mit Namen und Anschriften sämtlicher Treugeber der Fonds. Die Beklagte widersprach dem Auskunftsbegehren.

#### **Entscheidung**

Der Bundesgerichtshof (BGH) gab der Klage schließlich statt. Die Auslegung des von den Anlegern mit der Beklagten abgeschlossenen Treuhand- und Verwaltungsvertrages ergibt, dass zwischen ihnen eine Innengesellschaft bürgerlichen Rechts besteht. Ein Anspruch auf Auskunft ergibt

sich daher aus dem Gesetz (§ 716 Abs. 1 BGB) sowie aus dem durch den Gesellschaftsvertrag begründeten Vertragsverhältnis als solchem. Im vorliegenden Zusammenhang ist maßgeblich, ob und wie die Treugeber ihr Innenverhältnis zueinander rechtlich gestaltet haben. Die Auskunftspflicht ist auch nicht dadurch beschränkt, dass für die begehrte Auskunft ein besonderer Anlass bestehen muss. Der Auskunftsanspruch ist nur durch das Verbot der unzulässigen Rechtsausübung (§242 BGB) und das Schikaneverbot (§ 226 BGB) begrenzt.

#### **Konsequenz**

Nach dieser Entscheidung können Rechte von Anlegern effektiver durchgesetzt werden. In der Praxis werden bei Publikumsgesellschaften durch die Einführung eines Mindestquorums bei gleichzeitiger Geheimhaltung der Namen der Gesellschafter die Rechte der einzelnen Anleger regelmäßig beschnitten, da es diesen nicht möglich ist, Gesellschafterversammlungen einzuberufen.

### 21. **Geschenkgutscheine - demnächst umsatzsteuerpflichtig?**

#### **Kernaussage**

Gutscheine, die auf einen bestimmten Nennbetrag lauten (z. B. 20 EUR), können bei dem ausstellenden Einzelhändler gegen eine beliebige Ware oder Dienstleistung eingetauscht werden. Hier von abzugrenzen sind Warengutscheine, die nur gegen eine genau bezeichnete Leistung eingetauscht werden können.

#### **Rechtslage**

Bisher galt die Ausgabe von Nennwertgutscheinen in Deutschland als reiner Zahlungsmitteltausch und war daher umsatzsteuerlich ohne Relevanz. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat aber nun entschieden, dass die Aushändigung von Nennwertgutscheinen an Arbeitnehmer der Umsatzsteuer unterliegt, sofern diese im Gegenzug auf einen Teil ihrer Vergütung verzichten. Der Fall betraf einen Arbeitgeber aus dem Vereinigten Königreich, der die Gutscheine zu einem unter dem Nennwert liegenden Betrag erworben hatte.

#### **Neue Verwaltungsanweisung**

Die Oberfinanzdirektion (OFD) Niedersachsen weist darauf hin, dass derzeit noch nach der bisherigen Praxis verfahren werden kann, bis die Finanzverwaltung entscheidet, wie zukünftig Nennwertgutscheine zu behandeln sind.

#### **Konsequenz**

Zunächst lösen Nennwertgutscheine noch keine Umsatzsteuer aus. Dies wird aber voraussichtlich nicht so bleiben. Unternehmen, die solche Gutscheine in Umlauf bringen (z. B. Amazon) als auch solche, die diese einkaufen und an Dritte weitergeben, müssen daher die weitere Entwicklung beachten, um umsatzsteuerlichen Risiken zu entgehen.

### 22. **Keine automatische Haftungsminderung der GbR-Gesellschafter bei Haftung nach Quote**

#### **Kernaussage**

Bei der Vereinbarung einer quotalen Haftung der Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) vermindern Leistungen aus dem Gesellschaftsvermögen die Haftungssumme der Gesellschafter nicht automatisch. Erforderlich ist vielmehr eine vertragliche Vereinbarung über die anteilige Anrechnung der Erlöse. Dies entschied der Bundesgerichtshof (BGH) aktuell in 2 parallelen Verfahren.

#### **Sachverhalt**

In beiden Verfahren ging es um die Haftung von Gesellschaftern geschlossener Immobilienfonds in Form einer GbR. Diese erwirtschaftete jahrelang Verluste. Nachdem die finanzierende Bank, die Klägerin, die laufenden Kredite kündigte, wurden die beklagten Gesellschafter von dieser persönlich auf Rückzahlung in Anspruch genommen. In den Darlehensverträgen war vereinbart, dass die Gesellschafter entsprechend ihren Anteilen am Gesellschaftsvermögen persönlich haften (quotal). Die Fondsgrundstücke wurden im Rahmen der Zwangsversteigerung verwertet und der Nettoerlös

an die Klägerin ausgekehrt. Zwischen den Parteien war streitig, ob und in welchem Umfang die Erlöse auf die persönliche Haftung der Gesellschafter anzurechnen sind.

### **Entscheidung**

Geschlossene Immobilienfonds werden in einer Vielzahl von Fällen in der Rechtsform einer GbR betrieben. Dies bringt für den einzelnen Kapitalanleger ein kaum einzuschätzendes Haftungsrisiko mit sich, denn die Gesellschafter haften für Verbindlichkeiten der Gesellschaft als Gesamtschuldner (§§ 128 ff HGB analog). Deshalb wird regelmäßig eine Beschränkung der Haftung auf den dem Haftanteil des Gesellschafters an der Gesellschaft entsprechenden Betrag im Gesellschaftsvertrag statuiert. Eine solche Haftungsbeschränkung ist rechtlich möglich und Dritten gegenüber wirksam, wenn sie nach außen erkennbar ist. Banken, die Publikumsgesellschaften kreditieren, lassen sich regelmäßig den Gesellschaftsvertrag vorlegen. Sie müssen mit den Haftungsbeschränkungen zumindest rechnen. Die Frage des Umfangs der Haftung ist durch Vertragsauslegung im Einzelnen zu ermitteln, da die Vertragsparteien in der Gestaltung frei sind. Vorliegend haben die Verträge keine Anrechnung der Erlöse vorgesehen, so dass die Einnahmen aus den Grundstücksveräußerungen den Umfang der persönlichen Haftung der Gesellschafter nicht mindern.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung hat nicht nur Bedeutung für alle, die an Immobilienfonds in Form einer GbR als Gesellschafter beteiligt sind, sondern für jegliche GbR-Gesellschafter. Selbst wenn die Haftung gegenüber den Gläubigern insoweit auf eine quotale Haftung im Außenverhältnis beschränkt sein sollte, kann dies ein Vielfaches der Einlage ausmachen. Eine quotale Anrechnung der Verwertungserlöse des Gesellschaftsvermögens ist daher dringend mit aufzunehmen.

## GmbH-Gesellschafter/-Geschäftsführer

### **1. Keine Haftung des Geschäftsführers für rückständige Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung nach Insolvenzreife**

#### **Kernproblem**

Wenn der Geschäftsführer Umsatz- und Lohnsteuern nicht an das Finanzamt abführt, begeht er eine mit einer Geldbuße bedrohte Ordnungswidrigkeit und setzt sich der persönlichen Haftung aus. Auch das Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung ist unter Strafe gestellt und begründet eine Schadensersatzpflicht. Nach Eintritt der Insolvenzreife haftet der Geschäftsführer nach dem Gesetz jedoch für alle Zahlungen (§ 64 Satz 1 GmbHG). Aufgrund dieser Pflichtenkollision sind Zahlungen sowohl der laufenden als auch rückständigen Umsatz- und Lohnsteuer und Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung als mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar (§ 64 Satz 2 GmbHG).

#### **Sachverhalt**

Der Beklagte war Geschäftsführer einer GmbH, über deren Vermögen im Jahr 2006 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Der Kläger ist Insolvenzverwalter der Schuldnerin. Der Beklagte hatte im Oktober 2005 zu Lasten des Gesellschaftsvermögens eine Zahlung an die AOK zur Begleichung rückständiger Sozialversicherungsbeiträge geleistet und die Umsatzsteuer an das Finanzamt abgeführt. Der Kläger meint, dass die GmbH zu diesem Zeitpunkt bereits überschuldet war, weshalb der Beklagte zur Erstattung verpflichtet sei.

### **Entscheidung**

Die Klage hatte in Bezug auf die Umsatzsteuerzahlung keinen Erfolg. Hinsichtlich der Zahlungen an die AOK wies der Bundesgerichtshof (BGH) die Sache zur erneuten Entscheidung an das Oberlandesgericht zurück. Dem Geschäftsführer kann nicht abverlangt werden, sich strafbar und ersatzpflichtig zu machen, indem er fällige Umsatzsteuern und Sozialversicherungsbeiträge nicht abführt. Das gilt nicht nur für die nach Ablauf der Insolvenzantragsfrist fällig werdenden Beträge, sondern ebenso für die Rückstände. Es kann dem Geschäftsführer nicht abverlangt werden, wegen des gesetzlichen Zahlungsverbot ( § 64 Satz 1 GmbHG ) auf die Möglichkeit zu verzichten, sich Straffreiheit oder Strafmilderung zu verdienen. Diese Grundsätze gelten nicht für Zahlungen von Arbeitgeberbeiträgen. Für diese besteht kein Interessenkonflikt. Entsprechend hat das OLG festzustellen, ob die Zahlung an die AOK Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberanteile betroffen hat.

### **Konsequenz**

Vor Insolvenzantragstellung sollte die Möglichkeit geprüft werden, ob vorhandene liquide Mittel noch zur Tilgung von laufenden oder rückständigen Umsatz- und Lohnsteuern und Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung verwendet werden können. Insoweit kann der Geschäftsführer nicht nur sein Strafbarkeitsrisiko, sondern auch sein persönliches Haftungsrisiko minimieren.

## **2. GmbH-Geschäftsführer bekommt zu Unrecht gezahlte Rentenversicherungs-Beiträge nicht erstattet**

### **Kernaussage**

Wurden Beiträge eines GmbH-Geschäftsführers in die gesetzliche Rentenversicherung zu Unrecht geleistet, ist eine Erstattung nur innerhalb der Verjährungsfristen des Sozialgesetzbuches möglich ( § 26 Abs. 1 Satz 2 SGB IV ). Im Übrigen gelten die entrichteten Beiträge als zu Recht geleistet. Ein Statusfeststellungsantrag ist nicht mit einem Antrag auf Erstattung gleichzusetzen.

### **Sachverhalt**

Der Kläger ist Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH und entrichtete aufgrund der Annahme einer Versicherungspflicht seit 1988 Beiträge in die gesetzliche Rentenversicherung. Im Dezember 2007 beantragte der Kläger bei der Krankenkasse, seinen sozialversicherungsrechtlichen Status feststellen zu lassen. Im März 2008 stellte diese fest, dass der Kläger nicht abhängig beschäftigt und damit nicht rentenversicherungspflichtig war. Der Kläger beantragte bei der Beklagten die Erstattung der seit 1988 entrichteten Beiträge. Die Beklagte gab dem Antrag für die Beiträge von Dezember 2003 bis März 2008 statt. Für die Zeit davor scheidet jedoch eine Erstattung wegen Verjährung aus. Hiergegen wandte sich der Kläger und verlor den Rechtsstreit.

### **Entscheidung**

Mit Wirkung zum 1.1.2008 hat der Gesetzgeber in § 26 SGB IV eine Regelung getroffen, wonach Beiträge zur Sozialversicherung auch nach Feststellung über die Beitragsfreiheit nur begrenzt zurückzugewährt sind. Insbesondere verjährt der Erstattungsanspruch in 4 Jahren nach Ablauf des Kalenderjahrs, in dem die Beiträge entrichtet worden sind ( § 27 Abs. 2 Satz 1 SGB IV ). Der Antrag auf Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status ist nicht mit einem Erstattungsantrag gleichzusetzen. Erst nach Abschluss der Prüfung kann nämlich feststehen, ob die Beiträge zu Recht oder zu Unrecht erhoben wurden. Nicht in jedem Fall werden zudem die zu Unrecht gezahlten Beiträge zurückgefordert, denn sie können als freiwillig gezahlte Beiträge bestehen bleiben. Nicht zuletzt hängt die Erstattung von weiteren Voraussetzungen ab, die gesondert zu prüfen sind. Wurden beispielsweise aufgrund dieser Beiträge bereits Leistungen gewährt, ist eine Beitragserstattung ausgeschlossen.

### **Konsequenz**

Eine fehlerhafte Statureinschätzung kann gravierende Folgen haben; unter Umständen wird der Betroffene später mit erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen konfrontiert. Um Rechtssicherheit zu erlangen, sollte in Zweifelsfällen die Statusfrage vom Rentenversicherungsträger geklärt werden.

### 3. **Werbungskosten für Arbeitnehmer bei Verzicht auf Darlehensforderung gegen Arbeitgeber**

#### **Kernproblem**

Gewährt ein Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber ein Darlehen, um Zinsen zu erwirtschaften, stehen nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) regelmäßig die Einkünfte aus Kapitalvermögen im Vordergrund. Geht das Darlehen verloren, ist der Verlust grundsätzlich nicht abziehbar. Hat der Arbeitnehmer das Risiko des Darlehensverlusts aus beruflichen Gründen bewusst auf sich genommen, etwa weil ein außenstehender Dritter kein Darlehen mehr gewährt hätte, kann die Erzielung von Zinseinnahmen in den Hintergrund treten. Allerdings kann auch in solchen Fällen das Darlehen aus anderen, nicht im Arbeitsverhältnis liegenden Gründen gegeben worden sein, z. B. wenn Arbeitnehmer und Arbeitgeber gesellschaftsrechtlich verbunden sind und das Darlehen gesellschaftsrechtlich veranlasst ist. Ein solcher Streitfall war jetzt beim BFH anhängig und wurde im Fall eines Kleingesellschafters positiv beschieden.

#### **Sachverhalt**

Der mit rund 5 % beteiligte Geschäftsführer gewährte neben anderen Gesellschaftern seiner GmbH aus Anlass eines geplanten Börsengangs ein Liquiditätshilfedarlehen von 160.000 DM. Nachdem der Börsengang gescheitert war, waren die Großgesellschafter zur Kapitalerhöhung nur unter der Bedingung bereit, dass die Kleingesellschafter sämtliche Restanteile zum Nominalwert abtreten und auf ihre Gesellschafterdarlehen nebst Zinsen verzichten würden. Unter Hinweis auf die sonst drohende Insolvenz und dem damit verbundenen Arbeitsplatzverlust verzichtete der Gesellschafter auf das Darlehen und veräußerte die Beteiligung zum Nennbetrag. Trotz aller Rettungsversuche ging die GmbH in Insolvenz. Den in der Einkommensteuererklärung als Werbungskosten aus nichtselbstständiger Arbeit geltend gemachten Darlehensverlust wollte das Finanzamt nicht anerkennen.

#### **Entscheidung**

Der BFH vertritt zwar die Auffassung, dass die Darlehensgewährung selbst durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst sei. Es läge aber nahe, dass der später erklärte Verzicht auf das Darlehen tatsächlich der Rettung des Arbeitsplatzes zuzurechnen sei. Bedeutung käme hier der Höhe der Beteiligung des Arbeitnehmers und dem Verhältnis der Höhe der Lohneinkünfte im Vergleich zu den möglichen Beteiligungserträgen zu. Zudem sei zu berücksichtigen, welche Konsequenzen sich für den Arbeitnehmer hätten ergeben können, wenn er seinem Arbeitgeber die entsprechende Finanzierungsmaßnahme nicht gewährt hätte.

#### **Konsequenz**

Wegen der nicht unerheblichen Einkünfte des Geschäftsführers bis zur Insolvenz (etwa 250.000 DM jährlich) und der geringen Beteiligungsquote bestehen im 2. Rechtsweg gute Erfolgsaussichten. Der BFH weist jedoch darauf hin, dass geprüft werden müsse, welchen Wert die Darlehensforderung im Zeitpunkt des Verzichts noch gehabt habe. Denn nur in dieser Höhe seien Aufwendungen entstanden, die zum Abzug als Werbungskosten berechtigten.

### 4. **Zur eigenkapitalersatzrechtlichen Bindung von Forderungen**

#### **Kernaussage**

Wird eine Schuld der Tochtergesellschaft gegenüber der Konzernobergesellschaft durch die Enkelgesellschaft übernommen und gibt die Tochtergesellschaft gegenüber der Enkelgesellschaft als Ausgleich für die Schuldübernahme ein Schuldanerkenntnis ab, hat diese Forderung eigenkapitalersetzenden Charakter, wenn auch die Forderung der Konzernobergesellschaft gegen die Tochtergesellschaft eigenkapitalersatzrechtlich gebunden war.

#### **Sachverhalt**

Die Tochter-GmbH war Alleingesellschafterin der Enkel-GmbH, mit Sitz in Österreich, und selbst eine 90 %ige Tochtergesellschaft der Mutter-AG. Diese betrieb den konzernweiten Cash-Pool. Aufgrund des Cash-Clearing-Vertrages hatte die Enkel-GmbH alle liquiden Mittel an die Mutter-AG

abzuführen, weshalb das Zentralkonto des Cash-Pools für diese ein Guthaben von rd. 76 Mio. EUR auswies. Im Februar 2002 wurde vereinbart, dass die Enkel-GmbH von der Verbindlichkeit der Tochter-GmbH gegenüber der Mutter-AG von rund 358 Mio. EUR einen Teilbetrag von 76 Mio. EUR übernahm. Entsprechend erklärte die Enkel-GmbH die Aufrechnung ihrer Forderung aus dem Clearing-Saldo. Die Tochter-GmbH gab gegenüber der Enkel-GmbH ein Schuldanerkenntnis ab. Im September 2002 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Mutter-AG und Tochter-GmbH eröffnet und der Beklagte jeweils zum Insolvenzverwalter bestellt. Der Kläger ist Masseverwalter im österreichischen Konkursverfahren über das Vermögen der Enkel-GmbH. Er begehrt die Feststellung der im Insolvenzverfahren der Mutter-AG angemeldeten Forderungen.

### **Entscheidung**

Der Kläger hatte schließlich vor dem Bundesgerichtshof (BGH) Erfolg. Hinsichtlich der geltend gemachten Forderung der Enkel-GmbH gegenüber der Mutter-AG ist österreichisches Recht anzuwenden. Der Kläger stützte die Klage insofern auf eine Ausschüttungssperre (§ 82 öGmbHG), die grundsätzlich jede vermögensschmälernde Leistung der GmbH an ihre Gesellschafter verbietet. Der Verlust der Forderung der Enkel-GmbH gegen die Mutter-AG aus dem Clearing-Saldo wurde nicht durch eine gleichwertige Forderung ausgeglichen. Insofern ist zu beachten, dass die Forderung der Mutter-AG gegen die Tochter-GmbH eigenkapitalersatzrechtlich gebunden war. Wird diese gebundene Schuld übernommen, ist auch eine zum Ausgleich der Schuldübernahme durch Anerkenntnis begründete Forderung eigenkapitalersatzrechtlich gebunden. Aufgrund dieser Verstrickung ist die Forderung nicht durchsetzbar, so dass die Vereinbarung aus Februar 2002 zu einer verbotenen Auszahlung führt.

### **Konsequenz**

Das Eigenkapitalersatzrecht in Gestalt sowohl der sog. Novellenregeln (§§ 32 a, 32 b GmbHG a. F.) als auch der sog. Rechtsprechungsregeln (§§ 30, 31 GmbH a. F. analog) ist nach ständiger Rechtsprechung dann auf Altfälle anzuwenden, wenn das Insolvenzverfahren vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) eröffnet worden ist.

**Hinweis:** Die in diesem Mandantenbrief enthaltenen Beiträge sind nach bestem Wissen und Kenntnisstand verfasst worden. Sie dienen nur der allgemeinen Information und ersetzen keine qualifizierte Beratung in konkreten Fällen. Eine Haftung für den Inhalt und die Vollständigkeit dieses Informationsschreibens kann daher nicht übernommen werden.