

## **Mandanteninformationen des Monats Januar 2007**

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

Bitte lesen Sie im Einzelnen:

### **Inhalt**

#### **Privatbereich**

1. Amtsveranlagung bei positiver oder negativer Überschreitung der Veranlagungsgrenze von 410 EUR
2. Bankgeheimnis und Treuhandverhältnisse
3. Grundsteuererlass bei Ertragsminderungen
4. Nachzahlungszinsen bei Unterschiedsbetrag von Null
5. Zusammenveranlagung bei der Umsatzsteuer?
6. Kostenerstattungen des Finanzamts an Auskunftspflichtige
7. Gestaltungsmissbrauch bei Realisierung von Spekulationsverlusten
8. Verheiratetenzuschlag für Lebenspartner in besonderen Arbeitsverhältnissen
9. Erbengemeinschaften sind weder rechts- noch parteifähig
10. Leistung aus Berufsunfähigkeitsversicherung führt zum Wegfall des Anspruchs auf Krankentagegeld
11. Privater Fahrzeugkauf in der EG
12. Veräußerung von Grundstücken
13. Bauantrag des Verkäufers für Geltung des Eigenheimzulagengesetzes ohne Relevanz
14. Volle Kinderzulage für Zweitobjekt trotz Miteigentum
15. Keine Rückwirkung der Anschaffungsfiktion vor den 1.1.1999 bei Spekulationsgeschäften
16. Keine Spende bei Vorteilsgewährung durch den Verein
17. Begrenzung der Verlustverrechnung 1999-2003
18. Rückabwicklung kein privates Veräußerungsgeschäft

#### **Unternehmer und Freiberufler**

1. Umfang des Datenzugriffs bei der steuerlichen Außenprüfung
2. „Hausanwälte“ können fiktive Reisekosten abrechnen
3. Einzelhändler haftet nicht für explodierte Limonadenflasche
4. Banken dürfen keine Erbrechtsberatung anbieten
5. Unerbetene Telefonwerbung gegenüber Gewerbetreibenden ist wettbewerbswidrig
6. Zusatzurlaub für Schwerbehinderte
7. Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst ersetzt Bundesangestelltentarifvertrag nicht automatisch

8. Rechtsprechungsänderung zur Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen
9. Rechnungen an Dritte – Angabe des Leistungsempfängers
10. Abzug der Einfuhrumsatzsteuer bei fehlerhafter Zollanmeldung
11. Vorsteuerabzug aus missbräuchlichen Umsätzen
12. Büroräume im Einfamilienhaus können wesentliche Betriebsgrundlage sein
13. Verpachtete Tankstellen keine Betriebsstätten des Mineralölunternehmens
14. Rückzahlung der Einlage an stillen Gesellschafter
15. Investitionszulage für hergestelltes Gebäude setzt kein Eigentum voraus

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

1. Verbindliche Auskunft wird gebührenpflichtig
2. Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bei GmbH-Anteilen
3. Schwangerschaft alleine kein ausreichendes Indiz für Diskriminierung
4. Amtsniederlegung eines GmbH-Geschäftsführers – Nachweis des Zugangs der Niederlegung
5. Kleinbetragsrechnungen
6. Vorsteueraufteilung bei gemischt genutztem Gebäude
7. Vorsteuerabzug bei Publikumsgesellschaft

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

#### **1. Amtsveranlagung bei positiver oder negativer Überschreitung der Veranlagungsgrenze von 410 EUR**

##### **Kernproblem**

Arbeitnehmer ohne Nebeneinkünfte müssen ihre Einkommensteuererklärung innerhalb von zwei Jahren nach Ende des Veranlagungszeitraums einreichen (Antragsveranlagung). Wird die Steuererklärung erst danach eingereicht, kann kein Steuerbescheid mehr erlassen werden. Arbeitnehmer, die Nebeneinkünfte von mehr als 410 EUR (bis 2001 800 DM) im Jahr erzielen, sind verpflichtet eine Steuererklärung einzureichen (Amtsveranlagung). Sie sind nicht an die Zwei-Jahres-Frist gebunden.

##### **Sachverhalt**

Der Bundesfinanzhof hatte über zwei ähnlich gelagerte Fälle zu entscheiden. In beiden Fällen bestanden die Einkünfte zum ganz überwiegenden Anteil aus nichtselbstständigen Einkünften, die dem Lohnsteuerabzug unterlagen. Daneben erzielten die Eheleute in dem einen Fall verschiedene weitere Einkünfte, die in der Summe einen fünfstelligen Verlust ergaben. Im anderen Fall hatte der Steuerpflichtige einen Verlust aus Vermietung und Verpachtung in Höhe von umgerechnet 3.500 EUR.

Die Steuerpflichtigen gaben ihre Steuererklärungen erst drei bzw. vier Jahre nach dem Veranlagungszeitraum ab. Die Finanzämter erließen keine Steuerbescheide, weil in beiden Fällen keine positiven Einkünfte von mehr als umgerechnet 410 EUR und damit Fälle der Antragsveranlagung vorlägen.

##### **Entscheidungen**

Der Bundesfinanzhof hat in beiden Fällen entschieden, dass die Ablehnung der Veranlagung rechtswidrig ist. Die Finanzämter haben den Gesetzestext unzulässigerweise zu Gunsten des Staats ausgelegt.

Bei einer positiven Summe von Einkünften sichert sich das Finanzamt die Steuernachzahlung, bei einer negativen Summe von Nebeneinkünften verweigert es aber die Steuererstattung.

Diese Auslegung verstößt nach Auffassung des Bundesfinanzhofs gegen die Steuergerechtigkeit und ist durch den Gesetzestext nicht gedeckt. Die Summe anderer Einkünften muss größer sein als 410 EUR, dabei ist unmaßgeblich, ob die Summe dieser Einkünfte positiv oder negativ ist.

### **Konsequenz**

Arbeitnehmer, die einen Verlust aus anderen Einkünften erlitten haben, unterliegen nicht der kurzen Frist der Antragsveranlagung. Sie können innerhalb der normalen Festsetzungsfrist ihre Steuererklärungen auch noch für alte Jahre einreichen. Am 31.12.2006 endet die Festsetzungsfrist für das Jahr 1999.

## **2. Bankgeheimnis und Treuhandverhältnisse**

### **Kernproblem**

Treuhand, Vertreter oder Pfandgläubiger müssen auf Verlangen der Finanzverwaltung nachweisen, wem die Rechte oder Sachen gehören, anderenfalls sind sie regelmäßig ihnen zuzurechnen. Fraglich war, ob sich Banken auf das Bankgeheimnis berufen können, wenn sie Erträge für treuhänderisch gehaltene Wertpapiere vereinnahmen.

### **Sachverhalt**

Die Klägerin, eine Privatbank, hielt als Treuhänderin für ihre Kunden ausländische Wertpapiere. Das Finanzamt hatte vom Bundesamt für Finanzen eine Mitteilung über Dividenden und ähnliche Erträge aus diesen Wertpapieren erhalten und erhöhte daraufhin die Einkünfte der Privatbank, weil diese unter Berufung auf das Bankgeheimnis die Treuhandverhältnisse nicht aufdeckte.

### **Entscheidungen**

Die Klage gegen die Zurechnung der (fremden) Erträge hatte keinen Erfolg. Durch die direkte Verbuchung der Erträge auf den Konten der Kunden wäre es technisch nicht möglich gewesen, den Nachweis der Treuhänderschaft ohne Nennung der Namen der Treugeber zu führen. Die Bank konnte also nicht nachweisen, dass die Wertpapiererträge den verwahrten Wertpapieren im Fremddepot zuzurechnen waren und eben nicht den Wertpapieren im eigenen Depot.

Das Bankgeheimnis kann jedoch nicht dazu führen, dass die Bank als Treuhänderin gegenüber anderen Treuhändern bevorzugt wird. Der Bundesfinanzhof hat deswegen die Erhöhung der Einkünfte der Privatbank für rechtmäßig erklärt.

## **3. Grundsteuererlass bei Ertragsminderungen**

### **Kernproblem**

Wenn die normalen Mieteinnahmen aus einem bebauten Grundstück um mehr als 20 % gemindert sind und den Eigentümer hieran keine Schuld trifft, kann er einen Teilerlass der Grundsteuer beantragen. Die Grundsteuer kann in der Höhe erlassen werden, die 4/5 des Prozentsatzes der Minderung entspricht.

### **Sachverhalt**

Die Klägerin konnte ihr 1994 in Berlin erstelltes Gebäude in 1998 nur teilweise und auch nicht zur ortsüblichen Miete vermieten. Sie beantragte daher den Teilerlass der Grundsteuer. Finanzamt und Finanzgericht lehnten den Teilerlass unter Bezug auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) ab.

Das BVerwG hält die Erlassvorschrift für nicht anwendbar, wenn Mietminderungen strukturell bedingt und von nicht nur vorübergehender Dauer sind. Das sei hier der Fall. Nach Auffassung des BVerwG mindern leer stehende Flächen oder Flächen, die nur zu weit unter den üblichen Preisen liegenden Mieten vermietet werden können, den Wert des Grundstücks. Wertverhältnisse eines Grundstücks werden aber nur an Hauptfeststellungszeitpunkten überprüft, sodass die Eigentümer den nächsten Termin abwarten müssten.

### **Beschluss**

Der BFH hält die Erlassvorschrift gerade in diesen Fällen für anwendbar und die Interpretation des BVerwG für nicht zulässig. Dem Eigentümer könne das Warten auf den nächsten Hauptfeststellungszeit-

punkt nicht zugemutet werden, da gar kein Gesetz existiert, das einen Hauptfeststellungszeitpunkt festlegen könnte.

Das Bundesfinanzministerium wurde deshalb aufgefordert, dem Verfahren beizutreten und seine Sichtweise darzulegen. Kommen BFH und BVerwG auch dann nicht zu einer Lösung, muss der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes angerufen werden.

#### **Konsequenz**

Mietausfälle von mehr als 20 % der ursprünglich vereinbarten oder der üblichen Miete können, auch wenn sie strukturell bedingt und nur vorübergehender Natur sind, einen Teilerlass der Grundsteuer rechtfertigen. Ein Antrag für 2006 ist spätestens bis 31.3.2007 zu stellen.

Einspruchsverfahren gegen die Ablehnung eines Teilerlasses ruhen bis zur endgültigen Entscheidung über dieses Verfahren.

### **4. Nachzahlungszinsen bei Unterschiedsbetrag von Null**

#### **Kernproblem**

Nachzahlungs- oder Erstattungszinsen werden berechnet, wenn Steuerbescheide später als 15 Monate nach dem Jahr der Entstehung der Steuer ergehen. Die Zinsen betragen 0,5 v. H. des Nachzahlungsbzw. Erstattungsbetrags pro Monat. Wird wegen eines Verlustrücktrags keine Nachzahlung festgesetzt, können trotzdem Nachzahlungszinsen entstehen.

#### **Sachverhalt**

Ein Verein gab zunächst keine Steuererklärung für das Jahr 2000 ab. In 2003 reichte der Verein die Steuererklärung für 2001 ein. Das Finanzamt stellte daraufhin einen Verlust von 126.000 EUR für 2001 fest. In 2004 gab der Verein die Steuererklärung für 2000 ab. Die positiven Einkünfte von 24.000 EUR sollten mit dem Verlustrücktrag aus 2001 verrechnet werden, sodass auch für das Jahr 2000 keine Nachzahlung entstand. Das Finanzamt setzte trotzdem Nachzahlungszinsen für den Zeitraum vom 1.4.2002 bis 31.3.2003 fest.

#### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof hält die Zinsfestsetzung für rechtmäßig, obwohl insgesamt keine Nachzahlung zu leisten war. Bei der Berechnung von Nachzahlungszinsen ist eine zweistufige Berechnung vorzunehmen, wenn ein Verlust in den vorangegangenen Veranlagungszeitraum zurückgetragen wird. Für die Zinsberechnung ist zunächst von dem Nachzahlungsbetrag auszugehen, der ohne den Verlustrücktrag entstehen würde. Dieser Betrag ist ab dem 15. Monat nach dem Ende des Veranlagungszeitraums 2000, also ab dem 1.4.2002, zu verzinsen. Der Verlustrücktrag löst eine Erstattung in gleicher Höhe aus. Der Zinslauf für die Erstattung beginnt allerdings erst am 1.4.2003, nämlich 15 Monate nach dem Verlustentstehungsjahr. Nachzahlungs- und Erstattungszinsen heben sich ab dem 1.4.2003 gegeneinander auf.

#### **Konsequenz**

Auch wenn Gewinne durch Verluste im Folgejahr ausgeglichen werden können, muss eine Belastung mit bis zu 6 % Zinsen einer fiktiven Nachzahlung in Kauf genommen werden, wenn die Steuererklärung des Gewinnjahres mehr als 15 Monate nach dem Entstehungsjahr eingereicht wird.

### **5. Zusammenveranlagung bei der Umsatzsteuer?**

#### **Kernproblem**

Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die ein Grundstück umsatzsteuerpflichtig vermietet, ist als Unternehmerin verpflichtet, Umsatzsteuererklärungen abzugeben. Existiert daneben eine zweite Gesellschaft mit identischen Gesellschaftern, müssen die Gesellschaften trotzdem als eigenständige Unternehmer behandelt werden. Eine Zusammenveranlagung ist nicht möglich.

#### **Sachverhalt**

Die Gesellschafter einer GbR, die ein Mehrfamilienhaus vermietete, waren gleichzeitig Gesellschafter einer weiteren GbR, die Eigentümerin eines noch zu bebauenden Grundstücks war. Das Finanzamt stellte bei einer Betriebsprüfung der einen GbR zwar fest, dass diese Vorsteuerbeträge der anderen GbR in

Abzug gebracht hatte. Dies wurde jedoch nicht beanstandet, da das Finanzamt einer gemeinsamen Veranlagung der beiden Gesellschaften zugestimmt hatte.

Nachdem die eine GbR keine Umsatzsteuererklärungen eingereicht hatte, erließ das Finanzamt Schätzungsbescheide. Im Klageverfahren gegen die Schätzungsbescheide reichte diese GbR Steuererklärungen nach, die wieder Vorsteuerbeträge der anderen GbR enthielten.

### **Entscheidung**

Trotz der Identität der Gesellschafter sind die beiden GbR eigenständige Unternehmer. Die Gesellschaften sind durch eigene Gesellschaftsverträge und eigenes Gesellschaftsvermögen rechtlich voneinander getrennt und damit kein einheitliches Unternehmen. Das Finanzgericht Hamburg entschied, dass eine gemeinsame Veranlagung von eigenständigen Unternehmen nicht möglich ist, auch nicht mit Zustimmung des Finanzamts. Das Finanzamt kann keine Absprachen treffen, die zu einer unzutreffenden Besteuerung führen.

Unbenommen bleibt die Abtretung des Vorsteuervergütungsanspruchs der einen an die andere GbR.

## **6. Kostenerstattungen des Finanzamts an Auskunftspflichtige**

### **Kernproblem**

Kann das Finanzamt einen Sachverhalt nicht aufklären, weil der Steuerpflichtige nicht mitarbeitet, darf es sich an andere Personen, zum Beispiel an Banken wenden. Auf Antrag werden dieser Person die für die Auskunftserteilung angefallenen Kosten erstattet.

### **Sachverhalt**

Die Eheleute verweigerten gegenüber der Betriebsprüfung die Aussage hinsichtlich ihrer Einkünfte aus Kapitalvermögen. Daraufhin forderte das Finanzamt die Bank auf, Kopien von Depotauszügen und Sparbüchern sämtlicher Konten der Eheleute vorzulegen. Den Antrag der Bank auf Erstattung der entstandenen Kosten lehnte das Finanzamt ab. Die Bank habe lediglich Dokumente herausgesucht und vorgelegt. Eine Kostenerstattung sei aber nur für Personen vorgesehen, die Auskünfte erteilten und nicht lediglich Unterlagen heraussuchten und vorlegten.

### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof hat das Finanzamt verpflichtet, der Bank die entstandenen Kosten zu erstatten. Bei der unkonkreten Anfrage des Finanzamts habe die Bank zunächst ermitteln müssen, welche Konten die Eheleute in den fraglichen Zeiträumen überhaupt unterhielten. Erst danach konnten die Unterlagen herausgesucht und vorgelegt werden. Ein reines Vorlageverlangen, für das keine Kostenerstattung vorgesehen ist, läge nur dann vor, wenn keinerlei eigenes Wissen des in Anspruch Genommenen abgefragt würde.

### **Konsequenz**

Mechanische Hilfstätigkeiten wie bloßes Heraussuchen von Unterlagen begründen keinen Anspruch auf Kostenerstattung. Fordert das Finanzamt allerdings undifferenziert die Vorlage von Unterlagen und muss der Verpflichtete zunächst eigenes Wissen aufwenden, um die gewünschten Unterlagen vorlegen zu können, muss das Finanzamt die entstehenden Kosten erstatten.

## **7. Gestaltungsmissbrauch bei Realisierung von Spekulationsverlusten**

### **Kernproblem**

Wertverluste bei Wertpapieren sind grundsätzlich nur dann von steuerlicher Relevanz, wenn zwischen ihrer Anschaffung und Veräußerung weniger als ein Jahr liegt. Andernfalls handelt es sich um einen Vorgang, der der steuerlich unbeachtlichen Privatsphäre zuzuordnen ist.

### **Sachverhalt**

Ein Steuerpflichtiger hat Aktien mit einem Verlust innerhalb der einjährigen Spekulationsfrist verkauft. Am Folgetag hat er dieselbe Anzahl von Aktien wieder neu erworben. Das Finanzamt sah hierin einen Missbrauch steuerlicher Gestaltungsmöglichkeiten und hat insoweit den Spekulationsverlust nicht anerkannt.

### **Entscheidung**

Das Schleswig-Holsteinische FG hat dem Finanzamt Recht gegeben. Nach seiner Auffassung liegt ein

Spekulationsverlust nur bei echter Verlustrealisation vor. Eine solche ist jedenfalls dann nicht gegeben, wenn die gleiche Anzahl von Aktien im engen zeitlichen Zusammenhang zur Veräußerung wieder zurückrueckerworben wird. Der Steuerpflichtige handelt insoweit indiziell nach einem Gesamtplan, der einen Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten darstellt.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung ist insoweit wichtig, als Banken und Börsenmagazine regelmäßig eine solche Gestaltung empfehlen, um anderweitige Spekulationsgewinne zu verringern. 2 Lehren sind aus dem Urteil zu ziehen: Zum einen sollte die Anzahl der verkauften und zurückgekauften Aktien nicht übereinstimmen; zum anderen ist eine angemessene Schamfrist zwischen Verkauf und Kauf zu wahren. Ansonsten wird die gewünschte steuerliche Konsequenz nicht erreicht; „außer Spesen nichts gewesen.“

## **8. Verheiratetenzuschlag für Lebenspartner in besonderen Arbeitsverhältnissen**

### **Rechtslage/Kernfrage**

Insbesondere der Bundesangestellten-Tarifvertrag (BAT), an den auch Arbeitgeber im öffentlichen Bereich gebunden sein können, sieht Lohn- und Gehaltszuschläge vor, wenn der Arbeitnehmer verheiratet ist oder Kinder hat. In weiten Teilen des Rechts sind inzwischen die gleichgeschlechtlichen eingetragenen Lebenspartnerschaften der Ehe gleichgestellt. Für den Geltungsbereich des BAT hatte das Bundesarbeitsgericht bereits 2004 in einer Grundsatzentscheidung entschieden, dass Partnern einer eingetragenen Lebenspartnerschaft auch der Verheiratetenzuschlag zu gewähren sei. Allerdings kann der Anwendungsbereich des BAT bei besonderen Arbeitgebern durch deren eigenen Rechtscharakter mitbestimmt sein. So ist beispielsweise die Angehörigkeit zu einer bestimmten Konfession zulässiges Auswahlkriterium bei der Einstellung für einen kirchlichen Arbeitgeber. Regelmäßig bestehen für solche besonderen Arbeitgeber Sonderfassungen des BAT.

### **Entscheidung**

Das Bundesarbeitsgericht hatte über die Klage eines in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft lebenden Arbeitnehmers der evangelischen Kirche zu entscheiden, der die Gewährung des Verheiratetenzuschlags verlangte und sich auf das vorerwähnte Grundsatzurteil und eine Stellungnahme des Landeskirchenamts hierzu berief, die eine entsprechende Anwendung des Urteils auf Arbeitnehmer der evangelischen Kirche befürwortete. Das Arbeitsverhältnis wurde durch den BAT in der für die evangelische Kirche einschlägigen Fassung bestimmt. Die ersten beiden Instanzen hatten die Klage abgewiesen, weil eine entsprechende Regelung im einschlägigen Tarifvertrag fehle. Das Bundesarbeitsgericht folgte dieser Auffassung nicht. Das Bundesarbeitsgericht führte aus, dass die Gewährung des Verheiratetenzuschlags nicht nur vom insoweit lückenhaften einschlägigen Tarifvertrag, sondern insbesondere auch vom mutmaßlichen Willen des Arbeitgebers abhängt, diesen auch eingetragenen Lebenspartnern zu gewähren. Da insoweit Feststellungen, insbesondere eine verbindliche Aussage der evangelischen Kirche, bislang nicht getroffen seien, hob das Bundesarbeitsgericht die Vorentscheidung auf und verwies sie zur weiteren Tatsachenfeststellung zurück.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts macht deutlich, dass die eingetragene Lebenspartnerschaft nicht per se mit dem verfassungsrechtlich geschützten Institut der Ehe gleichgestellt ist. Ungleichbehandlungen zwischen Ehegatten und Lebenspartnern können gerechtfertigt sein. Dies gilt insbesondere in Bereichen, in denen der Ehe eine besondere Bedeutung zugemessen wird. Für den konkreten Fall dürfte dies keine Auswirkungen haben, da sich die evangelische Kirche nur schwerlich über ihre eigene Stellungnahme zu dem eingangs genannten Grundsatzurteil hinwegsetzen können wird. Insoweit ist davon auszugehen, dass der Kläger obsiegen wird.

## **9. Erbgemeinschaften sind weder rechts- noch parteifähig**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Während inzwischen von der Rechtsprechung anerkannt ist, dass sowohl die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als auch die Wohnungseigentümergeinschaft parteifähig und wenigstens teilrechtsfähig sind, trifft dies für die Erbgemeinschaft nicht zu. Das heißt, die Erbgemeinschaft als solche kann weder

klagen noch verklagt werden. Parteien eines Rechtsstreits werden mithin stets die einzelnen Mitglieder der Erbengemeinschaft. Nichtsdestotrotz wird von Seiten der Literatur insbesondere deshalb, weil es sich bei der Erbengemeinschaft wie auch bei der Wohnungseigentümergeinschaft um eine so genannte Bruchteilsgemeinschaft handelt, die Parteifähigkeit der Erbengemeinschaft als solche vertreten. In einer jüngeren Entscheidung hat der Bundesgerichtshof allerdings nochmals seine bisherige Rechtsauffassung bestätigt.

### **Entscheidung**

Der Entscheidung lag ein Fall zugrunde, in dem eine Erbengemeinschaft, die als solche als Vermieterin im Mietvertrag benannt war, die Zustimmung des Mieters zu einer Mieterhöhung im Verfahrensweg geltend machte. Nach Obsiegen der Erbengemeinschaft in der ersten Instanz hatte der Bundesgerichtshof über prozessuale Fragen im Rechtsbeschwerdeverfahren (nach Feststellung der Unzulässigkeit der Berufung durch das Berufungsgericht) zu entscheiden. Dabei bestätigte der Bundesgerichtshof seine Auffassung, die Erbengemeinschaft sei weder partei- noch rechtsfähig. Die Grundsätze über Partei- und Teilrechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und der Wohnungseigentümergeinschaft seien auf die Erbengemeinschaft nicht anwendbar, weil sie von vornherein auf Auseinandersetzung angelegt sei.

### **Konsequenz**

Die Erbengemeinschaft bleibt selbst dann, wenn sie mit der Wohnungseigentümergeinschaft vergleichbar auftritt, nicht parteifähig. Das heißt, Parteien sind stets die Mitglieder der Erbengemeinschaft selbst. In Ansehung dessen ist auch im Rahmen von Verträgen, die von oder mit der Erbengemeinschaft abgeschlossen werden, darauf zu achten, dass deren Mitglieder Vertragspartei werden.

## **10. Leistung aus Berufsunfähigkeitsversicherung führt zum Wegfall des Anspruchs auf Krankentagegeld**

### **Kernproblem**

Ein Versicherer hat gegen seinen Versicherten auf Rückzahlung von Leistungen geklagt. Dieser hatte neben dem vom Versicherer gezahlten Krankentagegeld zeitgleich Leistungen aus einer Berufsunfähigkeitsversicherung erhalten.

### **Entscheidung**

Das OLG Karlsruhe hat entschieden, dass der Beklagte das gezahlte Krankentagegeld erstatten muss. In den Versicherungsbedingungen ist eine derartige Doppelzahlung ausgeschlossen. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob es sich um eine echte Berufsunfähigkeit handelt, oder ob die Leistung aus Kulanz des anderen Versicherers erbracht wird.

### **Konsequenz**

Versicherte verlieren durch den Bezug von Leistungen aus einer Berufsunfähigkeitsversicherung den Anspruch auf Krankentagegeld. Durch den Abschluss solcher Versicherungen soll lediglich der einfache Verdienstaufschlag abgesichert werden.

## **11. Privater Fahrzeugkauf in der EG**

### **Einführung**

Wird ein neues Auto in einem anderen EG-Land entgeltlich erworben und gelangt dieses ins Inland, so liegt ein innergemeinschaftlicher Erwerb vor. Entgegen der üblichen Systematik ergeben sich hieraus nicht nur steuerliche Pflichten für Unternehmer, sondern auch für Privatpersonen. Während Unternehmer den Fahrzeugerwerb für ihr Unternehmen im normalen Voranmeldungsverfahren anmelden müssen, gilt u. a. für Privatpersonen das sog. Fahrzeugeinzelbesteuerungsverfahren.

### **Kernproblem**

Für Privatpersonen ergeben sich damit Deklarationspflichten, die im Normalfall nur Unternehmern abverlangt werden. So ist z. B. eine Umsatzsteuererklärung bis zum 10. Tag nach dem Erwerb beim zuständigen Finanzamt einzureichen und in der gleichen Frist die errechnete Umsatzsteuer abzuführen. Das zuständige Finanzamt wird durch die jeweilige Kfz-Zulassungsstelle über den Erwerb informiert. Werden

die steuerlichen Pflichten nicht beachtet, so drohen Sanktionen, angefangen von Säumniszuschlägen bis hin zur Einziehung des Fahrzeugscheins oder eines Verfahrens wegen Steuerhinterziehung.

#### **Neue Verwaltungsanweisung**

Das Bayerische Landesamt für Steuern hat in einer aktuellen Pressemitteilung die wesentlichen Fakten zusammengefasst, die im Rahmen der Fahrzeugeinzelbesteuerung zu beachten sind. Ferner hat das BMF die Formulare zur Anmeldung der Fahrzeugeinzelbesteuerung an die Erhöhung des Umsatzsteuersatzes von 16 % auf 19 % zum 1.1.2007 angepasst.

### **12. Veräußerung von Grundstücken**

#### **Einführung**

Die Veräußerung von Grundstücken ist umsatzsteuerfrei, wenn diese unter das Grunderwerbsteuergesetz (GrEStG) fallen (§ 4 Nr. 9a UStG).

#### **Kernproblem**

Häufig werden neben der Grundstücksveräußerung weitere Verpflichtungen eingegangen. Während diese im GrEStG als einheitliche Grunderwerbsteuerliche Leistung behandelt werden, ist Besteuerungsgegenstand der Umsatzsteuer jede einzelne entgeltliche Leistung. Eine Zusammenfassung der einzelnen Leistungen, vergleichbar zur GrESt, findet nur statt, wenn die zusätzlichen Leistungen vom gleichen Unternehmer erbracht werden und im Verhältnis zur Hauptleistung Grundstückslieferung unselbstständige Nebenleistungen darstellen (Einheitlichkeit der Leistung). Nur diese Leistungen sind nach § 4 Nr. 9a UStG steuerfrei. Es ist daher nicht zwingend, dass alle Umsätze, die dem GrEStG unterliegen, auch von der Umsatzsteuer befreit sind.

#### **Neue Verwaltungsanweisung**

Die OFD Hannover gibt in einer aktuellen Verfügung Hinweise zur Behandlung von Grundstücksveräußerungen unter Berücksichtigung der o. g. Aspekte. So ist zunächst zu prüfen, ob die Veräußerung als nicht steuerbare Geschäftsveräußerung im Ganzen zu qualifizieren ist. Wird dies ausgeschlossen, so ist im Anschluss festzustellen, ob im Zusammenhang mit der Veräußerung des Grundstücks umsatzsteuerpflichtige Umsätze erbracht wurden. Ist z. B. Vertragsgegenstand ein noch zu bebauendes Grundstück, so ist dies in seiner Gesamtheit von der Umsatzsteuer befreit, sofern wirtschaftlich betrachtet die Verfügungsmacht an dem fertigen Gebäude verschafft werden soll. Dies setzt voraus, dass der Veräußerer die gesamten Leistungen beauftragt und das Bauherrenwagnis trägt. Umsatzsteuerpflichtig sind dagegen folgende Leistungen

- Baubetreuungsleistungen oder gesondert berechnete den Bau vorbereitende Architektenleistungen des Veräußerers eines unbebauten Grundstücks,
- Herstellung eines schlüsselfertigen Fertighauses durch einen mit dem Grundstücksveräußerer nicht identischen Unternehmer.

#### **Konsequenz**

Unternehmern, die beabsichtigen, Grundstücke zu veräußern, ist aufgrund der Komplexität der zu beachtenden steuerlichen Folgen (Ertrag-, Grunderwerb-, Umsatzsteuer) zu raten, die entsprechenden Verträge schon vor ihrer Unterzeichnung durch einen steuerlichen Berater überprüfen zu lassen.

### **13. Bauantrag des Verkäufers für Geltung des Eigenheimzulagengesetzes ohne Relevanz**

#### **Kernproblem**

Vor dem kompletten Wegfall der Eigenheimzulage (Anschaffung oder Herstellung ab dem 1.1.2006) hat das EigZulG mehrere einschränkende Änderungen erfahren, z. B. in der Absenkung der Förderbeträge oder der Erhöhung von Einkunftsgrenzen. Für die Anwendung der jeweiligen Gesetzesfassung wurde hierbei grds. auf den Abschluss des Kaufvertrags (Anschaffung) bzw. Einreichung des Bauantrags (Herstellung) abgestellt. Im Fall des Erwerbs für ein noch zu errichtendes Gebäude scheint die Rechtsfolge an sich eindeutig zu sein (= Anschaffung). Die Frage ist jedoch, ob Eigenleistungen des Käufers so erheblich sein können, dass der Charakter einer Herstellung überwiegt und ob dann der vor Abschluss des Kaufvertrags eingereichte Bauantrag des Verkäufers begünstigend auf den Käufer zurückwirkt, so dass sich dieser auf die günstigere Gesetzesfassung berufen kann.

### **Rechtslage**

Nach ständiger Rechtsprechung des BFH ist der Zeitpunkt der Fertigstellung eines Gebäudes anhand objektiver Kriterien unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung zu entscheiden. Hiernach ist die Fertigstellung dann erreicht, wenn Bezugsfertigkeit vorliegt. Diese ist gegeben, wenn die wesentlichen Bauarbeiten ausgeführt sind und nur noch unwesentliche Restarbeiten verbleiben. Ob im Fall einer Herstellung der Bauantrag des Verkäufers von Belang ist, ist höchstrichterlich noch ungeklärt.

### **Entscheidung**

Das FG Münster hat wegen der im Streitfall geringen Eigenleistungen keine Herstellung angenommen. Weiter wird ausgeführt, dass auch für den Fall der Herstellung ein Bauantrag des Verkäufers nicht auf den Käufer zurückwirken kann. Als entscheidend sieht es der Senat an, dass der Antrag im eigenen Namen und für eigene Rechnung des Verkäufers gestellt wurde. Nach Auffassung des FG muss allein auf den Beginn der Bautätigkeit durch den Zulagebegünstigten abgestellt werden. Der Senat weist zudem darauf hin, dass ein eigener Bauantrag bereits vor Erlangung des zivilrechtlichen oder wirtschaftlichen Eigentums gestellt werden kann.

### **Konsequenz**

Wegen der aktuellen und grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache hat das FG die Revision zugelassen. Diese wurde auch eingelegt. Sollte im Revisionsverfahren ein anderes Urteil ergehen, könnte dies auch noch für bisher vom Wegfall der Eigenheimzulage betroffene „unterstellte“ Anschaffungsfälle mit Eigenleistungen von Bedeutung sein, wenn die Berufung auf einen Bauantrag des Verkäufers vor dem 1.1.2006 möglich ist.

## **14. Volle Kinderzulage für Zweitobjekt trotz Miteigentum**

### **Kernproblem**

Auch nach dem Wegfall der Eigenheimzulage (bei Anschaffung oder Beginn der Herstellung ab dem 1.1.2006) bleibt die Rechtsprechung hierzu von Bedeutung, kann doch der Begünstigungszeitraum noch laufen oder gar noch beginnen. Für die neben der Grundförderung zu gewährende Kinderzulage gilt der im Gesetz verankerte Grundsatz, dass diese (oder alternativ das frühere Baukindergeld) vom Anspruchsberechtigten nur für eine Wohnung im Kalenderjahr in Anspruch genommen werden kann. Zudem ist die Zulage bei Miteigentum bei jedem der Anspruchsberechtigten zur Hälfte anzusetzen, wenn zugleich für ein Kind Anspruch auf Kinderzulage besteht. Wenn daher innerhalb eines Jahres die Grundförderung von zwei Objekten möglich ist (z. B. Ehegatten überlassen eine Wohnung unentgeltlich an Angehörige und nutzen eine Wohnung selbst), soll das Kind insgesamt nur einmal zur Förderung beitragen. Doch hier gilt es zu unterscheiden, wer Anspruchsberechtigter ist. Entscheidend hierfür sind die Eigentumsverhältnisse. Mit- oder Alleineigentum an der Wohnung kann unterschiedliche Rechtsfolgen auslösen und mitunter sogar zur zweifachen Gewährung der Kinderzulage führen.

### **Rechtslage**

Nach Auffassung der Finanzverwaltung ist die zweifache Kinderzulage ausgeschlossen, wenn beide Wohnungen im Alleineigentum eines Ehegatten oder im Miteigentum beider Ehegatten stehen. Dagegen hat bei zwei, jeweils im Alleineigentum der Ehegatten stehenden Wohnungen jeder Ehegatte einen Anspruch auf die volle Kinderzulage. Steht ein Objekt im Alleineigentum eines Ehegatten und ein anderes Objekt im Miteigentum beider Ehegatten, hat der Alleineigentümer Anspruch auf die volle Kinderzulage und der andere Ehegatte zusätzlich einen Anspruch auf die halbe Kinderzulage für das im Miteigentum stehende Objekt.

### **Entscheidung**

Nach einer Entscheidung des Sächsischen FG ist auch im letztgenannten Fall das im Miteigentum beider Ehegatten stehende Objekt mit der vollen Kinderzulage zu begünstigen. Das FG hält die Verwaltungsauffassung für nicht gerechtfertigt und kommt bei wortgenauer Gesetzesauslegung zu dem Ergebnis, dass eine Halbteilung bereits von vornherein für den von der zweiten Zulage ausgeschlossenen Alleineigentümer des ersten Objekts nicht zum Zuge kommen kann. In der Folge ist dem Miteigentümer-Ehegatten die volle Zulage zu gewähren.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung stellt die bisherige Verwaltungsauffassung auf den Kopf und gibt Anlass zur Hoffnung. Wegen grundsätzlicher Bedeutung ist jedoch die Revision zugelassen.

## **15. Keine Rückwirkung der Anschaffungsfiktion vor den 1.1.1999 bei Spekulationsgeschäften**

### **Kernproblem**

Mit Wirkung ab dem VZ 1999 hat die Steuerpflicht von Spekulationsgeschäften nicht nur zeitliche, sondern auch sachliche Erweiterungen erfahren. Während bis dahin die Anschaffung des Wirtschaftsguts (ggf. durch den Rechtsvorgänger) unabdingbare Voraussetzung war, ist durch die gesetzliche Neuregelung neben die ursprüngliche Anschaffung eine Anschaffungsfiktion getreten. Demnach gilt als Anschaffung u. a. auch die Überführung eines Wirtschaftsguts vom Betriebs- in das Privatvermögen. Bei unentgeltlichem Erwerb ist dem Einzelrechtsnachfolger das Handeln des Rechtsvorgängers zuzurechnen. Nach Einführung der Anschaffungsfiktion sind mehrere Verfahren beim BFH anhängig geworden, denn der Gesetzgeber hat in den Anwendungsregelungen der Vorschrift einige Fragen im Dunkeln gelassen. So z. B. auch, ob nicht nur die Veräußerung, sondern auch die einer Steuerpflicht vorangehende Überführung nach dem 1.1.1999 zu erfolgen hat.

### **Rechtslage**

In seinem Schreiben zu Zweifelsfragen zur Neuregelung hat das BMF die Auffassung vertreten, dass die Anschaffungsfiktion auch auf Überführungen vor dem 1.1.1999 anzuwenden sei.

### **Entscheidung**

Der BFH wendet demgegenüber die gesetzliche Neuregelung nicht auf Entnahmen vor dem VZ 1999 an. Im Streitfall veräußerte der Kläger im Jahr 2001 ein Grundstück, das er im Jahr 1993 von seinen Eltern im Wege der vorweggenommenen Erbfolge unentgeltlich aus dem Betriebsvermögen übertragen bekommen hatte und das bis zur Veräußerung im Privatvermögen gehalten wurde. Für den BFH ist für eine Tatbestandsverwirklichung nicht nur das Merkmal der Veräußerung, sondern auch das der Anschaffung nach dem Stichtag maßgebend. Dass in der Vergangenheit nicht eingetretene Rechtsfolgen einer Entnahme aufgrund der Fiktion nachträglich als eingetreten gelten sollen und die Norm deshalb in einer belastenden, verfassungsrechtlich problematischen Weise zurückwirken soll, kann der BFH dem Gesetz nicht entnehmen.

### **Konsequenz**

Der BFH hat damit eine der streitigen Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Neufassung des § 23 EStG i. d. F. des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 geklärt. Eine weitere Entscheidung des BVerfG zur rückwirkenden Verlängerung der Spekulationsfrist bleibt abzuwarten.

## **16. Keine Spende bei Vorteilsgewährung durch den Verein**

### **Einführung**

Steuerlich abziehbare Spenden liegen vor, wenn ihre Zahlung nicht unmittelbar mit einem vom Empfänger gewährten Vorteil zusammenhängt. Dabei stellt sich die Frage, ob die Unterstützung der privaten Lebensgestaltung (Freizeitgestaltung) durch den Empfänger (Verein) bereits ein solcher Vorteil sein kann.

### **Entscheidung**

Das Finanzamt sah in der zusätzlich zu einem Aufnahmebeitrag und einem Jahresbeitrag geleisteten einmaligen Zahlung keine Spende. Der Verein (Golfverein) war zur Unterhaltung und zum Ausbau seiner Anlagen auf weitere Zahlungen durch neu eintretende Mitglieder angewiesen. Durch den Beitritt eröffnet der Verein seinem Mitglied die Möglichkeit, die Golfanlage zu nutzen. Auch der BFH sieht einen wirtschaftlichen und zeitlichen Zusammenhang zwischen der (freiwilligen) einmaligen Zahlung und der Gewährung eines Vorteils durch den Verein. Ohne den Beitritt wäre eine Nutzung verwehrt geblieben. Wegen des Beitritts war aber die zusätzliche Zahlung erwartet worden. Die fehlende rechtliche Pflicht zur Zahlung ist für den BFH bei der Frage der Entgeltlichkeit unmaßgeblich. Entscheidend ist der innere Zusammenhang zwischen Zahlung und Beitritt.

Da dem Neumitglied der Charakter der Zahlung, nämlich als Entgelt für die Vorteilsgewährung, bekannt sein musste, ergab sich auch kein Vertrauensschutz für die ausgestellte Spendenbescheinigung.

### **Konsequenz**

Der Fall ist nicht nur für die sich immer wieder im Steuerfokus befindlichen Golfvereine bedeutend. Auch bei anderen Vereinen, die der Freizeitgestaltung dienen, muss genauer untersucht werden, ob Zahlungen abziehbare Spende sind oder ein (verdecktes) Entgelt für eine Vorteilsgewährung vorliegt.

## **17. Begrenzung der Verlustverrechnung 1999-2003**

### **Kernproblem**

Erstmals für das Jahr 1999 hatte der Gesetzgeber durch eine allgemeine Begrenzung der Verlustverrechnung ab 100.000 DM (51.500 EUR) im EStG eine Mindeststeuer eingeführt.

### **Entscheidung des BFH**

Der BFH hält die gesetzliche Regelung zur Verlustverrechnung von 1999 bis 2003 für unverständlich, widersprüchlich, rechtssystematisch irreführend, unsystematisch, unübersichtlich und fehleranfällig. Die Mindeststeuerregelung sei wegen Verletzung des Grundsatzes der Normenklarheit verfassungswidrig und dürfe deshalb nicht angewandt werden. Nach der Rechtsprechung des BVerfG müsse der Steuerpflichtige - und nicht nur ein Experte - anhand der gesetzlichen Regelung die Rechtslage so erkennen können, dass er sein Verhalten danach ausrichten vermag. Dieser Anforderung entspreche die Mindeststeuerregelung nicht und bediene sich insbesondere bei zusammenveranlagten Eheleuten und im Zusammenhang mit dem Vortrag und Rücktrag von Verlusten in andere Jahre einer unübersichtlichen Verweisungstechnik. Daher hat der BFH ein bei ihm anhängiges Revisionsverfahren ausgesetzt und die Entscheidung des BVerfG eingeholt.

### **Vorlagefall und Anwendungszeitraum**

Der Vorlagefall betrifft zusammenveranlagte Eheleute, die beide Einkünfte erzielten. Das Finanzamt hatte bei der Veranlagung für 1999 die Verluste des Ehemanns aus Vermietung und Verpachtung nur begrenzt berücksichtigt. Mit der Revision wurde die Verfassungswidrigkeit der bis einschließlich 2003 geltenden beschränkten Verlustverrechnung geltend gemacht.

### **Konsequenz**

Vergleichbare Fälle sind offen zu halten und mit Verweis auf den BFH-Vorlagebeschluss zum Ruhen zu bringen, bis das BVerfG entschieden hat.

## **18. Rückabwicklung kein privates Veräußerungsgeschäft**

### **Kernproblem**

Streitig war, ob ein steuerpflichtiges „privates Veräußerungsgeschäft“ vorliegt, wenn ein Steuerpflichtiger zunächst wirtschaftliches Eigentum an einer zu vermietenden Eigentumswohnung erlangt hatte und der Kaufpreis später aufgrund eines Schadensersatzanspruchs durch Rückabwicklung des Grundstücksgeschäfts zurückerstattet wird.

### **Rechtslage**

Beträgt bei einem Grundstücksgeschäft der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung von Grundstücken nicht mehr als zehn Jahre, dann ist der Überschuss über die ursprünglichen Anschaffungskosten i. d. R. steuerpflichtig. Der „gestreckte“ Steuertatbestand beginnt mit der Anschaffung des Wirtschaftsguts und endet mit dessen Veräußerung.

### **Entscheidung**

Der BFH hat kürzlich einen Fall entschieden, bei dem unter Berücksichtigung von beanspruchten Abschreibungen für die Zeit der Vermietung ein Veräußerungsgewinn als Überschuss über die ursprünglichen Anschaffungskosten entstanden war. Der BFH ist der Beurteilung des FA, es handele sich um ein steuerpflichtiges privates Veräußerungsgeschäft, nicht gefolgt. Das ursprüngliche Anschaffungsgeschäft verwandele sich lediglich in ein Abwicklungsverhältnis. Die Herausgabe des zuvor angeschafften Wirtschaftsguts stellt hierbei keinen gesonderten „marktoffenen Vorgang“, sondern nur einen notwendigen Teilakt im Rahmen der Rückabwicklung dar.

## **Konsequenz**

Die Rückabwicklung eines Anschaffungsgeschäfts wegen irreparabler Vertragsstörungen stellt somit kein steuerpflichtiges Veräußerungsgeschäft dar. Anschaffung und Veräußerung im Rahmen steuerpflichtiger privater Veräußerungsgeschäfte sind regelmäßig nur der entgeltliche Erwerb und die entgeltliche Übertragung eines Wirtschaftsguts auf eine andere Person.

## **Unternehmer und Freiberufler**

### **1. Umfang des Datenzugriffs bei der steuerlichen Außenprüfung**

#### **Kernproblem**

Seit dem 1.1.2002 kann die Finanzbehörde verlangen, dass prüfungsrelevante Daten ihr in elektronischer Form vorgelegt werden (digitale Betriebsprüfung). Alle steuerlich relevanten Unterlagen müssen, soweit sie mittels eines Datenverarbeitungssystems erstellt wurden, dem Betriebsprüfer auf Anfrage elektronisch überlassen werden.

#### **Sachverhalt**

Die zu prüfende Firma gewährte den Betriebsprüfern einen sog. Nur-Lese-Zugriff in die Finanz-, Anlagen- und Lohnbuchhaltung, die mittels SAP-Software erstellt wurde. Die Prüfer erhielten darüber hinaus 3 Kostenstellen für den Bereich Beteiligungen sowie die Kostenstelle für die Warenbewertung.

Die Betriebsprüfer verlangten zusätzlich Datenzugriff auf alle Kostenstellen, die sofort abziehbare Betriebsausgaben zuordnen und deren Daten gleichzeitig in der Finanzbuchführung enthalten waren. So hätten sie schneller überprüfen können, ob Falschbuchungen vorlagen.

Die Firma verweigerte den weiteren Zugriff auf die Kostenstellenrechnung. Die Kostenstellenrechnung enthält zwar auch steuerlich relevante Daten, aber ebenso eine Fülle von Zahlenmaterial, das ausschließlich der Unternehmensführung und -kontrolle dient und der Betriebsprüfung nicht vorzuzeigen ist.

#### **Entscheidung**

Das Finanzgericht Rheinland-Pfalz gab der Firma Recht. Der begehrte Zugriff war nicht erforderlich, weil die Finanzbuchhaltung bereits alle notwendigen Daten enthielt. Die bloße technische Erleichterung zur Aufgabenerfüllung rechtfertigt diesen Eingriff in die innerbetriebliche Sphäre nicht.

Bei bereits festgestellten Auffälligkeiten hätte sich der Steuerpflichtige allerdings der Vorlage einzelner Kostenstellen nicht entziehen können.

#### **Konsequenz**

Das Finanzgericht hat nochmals festgestellt, dass sich der Umfang der zu prüfenden Unterlagen auch nach Einführung der digitalen Betriebsprüfung nicht geändert hat. Der Großteil der Kostenstellenrechnung ist daher nach wie vor nicht Gegenstand der elektronischen Betriebsprüfung. Allerdings hat das Finanzamt gegen dieses Urteil Revision eingelegt.

### **2. „Hausanwälte“ können fiktive Reisekosten abrechnen**

#### **Einführung**

Im Ausgangsrechtsstreit verlangte der Kläger von der beklagten Krankenversicherung die Erstattung von Arztkosten. Nachdem die Beklagte sämtliche Leistungen abgelehnt hatte, beauftragte sie einen Rechtsanwalt, ihren „Hausanwalt“, mit der Bearbeitung des Falls. Die Parteien schlossen in dem Rechtsstreit einen Vergleich, wobei die Beklagte von einem nicht am Gerichtsort ansässigen Unterbevollmächtigten des „Hausanwalts“ vertreten wurde. Dieser setzte in seinem Kostenfestsetzungsantrag seine eigenen fiktiven Reisekosten vom Sitz der Beklagten an den Gerichtsort an. Diese Kosten wurden nicht berücksichtigt, weil die Beklagte einen Rechtsanwalt am Gerichtsort hätte bevollmächtigen müssen.

#### **Entscheidung**

Die fiktiven Reisekosten des „Hausanwalts“ sind erstattungsfähig. Die Erstattungsfähigkeit eines Haupt-

bevollmächtigten richtet sich nach Gesetz. Danach ist die Beauftragung eines Hauptbevollmächtigten nicht erforderlich, wenn ein am Ort des Prozessgerichts ansässiger Rechtsanwalt als Hauptbevollmächtigter hätte beauftragt werden müssen. Dies ist der Fall, wenn bereits zum Zeitpunkt der Beauftragung des Hauptbevollmächtigten feststeht, dass ein eingehendes Mandantengespräch nicht erforderlich sein wird. Dies kann beispielsweise bei einem Unternehmen angenommen werden, das über eine eigene mit der Sache betraute Rechtsabteilung verfügt. Nach diesen Maßstäben durfte die Beklagte den „Hausanwalt“ mit der Sache beauftragen. Zwar verfügt die Beklagte über qualifiziertes Personal, das außenstehenden Rechtsanwälten hinreichende Instruktionen geben könnte. Würde die Beklagte aber alle Verfahren derart handhaben, müsste sie weiteres Personal einstellen. Aus diesem Grund hat sie sich entschieden, alle Fälle ab dem Zeitpunkt der endgültigen Leistungsverweigerung ihrem „Hausanwalt“ zur selbstständigen Bearbeitung zu übertragen. Diese interne betriebliche Organisation der Abwicklung von solchen Prozessfällen muss der Kläger hinnehmen. Im Rahmen der Kostenerstattung kommt es somit vordergründig darauf an, wie das Unternehmen die Abwicklung von Rechtsangelegenheiten geregelt hat.

#### **Konsequenz**

Überlässt ein Unternehmen bestimmte Rechtsangelegenheiten seinem „Hausanwalt“, muss der unterlegene Prozessgegner diese Betriebsorganisation hinnehmen und etwaige fiktive Reisekosten des bevollmächtigten „Hausanwalts“ als notwendige Kosten des Rechtsstreits tragen. Das Unternehmen muss zur Vermeidung dieser Reisekosten keinen am Gerichtsort ansässigen Rechtsanwalt bevollmächtigen.

### **3. Einzelhändler haftet nicht für explodierte Limonadenflasche**

#### **Einführung**

Als in den Verkaufsräumen eines Einzelhändlers eine Limonadenflasche plötzlich explodierte, erlitt ein Mann im Gesicht und an den Augen schwere Verletzungen. Der vermeintliche Schadensersatzanspruch des Geschädigten wurde damit begründet, dass der Einzelhändler im Verbrauchermarkt kohlenstoffhaltige Getränke trotz sommerlicher Temperaturen nicht kühl verwahrt habe. Hierdurch sei es zu der Explosion gekommen.

#### **Entscheidung**

Der Geschädigte hat gegen den Einzelhändler keinen Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz. Der BGH bestätigte die Ansicht der Vorinstanz, dass eine künstliche Kühlung solcher Flaschen vom Einzelhändler nicht verlangt werden kann. Zwar ist derjenige, der eine Gefahrenlage schafft, grundsätzlich verpflichtet, die notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um eine Schädigung anderer möglichst zu verhindern. Eine Verkehrssicherung, die jede Schädigung ausschließt, ist aber im praktischen Leben nicht erreichbar. Haftungsbegründend wird eine Gefahr deshalb erst dann, wenn sich für ein sachkundiges Urteil die nahe liegende Möglichkeit ergibt, dass Rechtsgüter verletzt werden können. Auch dann sind jedoch nur solche Sicherheitsvorkehrungen erforderlich, die dem Verkehrssicherungspflichtigen den Umständen nach zuzumuten sind. Nach diesen Grundsätzen war der Einzelhändler nicht verpflichtet, seine Verkaufsräume zu kühlen. Nach den Ausführungen des Sachverständigen beruht die Explosion derartiger Flaschen im Wesentlichen auf vorhandenen Mikrorissen. Dieses Risiko hat der Gesetzgeber dem Hersteller zugewiesen, der dafür regelmäßig nach dem Produkthaftungsgesetz, jetzt auch auf Schmerzensgeld, haftet. Auch würde sich bei einer Kühlung von Verkaufsräumen das Risiko nicht so signifikant verringern, dass dies den erforderlichen Aufwand für die Kühlung rechtfertigen könnte. Im Übrigen würde die Kühlung für die Verbraucher ihrerseits Explosionsrisiken mit sich bringen, etwa beim Verbringen in ein warmes Fahrzeug oder Berühren mit der warmen Hand.

#### **Konsequenz**

Verbraucher haben gegen Lebensmitteleinzelhändler keinen Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz, wenn in den Verkaufsräumen eine Limonadenflasche explodiert und sie dabei verletzt werden. Der Gesetzgeber hat das Risiko von explodierenden Flaschen dem Hersteller zugewiesen, der dafür regelmäßig nach dem Produkthaftungsgesetz haftet.

### **4. Banken dürfen keine Erbrechtsberatung anbieten**

### **Einführung**

Die Kundin einer Großbank wollte einen Teil ihres Vermögens auf ihren Sohn übertragen. Ein bei der Bank angestellter Volljurist beriet die Kundin und entwarf ein Testament sowie eine Stiftungssatzung. Beide Entwürfe leitete er einem externen Rechtsanwalt zur Begutachtung zu. Nach der Prüfung durch den externen Anwalt übersandte dieser die Dokumente an die Kundin. Nach einem weiteren Gespräch mit der Kundin arbeitete der Mitarbeiter der Bank noch Barvermächtnisse in den Testamentsentwurf ein und modifizierte die Stiftungssatzung. Die neuen Entwürfe übersandte er direkt an die Kundin.

### **Entscheidung**

Die Bank muss die Erbrechtsberatung unterlassen, weil sie gegen eine gesetzliche Vorschrift (Art. 1 § 1 Abs. 1 RBERG) und damit zugleich gegen das Wettbewerbsrecht verstößt. Nach dieser Vorschrift darf die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten einschließlich der Rechtsberatung geschäftsmäßig nur von Personen betrieben werden, denen dazu die Erlaubnis erteilt worden ist. Über eine solche Erlaubnis verfügte die Bank nicht. Die Erlaubnispflicht entfällt auch dann nicht, wenn die Bank für die Erbrechtsberatung einen Volljuristen beschäftigt. Denn dieser wird regelmäßig im Interesse seiner Arbeitgeberin tätig. So wird eine Bank bei einer erbrechtlichen Beratung regelmäßig darauf hinwirken wollen, zur Testamentsvollstreckerin ernannt zu werden. Damit besteht ein Interessenkonflikt zwischen unabhängiger Rechtsberatung und den wirtschaftlichen Interessen der Bank. Die Tätigkeit des angestellten Volljuristen stellt eine Rechtsbesorgung für die Kundin dar und nicht lediglich die Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange. Zur Abgrenzung ist auf den Schwerpunkt der Tätigkeit abzustellen. Dieser liegt in diesem Fall auf rechtllichem Gebiet. Denn die inhaltliche Beratung in Fragen der Testamentserrichtung dient der rechtlichen Umsetzung des Willens des Erblassers. Der rechtsberatende Charakter der Tätigkeit entfällt nicht, weil die Entwürfe an einen externen Rechtsanwalt weitergeleitet wurden. Die Überprüfung diente nur der Fehlerkontrolle. Die Bank kann sich außerdem nicht darauf berufen, dass sie ihren Kunden zulässigerweise Testamentsvollstreckungen anbietet. Denn weder die erbrechtliche Beratung noch die Erstellung von Testamentsentwürfen stellen mit der Testamentsvollstreckung einhergehende Nebenleistungen dar.

### **Konsequenz**

Banken dürfen ihre Kunden nicht bei der Erstellung ihres Testaments beraten. Dies stellt eine rechtliche Angelegenheit dar, die unter dem Erlaubnisvorbehalt steht. Die Erlaubnispflicht entfällt auch dann nicht, wenn die Bank für die Erbrechtsberatung einen Volljuristen beschäftigt.

## **5. Unerbetene Telefonwerbung gegenüber Gewerbetreibenden ist wettbewerbswidrig**

### **Einführung**

Ein in der Baubranche tätiges Unternehmen koordiniert Bauvorhaben zwischen Bauherren, Planungsbüros und Bauunternehmen. Im Rahmen dieser Tätigkeit vermittelt sie auch Aufträge für Handwerksunternehmen. Diese verpflichten sich zur Zahlung einer Provision für jeden vermittelten Bauauftrag und zusätzlich zur Einmalzahlung eines bestimmten Betrags. Die geschäftlichen Kontakte zu den Handwerksunternehmen werden grundsätzlich über das Telefon angebahnt. Ein Wettbewerbsverband hat hierin eine unzulässige Telefonwerbung gesehen und das Unternehmen auf Unterlassung verklagt.

### **Entscheidung**

Das verklagte Unternehmen muss die Telefonwerbung unterlassen. Nach der gesetzlichen Vorschrift des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG liegt eine unzumutbare Belästigung eines Marktteilnehmers vor, wenn dieser ohne – zumindest – mutmaßliche Einwilligung zu Werbezwecken angerufen wird. Im Streitfall entspricht die Telefonwerbung des Unternehmens weder dem tatsächlichen noch dem mutmaßlichen Willen der angerufenen Handwerksunternehmen. Zwar kann bei einem Gewerbetreibenden regelmäßig ein mutmaßliches Interesse an einer telefonischen Kontaktaufnahme durch potenzielle Kunden vermutet werden. Vorliegend ist das verklagte Unternehmen aber vorrangig deswegen in Kontakt zu den Handwerksunternehmen getreten, um ihre eigene Leistung anzubieten. Dieses stellt eine unzulässige Werbung dar. Das Verbot der Telefonwerbung greift auch nicht unzulässig in das Recht des verklagten Unternehmens auf Berufsausübungsfreiheit ein. Das Unternehmen muss die Werbung für ihre Dienstleistung nicht gänzlich unterlassen, sondern nur mittels des Mediums „Telefon“.

### **Konsequenz**

Unternehmen dürfen unaufgefordert keine Gewerbetreibenden anrufen und für ihre Leistungen werben.

Dies gilt selbst dann, wenn die Unternehmen den Gewerbetreibenden Aufträge vermitteln. Zwar kann bei einem Gewerbetreibenden regelmäßig ein mutmaßliches Interesse an einer telefonischen Kontaktaufnahme durch potenzielle Kunden vermutet werden. Es liegt aber eine unzulässige und damit wettbewerbswidrige Telefonwerbung vor, wenn ein Unternehmen seine eigene Leistung in dem Telefonat anpreist.

## 6. **Zusatzurlaub für Schwerbehinderte**

### **Rechtslage/Kernfrage**

Schwerbehinderte Arbeitnehmer werden in allen Bereichen des Arbeitslebens durch insbesondere sozialgesetzliche Regelungen besonders geschützt. Diese Regelungen beinhalten die grundsätzliche Pflicht von Arbeitgebern mit mehr als 20 Arbeitsplätzen, schwerbehinderte Arbeitnehmer zu beschäftigen. Andernfalls ist man zur Zahlung einer Ausgleichsabgabe verpflichtet. Hierzu gehören insbesondere auch besondere Kündigungsschutzvorschriften, aber auch Schutzvorschriften, die dem Schwerbehinderten das tägliche Arbeitsleben erleichtern sollen. So hat der schwerbehinderte Arbeitnehmer einen Anspruch auf bezahlten Sonderurlaub von regelmäßig fünf Tagen je Kalenderjahr. Dieser Sonderurlaub unterfällt den allgemeinen Regelungen des Bundesurlaubsgesetzes, nach denen Urlaub insbesondere abzugelten ist. Über die Frage, ob der Sonderurlaub zusätzlich zum arbeitsvertraglich festgelegten Urlaubsanspruch zu gewähren ist, hatte das Bundesarbeitsgericht in einer jüngeren Entscheidung zu befinden.

### **Entscheidung**

Das Bundesarbeitsgericht hatte darüber zu entscheiden, ob ein Schwerbehinderter, der aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden war, verlangen konnte, seinen Sonderurlaubsanspruch in Geld abgegolten zu bekommen. Der Arbeitgeber verteidigte sich damit, dass der dem Schwerbehinderten gesetzlich gewährte Sonderurlaub nur zusätzlich zu dem gesetzlichen Mindesturlaub zu gewähren sei. Das Bundesarbeitsgericht entschied, wie schon die Vorinstanzen, dass dem Schwerbehinderten der gesetzliche Sonderurlaub deshalb gewährt werde, weil der schwerbehinderte Arbeitnehmer stärker belastet sei. Deshalb sei der arbeitsvertraglich festgelegte Urlaubsanspruch um den Sonderurlaubsanspruch aufzustocken. Werde der Sonderurlaub nicht genommen, ist er nach allgemeinen gesetzlichen Regelungen in Geld abzugelten.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung erstaunt nicht. Der Gesetzgeber erkennt die Schwerbehinderung als sachlichen Grund einer Besserstellung gegenüber normalen Arbeitnehmern an. Unzulässig ist es, dem Schwerbehinderten einen geringeren arbeitsvertraglichen Urlaubsanspruch zu gewähren, um in Verbindung mit dem Sonderurlaub einen einheitlichen Urlaubsanspruch zu erreichen. Eine entsprechende Vorgehensweise verstößt gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, nach dem vergleichbare Arbeitnehmer zu gleichen arbeitsvertraglichen Bedingungen beschäftigt werden müssen.

## 7. **Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst ersetzt Bundesangestelltentarifvertrag nicht automatisch**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Im September 2005 hatten sich die Gewerkschaften einerseits sowie Bund und Kommunen andererseits auf einen neuen Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) geeinigt, der zum 1. Oktober 2005 für alle Arbeitnehmer von Bund und Kommunen in seiner jeweiligen Ausgestaltung (TVöD-Bund oder TVöD-Kommune) in Kraft getreten ist und den bisher geltenden Bundesangestelltentarifvertrag (BAT) abgelöst hat. Der Übergang von altem in neues Tarifrecht wurde durch den sog. Tarifvertrag zur Überleitung geregelt. Zum 1. November 2006 gilt der TVöD in seiner konkreten Ausgestaltung (TVöD-Land) auch für Arbeitnehmer der Länder. Der TVöD gilt sowohl für Arbeitnehmer als auch Angestellte im öffentlichen Dienst. Unmittelbar betroffen sind jedoch nur diejenigen Arbeitnehmer, die bei Bund, Ländern und Kommunen (= öffentlicher Dienst) arbeiten. Daneben gab und gibt es Beschäftigte in Privateinrichtungen, bspw. bei kirchlichen Einrichtungen, die in der Vergangenheit in Anlehnung an den BAT bezahlt wurden bzw. für die ein eigener dem BAT angelehnter Tarifvertrag galt. Ob für diese Arbeitnehmer automatisch der TVöD zur Anwendung kommt, ist fraglich, wurde aber von Gewerkschaftsseite stets angeführt.

### **Entscheidung**

Das Arbeitsgericht Münster hatte zum ersten Mal Gelegenheit darüber zu entscheiden, ob der TVöD automatisch auf Arbeitsverhältnisse anwendbar ist, die bislang an den BAT angelehnt waren. Geklagt hatte ein gewerkschaftsunterstützter Arbeitnehmer eines gemeinnützigen Arbeitgebers außerhalb des öffentlichen Dienstes, der bislang in Anlehnung an den BAT bezahlt worden war. Nach Wegfall des BAT hatte der Arbeitgeber mit einer Gewerkschaft einen neuen Haustarifvertrag ausgehandelt. Der Arbeitnehmer klagte auf im BAT vorgesehene Einmalzahlungen für 2005, 2006 und 2007 und berief sich darauf, dass der neu geschaffene TVöD gleichsam Rechtsnachfolger des BAT geworden sei. Dieser Rechtsauffassung trat das Arbeitsgericht Münster entgegen; der TVöD müsse nicht automatisch übernommen werden. Hauptargument des Gerichts war, dass es bei Anlehnung an den BAT nicht Vertragswille geworden sei, einen komplett anderen Tarifvertrag anstelle des verabredeten BAT automatisch in das Vertragsverhältnis mit einzubeziehen.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung des Arbeitsgerichts Münster darf wohl als Grundsatzentscheidung angesehen werden. Es besteht kein Übergangsautomatismus. Arbeitgeber, die nicht dem öffentlichen Dienst angehören, aber in Anlehnung an den BAT bezahlen, sind nicht verpflichtet, den TVöD zu übernehmen. Der bestehende BAT ist jedenfalls seit Oktober 2005 „eingefroren“. Dies gilt entsprechend für die in Anlehnung an den BAT erfolgten Gehaltszahlungen.

## **8. Rechtsprechungsänderung zur Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Liegen die übrigen Voraussetzungen für die grundsätzliche Möglichkeit von betriebsbedingten Kündigungen vor (dringende betriebliche Erfordernisse sowie Fehlen eines anderen, freien Arbeitsplatzes), hat der Arbeitgeber vor Ausspruch von betriebsbedingten Kündigungen eine Sozialauswahl unter den vergleichbaren von den Kündigungen bedrohten Arbeitnehmern vorzunehmen. Er muss im Prozess die Ordnungsmäßigkeit seiner Sozialauswahl durch Objektivierung seiner Entscheidung beweisen. Zur Objektivierung ist es zulässig, die betroffenen Arbeitnehmer unter sozialen Kriterien (Betriebszugehörigkeit, Lebensalter und Unterhaltspflichten, gegebenenfalls Schwerbehinderung) im Rahmen eines Punktesystems zu bewerten. Denjenigen Arbeitnehmern mit der geringsten Punktzahl muss dann die betriebsbedingte Kündigung ausgesprochen werden. Weiche Kriterien wie Engagement und Leistungsbereitschaft können nur in Zweifels- bzw. Ausnahmefällen zur Objektivierung der Rechtfertigung der Sozialauswahl herangezogen werden. Unterlief dem Arbeitgeber bisher bei der Ermittlung der Punktzahl ein Fehler mit der Folge, dass auch nur einem Arbeitnehmer, der bei richtiger Ermittlung der Punktzahlen zur Kündigung angestanden hätte, nicht gekündigt wurde, so wurden nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die Kündigungen aller gekündigten Arbeitnehmer unwirksam. Dies galt selbst dann, wenn bei fehlerfreier Erstellung der Punktezahlen nur ein einziger Arbeitnehmer von der Kündigungsliste zu nehmen gewesen wäre.

### **Entscheidung**

Diese bisherige Rechtsprechung, die Kündigungen bei unzutreffender Punkteberechnung per se unwirksam machte, hat das Bundesarbeitsgericht nunmehr in einer Grundsatzentscheidung aufgegeben. Geklagt hatten 6 von insgesamt 55 von betriebsbedingten Kündigungen betroffene Arbeitnehmer. Sie hatten vorgebracht, ein Arbeitnehmer der Punkteliste sei zu hoch eingestuft worden und wäre bei richtiger Einstufung auch von den betriebsbedingten Kündigungen betroffen gewesen. Der Arbeitgeber hatte eingewandt, selbst wenn das Vorbringen der sechs Kläger richtig wäre, wäre der eine betroffene Arbeitnehmer in der Punkteliste über jedem der Kläger einzustufen gewesen. An der Kündigung der Kläger hätte sich also nichts geändert. Dieser Rechtsauffassung hat sich das Bundesarbeitsgericht nunmehr angeschlossen. Kann der Arbeitgeber aufzeigen, dass der gekündigte Arbeitnehmer auch bei richtiger Erstellung der Punkteliste zur Kündigung angestanden hätte, so ist die Kündigung nicht wegen fehlerhafter Sozialauswahl unwirksam. Denn in diesen Fällen ist der Fehler für seine Auswahl nicht ursächlich und die Sozialauswahl im Ergebnis ausreichend.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung führt zu einer arbeitgeberfreundlichen Änderung der Rechtsprechung. Die ausgespro-

chene Kündigung ist nicht wegen einer fehlerhaften Sozialauswahl per se unwirksam, wenn der Unternehmer im Kündigungsschutzprozess aufzeigen kann, dass der gekündigte Mitarbeiter auch bei richtiger Punktberechnung entlassen würde. Die Durchführung der Objektivierung der Sozialauswahl durch ein Punkteschema wird dadurch jedoch nicht überflüssig.

## 9. Rechnungen an Dritte – Angabe des Leistungsempfängers

### **Einführung**

Rechnungen berechtigen nur dann zum Vorsteuerabzug, wenn sie alle erforderlichen Pflichtangaben nach § 14 und § 14a UStG enthalten. So sind u. a. die vollständige Anschrift und der vollständige Name des Leistungsempfängers anzugeben.

### **Kernproblem**

Hat der Leistungsempfänger einen Dritten mit dem Empfang der Rechnung beauftragt (z. B. Architekt, Hausverwalter), so ist nach Ansicht des BMF der Vorsteuerabzug zu versagen, wenn die an den Dritten adressierte Rechnung alleine den Namen des Leistungsempfängers mit „c/o“ aufführt, die Angabe der Anschrift aber unterbleibt. Die Ergänzung des Namens um die Angabe der Steuernummer bzw. Umsatzsteuer-Identifikationsnummer des Leistungsempfängers ist nicht ausreichend.

Neben der Versagung des Vorsteuerabzugs für den Leistungsempfänger ergibt sich als weitere Konsequenz eine zusätzliche Steuerschuld für den Rechnungsaussteller nach § 14c UStG. Dieser schuldet zum einen die Umsatzsteuer aus der Leistung gegenüber dem eigentlichen Leistungsempfänger sowie die gegenüber dem Dritten unberechtigt ausgewiesene Umsatzsteuer.

### **Neue Verwaltungsauffassung**

Nach Intervention der Bundessteuerberaterkammer lässt das BMF nun Erleichterungen bei der Angabe einer c/o-Adresse zu. So ist nunmehr die zusätzliche Angabe der Steuernummer des Leistungsempfängers oder der Auftragsnummer ausreichend. Voraussetzung hierfür ist, dass die Finanzbehörde über diese Angaben sowie über Unterlagen, die der leistende Unternehmer als auch der Leistungsempfänger vorzuhalten haben, den vollständige Namen und die vollständige Anschrift des Leistungsempfängers ohne Schwierigkeiten ermitteln kann.

### **Konsequenz**

Die geänderte Auffassung des BMF wird den Anforderungen der Praxis gerecht. Es ist jedoch darauf zu achten, dass die Rechnungen in diesen Fällen um die o. g., nicht dem Umsatzsteuergesetz zu entnehmenden Inhalte (Steuernummer des Leistungsempfängers bzw. Auftragsnummer) zu ergänzen sind.

## 10. Abzug der Einfuhrumsatzsteuer bei fehlerhafter Zollanmeldung

### **Einführung**

Mit Hilfe des IT-Verfahrens ATLAS (Automatisiertes Tarif- und Lokales Zollabwicklungssystem) wird der grenzüberschreitende Warenverkehr automatisiert abgefertigt und überwacht.

Die Berechtigung zum Abzug der Einfuhrumsatzsteuer kann durch einen Ausdruck des elektronisch übermittelten Bescheids sowie einen Beleg über die Zahlung der Einfuhrumsatzsteuer an die Zollbehörde bzw. einen Beauftragten (Spediteur) nachgewiesen werden.

### **Kernproblem**

Stellt der Spediteur in der Zollanmeldung versehentlich unrichtige Angaben über den Zollanmelder und/oder Empfänger ein, so weist der durch das IT-Verfahren ATLAS erstellte Steuerbescheid den falschen Zollbeteiligten aus. Eine Korrektur des Bescheids erfolgt nicht mehr.

Es stellt sich die Frage, ob ein derartiger Bescheid zum Abzug der Einfuhrumsatzsteuer berechtigt.

### **Neue Verwaltungsauffassung**

Die OFD Karlsruhe lässt aus Billigkeitsgründen den Abzug der Einfuhrumsatzsteuer zu, sofern der Unternehmer nachweisen kann, dass er zum Abzug der Einfuhrumsatzsteuer berechtigt ist.

### **Konsequenz**

Trotz unrichtigem Steuerbescheid kann der Unternehmer den Abzug der Einfuhrumsatzsteuer, z. B. durch eine Bestätigung des Spediteurs hinsichtlich der versehentlich unrichtigen Angaben in der Zollan-

meldung, erreichen. Daneben kommt dem Nachweis der korrekten Entrichtung der Einfuhrumsatzsteuer in diesen Fällen eine erhöhte Bedeutung zu.

#### 11. Vorsteuerabzug aus missbräuchlichen Umsätzen

##### **Einführung**

Der EuGH hatte sich in zwei Urteilen mit Gestaltungen zu befassen, deren Zweck alleine darin bestand einen möglichst hohen Vorsteuerabzug zu erreichen. Da wirtschaftliche Ziele mit den Gestaltungen nicht verfolgt wurden, stellte sich die Frage, ob der Vorsteuerabzug zuzulassen sei.

##### **Entscheidung**

Der EuGH bestätigt in den Urteilen seine bisherige Rechtsprechung, wonach Umsätze, Lieferungen bzw. Dienstleistungen eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der 6. EG-Richtlinie darstellen, sofern sie die für ihre Annahme objektiven Kriterien erfüllen. Daher ist es insofern unerheblich, ob die Umsätze alleine aus der Absicht getätigt werden, einen Steuervorteil zu erreichen. Nach Ansicht des EuGH ist ein Vorsteuerabzug aus derartigen Umsätzen nur dann nicht möglich, wenn diese als missbräuchlich zu qualifizieren sind. Die Annahme einer missbräuchlichen Praxis setzt voraus, dass die Gewährung des erzielten Steuervorteils den mit den Bestimmungen der 6. EG-Richtlinie verfolgten Zielen widerspricht und objektiv ersichtlich ist, dass mit den Umsätzen im Wesentlichen ein Steuervorteil erreicht werden soll.

##### **Konsequenz**

Gestaltungen, die alleine die Maximierung des Vorsteuerabzugs zum Ziel haben, sind daher, soweit nicht missbräuchlich, grundsätzlich zulässig. Eine eindeutige Aussage allerdings, wann ein Umsatz als missbräuchlich anzusehen ist, bieten die Urteile nicht, da der EuGH in den beiden ähnlich gestalteten Fällen einmal den Missbrauch als gegeben ansah und im anderen Fall nicht.

#### 12. Büroräume im Einfamilienhaus können wesentliche Betriebsgrundlage sein

##### **Einführung**

Eine Betriebsaufspaltung setzt eine sachliche und personelle Verflechtung zwischen Besitz- und Betriebsunternehmen voraus. Sachliche Verflechtung bedeutet, dass mindestens eine wesentliche Betriebsgrundlage durch das Besitzunternehmen dem Betriebsunternehmen überlassen werden muss. In vielen Fällen handelt es sich dabei um Grundstücke und Gebäude. Nach der Rechtsprechung der letzten Jahre sind nicht nur Produktionsgrundstücke, sondern in aller Regel auch Verwaltungsgebäude als wesentliche Betriebsgrundlagen anzusehen.

##### **Entscheidung**

Der BFH hat nun in konsequenter Fortsetzung dieser Rechtsprechung entschieden, dass auch einzelne Räume in einem normalen Einfamilienhaus, die an die Betriebs-GmbH vermietet werden, wesentliche Betriebsgrundlage sein können. Im Streitfall betrieben zwei Eheleute eine Unternehmensberatungsgesellschaft. Die GmbH hatte keine weiteren Mitarbeiter und neben den angemieteten Räumen kein weiteres Büro. Als entscheidenden Grund führten die BFH-Richter an, dass sich der Mittelpunkt der Geschäftsleitung in den angemieteten Räumen befand. Dass es sich dabei um ein „Allerweltsgebäude“ handelte, das auch nicht besonders für die Zwecke der GmbH hergerichtet war, war nach Ansicht des BFH ohne Bedeutung.

##### **Konsequenz**

Nach der nunmehr gefestigten Rechtsprechung dürften sämtliche Immobilien, die einer Betriebsgesellschaft überlassen werden, als wesentliche Betriebsgrundlage anzusehen sein, wenn deren gemeiner Wert nicht ausnahmsweise unter 20.500 EUR liegt. Um eine Betriebsaufspaltung zu verhindern, bleibt daher allein die Vermeidung einer personellen Verflechtung.

#### 13. Verpachtete Tankstellen keine Betriebsstätten des Mineralölunternehmens

##### **Einführung**

Die Frage, ob eine unternehmerische Betätigung den Charakter einer Betriebsstätte hat, ist nicht nur für Sachverhalte mit Auslandsbezug von Bedeutung. So ist die Gewerbesteuer auf sämtliche Städte und

Gemeinden zu verteilen, in denen das Unternehmen eine Betriebsstätte unterhält. Auch regionale Fördergesetze setzen häufig das Unterhalten einer Betriebsstätte in dem jeweiligen Fördergebiet voraus.

#### **Entscheidung**

In einem Fall, den kürzlich der BFH zu entscheiden hatte, hatte ein außerhalb des Fördergebiets ansässiges Mineralölunternehmen Sonderabschreibungen nach dem Fördergebietsgesetz auf Wirtschaftsgüter vorgenommen, die in verpachteten Tankstellen auf dem Gebiet der ehemaligen DDR eingesetzt waren. Der BFH hat die Sonderabschreibungen nicht anerkannt, weil er die Tankstellen lediglich als Betriebsstätten des Pächters, nicht jedoch des Verpächters angesehen hat. Die Tankstellenpächter sind danach zwar als Subunternehmer des Verpächters anzusehen, es fehlte jedoch an einer eigenen nachhaltigen Tätigkeit des Verpächters an den jeweiligen Tankstellen.

#### **Konsequenz**

Das Urteil betraf die inzwischen abgeschafften Fördergebietsabschreibungen. Denselben Sachverhalt hatte der BFH jedoch bereits zuvor mit gleichem Ergebnis für die Investitionszulage entschieden. Hierfür ist das Urteil auch weiterhin von Bedeutung. Um in ähnlich gelagerten Fällen Investitionszulage beanspruchen zu können, bestehen also nur zwei Möglichkeiten: Das Mineralölunternehmen muss entweder auf den Tankstellen eine eigene nachhaltige unternehmerische Betätigung ausüben, die über das reine Verpachten hinausgeht, oder die Investitionen über eine Gesellschaft durchführen, die selbst im Fördergebiet ansässig ist.

### **14. Rückzahlung der Einlage an stillen Gesellschafter**

#### **Einführung**

Veräußerungsgewinne von Wirtschaftsgütern, die ein Steuerpflichtiger in seinem Privatvermögen hält, unterliegen regelmäßig nicht der Besteuerung. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz bilden die sog. privaten Veräußerungsgeschäfte nach § 23 EStG. Danach liegt ein steuerpflichtiger Veräußerungsgewinn vor, wenn der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als ein Jahr (bei Grundstücken zehn Jahre) beträgt. Im Einzelfall kann streitig sein, was als Veräußerung in diesem Sinne anzusehen ist.

#### **Entscheidung**

Im Streitfall, den der BFH jüngst zu entscheiden hatte, hatte der Kläger eine typisch stille Beteiligung an einer GmbH zu einem Preis erworben, der deutlich unter dem Nominalbetrag der Einlage lag. Unmittelbar nach dem Erwerb kündigte er die stille Gesellschaft vertragsgemäß zum Jahresende und vereinbarte das Auseinandersetzungsguthaben in Höhe des Nominalbetrags. Das Finanzamt wollte den Unterschiedsbetrag zwischen Nominalbetrag und Anschaffungskosten als Veräußerungsgewinn versteuern. Der BFH ist dieser Auffassung nicht gefolgt. Nach Auffassung der Richter stellen die Kündigung und Auseinandersetzung der stillen Gesellschaft keine Veräußerung dar, weil der stille Gesellschafter nur das erhalte, was ihm schon vor der Auseinandersetzung wirtschaftlich zuzuordnen war. Auch sonst erfasse das Gesetz Kapitalrückzahlungen nicht als entgeltliche Veräußerungsgeschäfte, sondern stelle sie nur in Ausnahmefällen diesen gleich.

#### **Konsequenz**

Das Urteil dürfte nicht nur für den Fall der stillen Gesellschaft Auswirkungen haben. Der Urteilsbegründung könnte man entnehmen, dass der BFH auch den Fall der Einziehung einer Forderung nicht als entgeltlichen Veräußerungsvorgang ansieht und damit evtl. von seiner bisherigen Rechtsprechung abrückt. Damit könnten sich interessante Gestaltungsmöglichkeiten für die Übertragung wertgeminderter Forderungen ergeben. Es bleibt allerdings abzuwarten, ob die Finanzverwaltung das Urteil allgemein anwendet, mit einem Nichtanwendungserlass belegt oder sogar eine rechtsprechungsbrechende Gesetzesänderung anstrebt.

### **15. Investitionszulage für hergestelltes Gebäude setzt kein Eigentum voraus**

#### **Kernproblem**

Für in den „neuen“ Bundesländern (Fördergebiet) getätigte betriebliche Investitionen steht dem Steuerpflichtigen unter bestimmten Voraussetzungen eine Investitionszulage zu. Nach dem InvZuG begünstigt

te Investitionen sind sowohl Anschaffung oder Herstellung neuer beweglicher Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens als auch von Gebäuden, die mindestens fünf Jahre in einem begünstigten Betrieb verwendet werden. Der BFH hatte die Frage zu entscheiden, ob die Gewährung der Investitionszulage nach dem InvZulG 1999 für die Herstellung eines Gebäudes das bürgerlich-rechtliche oder wirtschaftliche Eigentum des Herstellers am Gebäude voraussetzt. Im Streitfall wurde ein Büroneubau auf dem Grundstück der Ehefrau errichtet.

### **Rechtslage**

Soweit die Anschaffung oder Herstellung von neuen abnutzbaren beweglichen Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens gefördert wird, hat der BFH in seiner Rechtsprechung gefolgert, dass der Investor bürgerlich-rechtlicher oder mindestens wirtschaftlicher Eigentümer sein muss. Dagegen setzt die Investitionszulage für Erhaltungsarbeiten an einem Gebäude (Begünstigung zuletzt nach dem InvZulG 1999 möglich) nicht zwingend zivilrechtliches oder wirtschaftliches Eigentum voraus. Vielmehr sind auch Nießbraucher und Mieter begünstigt. Die Verwaltung wendet die Entscheidung des BFH jedoch über den entschiedenen Einzelfall hinaus auf Mieter nicht an.

### **Entscheidung**

Wie der BFH festgestellt hat, setzt keines der Tatbestandsmerkmale des InvZulG das wirtschaftliche Eigentum des Investors voraus, soweit die Herstellung neuer Gebäude gefördert wird. Während die Anschaffung eines Gebäudes als Erwerb des zivilrechtlichen oder wirtschaftlichen Eigentums zu verstehen ist, sind Hersteller und Eigentümer einer Sache nicht notwendig identisch. Denn Herstellung bezeichnet die Schaffung einer Sache, d. h. einen tatsächlichen Vorgang, und nicht die vermögensrechtliche oder wirtschaftliche Beziehung zwischen Hersteller und Gegenstand. Voraussetzung ist somit nur, dass dem Hersteller die AfA-Berechtigung zusteht, wie das im Ertragsteuerrecht bei Gebäuden auf fremdem Grund und Boden der Fall ist. Die Investitionszulage war daher zu gewähren.

### **Konsequenz**

Das Investitionszulagengesetz ist seit seiner Schaffung im Jahr 1991 mit dem InvZulG 2007 in seine 4. Gesetzesfassung gegangen. Obwohl sich die Entscheidung des BFH auf das InvZulG 1999 bezieht, bleibt die Entscheidung für die Zukunft relevant, weil auch nach der aktuellen Gesetzesfassung die Herstellung neuer Gebäude begünstigt bleibt.

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

### **1. Verbindliche Auskunft wird gebührenpflichtig**

#### **Kernproblem**

Bevor komplexe Verträge, wie z. B. die Umstrukturierung von Unternehmen, in die Tat umgesetzt werden können, müssen die steuerlichen Konsequenzen eindeutig feststehen. Das Finanzamt erteilt hierüber auf Antrag eine verbindliche Auskunft. Diese Auskunft wird ab sofort kostenpflichtig.

#### **Bisherige Rechtslage**

Einen Antrag auf verbindliche Auskunft kann stellen, wer daran wegen erheblicher steuerlicher Auswirkungen ein besonderes Interesse hat. Beurteilt werden nur noch nicht verwirklichte Sachverhalte. Der Steuerpflichtige muss seinen eigenen Rechtsstandpunkt darlegen und konkrete Rechtsfragen stellen, die das Finanzamt rechtsverbindlich beantwortet.

Eine gesetzliche Regelung existiert hierzu erst seit dem 12.9.2006. Schon im Dezember 2006 wurde diese Vorschrift um weitere drei Absätze ergänzt, die die Gebührenpflicht der verbindlichen Auskunft regeln.

#### **Rechtslage ab sofort**

Für die Erteilung einer verbindlichen Auskunft werden Gebühren erhoben, die sich nach dem Wert bemessen, den die Auskunft für den Steuerpflichtigen hat. Der Antragsteller muss diesen Gegenstandswert selbst berechnen. Nur wenn der Wert völlig unzutreffend ist, darf die Behörde ihn schätzen. Die Gebühren betragen bei einem Gegenstandswert von

20.000 EUR	-	265 EUR
50.000 EUR	-	456 EUR
100.000 EUR	-	856 EUR
250.000 EUR	-	1.756 EUR
500.000 EUR	-	2.956 EUR,

mindestens 121 EUR und maximal 91.456 EUR bei einem Gegenstandswert von 30 Mio. EUR.

Kann kein Gegenstandswert ermittelt werden, beträgt die Gebühr pro halbe Stunde Bearbeitungszeit 50 EUR, mindestens werden 100 EUR abgerechnet.

### **Konsequenz**

Echte Alternativen zur verbindlichen Auskunft gibt es bei dem immer komplexer werdenden deutschen Steuerrecht nicht. Der Antragsteller muss die Gebühren von vorneherein einkalkulieren.

Unverbindliche Stellungnahmen der Finanzverwaltung sind nach wie vor kostenlos.

## **2. Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bei GmbH-Anteilen**

### **Kernproblem**

Die Veräußerung von GmbH-Anteilen ist steuerpflichtig, wenn der Veräußerer innerhalb der letzten 5 Jahre am Kapital der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar zu mindestens 1 % beteiligt war. Liegt die Beteiligung unter 1 %, ist ein etwaiger Veräußerungsgewinn – außerhalb der Spekulationsfrist – steuerfrei.

### **Sachverhalt**

Ein Steuerpflichtiger hat Anteile an einer GmbH in 2 Tranchen veräußert. Die 1. Tranche führte zu einem steuerpflichtigen Gewinn; die 2. Veräußerung nach Ablauf von 5 Jahren sollte dagegen steuerfrei sein, da die Voraussetzungen des damaligen § 17 EStG nicht mehr erfüllt waren. Das Finanzamt sah in den 2 Tranchen einen einheitlichen Veräußerungsvorgang; die Aufspaltung stelle einen Missbrauch steuerlicher Gestaltungsmöglichkeiten dar und sei insoweit nicht anzuerkennen.

### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof hat dem Finanzamt Recht gegeben. Nach seiner Auffassung liegt bereits dann ein steuerpflichtiger Verkauf von GmbH-Anteilen vor, wenn die wirtschaftliche Inhaberschaft an den GmbH-Anteilen auf den Erwerber übergeht. Dieser Übergang liegt jedenfalls dann vor, wenn der Käufer des Anteils

- aufgrund eines (bürgerlich-rechtlichen) Rechtsgeschäfts eine rechtlich geschützte, auf den Erwerb des Rechts gerichtete Position erworben hat, die ihm gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden kann, und
- die mit dem Anteil verbundenen wesentlichen Rechte sowie
- das Risiko einer Wertminderung und die Chance einer Wertsteigerung auf ihn übergegangen sind.

Diese Kriterien müssen nicht zwingend in vollem Umfang erfüllt sein (Gesamtbildbetrachtung).

### **Konsequenz**

Seit der Absenkung der Wesentlichkeitsgrenze auf 1 Prozent wird eine zweiteilige Veräußerung von GmbH-Anteilen nur noch in Einzelfällen lohnend sein. Für diese Einzelfälle hat der Bundesfinanzhof jetzt aber Kriterien aufgestellt, an denen sich der Steuerpflichtige und sein Berater entlangbewegen können.

## **3. Schwangerschaft alleine kein ausreichendes Indiz für Diskriminierung**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Bereits das „bisherige“ Arbeitsrecht schützte die Arbeitnehmer vor Ungleichbehandlungen durch ihren Arbeitgeber. Rechtsgrundlage war regelmäßig der grundrechtlich gesicherte Allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz. In letzter Konsequenz steht dem sich benachteiligt fühlenden Arbeitnehmer die Klage vor dem Arbeitsgericht zur Verfügung. Zur Abwehr von Ungleichbehandlungen von Männern und Frauen

am Arbeitsplatz sah das bisherige Arbeitsrecht bereits besondere gesetzliche Regelungen vor. Diese bisher bestehenden gesetzlichen Regelungen werden seit August dieses Jahres durch die noch weitergehenden Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes ergänzt, die jegliche Diskriminierung verhindern sollen und insbesondere auf das Gebiet des Arbeitsrechts ausstrahlen. Noch unter Anwendung der alten Rechtslage, aber mit Ausblick auf die Neuregelungen hatte das Landesarbeitsgericht Berlin über die Frage zu entscheiden, ob eine Schwangerschaft per se geeignet sei, eine Ungleichbehandlung zu begründen.

### **Entscheidung**

Das Landesarbeitsgericht Berlin hatte konkret über den Fall einer Schwangeren zu entscheiden, die sich um eine höhere Position beworben hatte. Zu diesem Zeitpunkt war sie bereits schwanger und wurde von ihrem Arbeitgeber nicht befördert. Die Stelle wurde stattdessen mit einem männlichen Kollegen besetzt. Dabei nahm die Begründung des Arbeitgebers, mit der er die Nichtberücksichtigung rechtfertigte, auch auf die familiäre Situation der Schwangeren Bezug. In erster Instanz hatte die Schwangere mit ihrer Schadensersatzklage gewonnen. Das Landesarbeitsgericht entschied unter Aufhebung des Urteils aus der ersten Instanz, dass die Schwangerschaft alleine kein ausreichendes Indiz für eine geschlechtsspezifische Diskriminierung sei. Dem stünde auch nicht die Bezugnahme auf die familiäre Situation in der Begründung der Nichtberücksichtigung entgegen, da sie im Gesamtzusammenhang nicht auf die Besetzungsentscheidung bezogen gewesen sei. Die für den Anspruch der Schwangeren wenigstens erforderliche Mitursächlichkeit der Schwangerschaft für die Besetzungsentscheidung liege nicht vor.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung gibt ein Stück weit Rechtssicherheit in Diskriminierungsfragen. Das gilt jedenfalls für die Privatwirtschaft; im öffentlichen Dienst und im Geltungsbereich des BAT gelten abweichende gesetzliche Regelungen. Deutlich wird, dass eine Diskriminierung regelmäßig nicht vorliegen wird, wenn ein sachlicher Grund die Bevorzugung eines Arbeitnehmers rechtfertigt. Entscheidend ist, dass der Arbeitgeber das von ihm ausgeübte Ermessen bei der Ungleichbehandlung nicht mit personen-, geschlechts- oder rassenbedingten Merkmalen begründet. Der Arbeitnehmer hat einen Auskunftsanspruch im Hinblick auf die Begründung der Ungleichbehandlung.

## **4. Amtsniederlegung eines GmbH-Geschäftsführers – Nachweis des Zugangs der Niederlegung**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Der Geschäftsführer einer GmbH wird durch die Gesellschafterversammlung in sein Amt bestellt. Grundsätzlich obliegt es auch der Gesellschafterversammlung, ihn seines Amtes wieder zu entheben. Dies kann die Gesellschafterversammlung ungeachtet der Regelungen des rein schuldrechtlichen Anstellungsvertrags des Geschäftsführers dem Grunde nach jederzeit tun. In Situationen, in denen der Geschäftsführer sein Amt aus eigener Entscheidung heraus nicht mehr wahrnehmen will – beispielsweise, weil er Weisungen der Gesellschafterversammlung nicht nachkommen will oder die Gesellschafterversammlung ihn gegen seinen Wunsch nicht abberuft –, sieht das Gesetz vor, dass der Geschäftsführer sein Amt niederlegen kann. Dies ist jedenfalls möglich, solange dadurch keine Schäden zu Lasten der Gesellschaft entstehen oder eine Amtsniederlegung zur Unzeit erfolgt. Nicht nur um die eigene Haftung auszuschließen, sondern aus zwingender Gesetzespflicht muss die Amtsniederlegung zum Handelsregister angemeldet und dort eingetragen werden. Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main hatte in einer jüngeren Entscheidung darüber zu befinden, ob die Amtsniederlegung eines GmbH-Geschäftsführers ins Handelsregister eingetragen werden kann, wenn zweifelhaft ist, ob die Amtsniederlegung den Gesellschaftern ordnungsgemäß mitgeteilt worden ist.

### **Entscheidung**

Das Gericht hatte konkret darüber zu befinden, ob der Gesellschafter-Geschäftsführer einer Zweipersonen-GmbH den Nachweis des Zugangs seines Amtsniederlegungsschreibens beim anderen Gesellschafter durch eine Eidesstattliche Versicherung ersetzen konnte. Das Oberlandesgericht, wie schon die Vorinstanz, hielt dies für nicht zulässig und lehnte die Eintragung der Amtsniederlegung ab. Entsprechend dem eindeutigen Gesetzeswortlaut sind der Eintragungsanmeldung die Urkunden über die Amtsniederlegung beizufügen. Da das Registerverfahren den expliziten Urkundsnachweis fordere, sei dessen bloße Glaubhaftmachung nicht ausreichend, selbst wenn sie in der besonderen Form der Eidesstattli-

chen Versicherung erfolge. Erforderlich sei der Nachweis über den Zugang der Amtsniederlegung, die empfangsbedürftige Willenserklärung ist, durch Urkunde.

#### **Konsequenz**

Auch wenn die Entscheidung in Ansehung der als Ersatz für den Zugangsnachweis angebotenen Eidesstattlichen Versicherung, die für den Fall ihrer Unrichtigkeit strafbewehrt ist, formalistisch anmutet, ist ihr im Kern zuzustimmen. Die Amtsniederlegung, jedenfalls wenn es wie hier nur einen Geschäftsführer gibt, muss den anderen Gesellschaftern positiv bekannt sein, um einen neuen Geschäftsführer bestellen zu können. Positive Kenntnis kann aber nur dann unterstellt werden, wenn der positive Nachweis des Zugangs der Amtsniederlegung erbracht ist. Im Ergebnis muss der alleinige Geschäftsführer seine Amtsniederlegung vorzugsweise gegen Quittung übergeben.

### **5. Kleinbetragsrechnungen**

#### **Einführung**

Zum 1.1.2007 wird die Grenze für Kleinbetragsrechnungen von 100 EUR auf 150 EUR angehoben.

#### **Neue Verwaltungsauffassung**

Das BMF stellt klar, dass die erhöhte Grenze für alle Umsätze anzuwenden ist, bei denen die Leistung nach dem 31. Dezember 2006 ausgeführt wird.

#### **Konsequenz**

Wird das Entgelt vor dem 1. Januar 2007 für Umsätze vereinnahmt, die erst nach dem 31. Dezember 2006 ausgeführt werden, findet die erhöhte Grenze schon Anwendung.

### **6. Vorsteueraufteilung bei gemischt genutztem Gebäude**

#### **Einführung**

Wird ein Grundstück sowohl für Umsätze genutzt, die den Vorsteuerabzug zulassen, als auch für solche, die ihn ausschließen, so sind Vorsteuerbeträge, die auf das Objekt entfallen, aufzuteilen. Häufig gibt die Wahl des Aufteilungsmaßstabs Anlass für Rechtsstreitigkeiten mit der Finanzverwaltung.

#### **Entscheidung**

Der BFH hatte einen Fall zu beurteilen, in dem ein Unternehmer zunächst ein Gebäude für 1,5 Mio. DM erwarb und es anschließend für 10,3 Mio. DM umbaute und modernisierte. Das Unternehmen teilte die Vorsteuer für die gesamte Baumaßnahme nach dem Verhältnis der Nutzflächen auf. Die Finanzverwaltung vertrat die Auffassung, dass eine derartige Aufteilung nicht sachgerecht sei, da sich bei einer direkten Zuordnung der Kosten ein wesentlich geringerer Vorsteuerabzug ergab. Nach Ansicht des BFH ist hinsichtlich der Aufteilung der Vorsteuer zwischen der Herstellung eines Gebäudes bzw. anschaffungsnahen Aufwendungen einerseits und Erhaltungsaufwand andererseits zu differenzieren. Vorsteuerbeträge auf Herstellungskosten sind demnach nach einem Flächen- oder Umsatzschlüssel aufzuteilen. Eine direkte Zuordnung zu den unterschiedlich genutzten Gebäudeteilen (Investitionsschlüssel, räumliche Zuordnung) ist nicht zulässig. Vorsteuerbeträge auf Erhaltungsaufwendungen sind hingegen den Gebäudeteilen zuzuordnen, für die sie in Anspruch genommen werden. Zur Abgrenzung zwischen Herstellungskosten bzw. anschaffungsnahen Aufwendungen und Erhaltungsaufwand können die ertragsteuerlichen Grundsätze herangezogen werden. Den Umstand, dass die Umbaukosten ein Vielfaches des Kaufpreises betragen, wertete der BFH als Indiz, dass es sich insgesamt um Herstellungskosten handelte, so dass eine Aufteilung alleine nach Nutzflächen zu erfolgen hätte.

#### **Konsequenz**

Die Differenzierung zwischen Herstellungskosten und Erhaltungsaufwand hat damit nicht nur Bedeutung für die Ertragsteuern hinsichtlich der Frage, ob die Kosten mittels Abschreibungen über die Jahre zu verteilen oder in vollem Umfang direkt abzugsfähig sind, sondern beeinflusst auch über den anzuwendenden Aufteilungsmaßstab die Höhe der abzugsfähigen Vorsteuer. Dies kann zu Zielkonflikten führen, da eine ertragsteuerlich günstige Abgrenzung einen verringerten Vorsteuerabzug mit sich bringen kann und umgekehrt. Es empfiehlt sich daher vor derartigen Investitionen steuerlichen Rat einzuholen.

## 7. Vorsteuerabzug bei Publikumsgesellschaft

### **Einführung**

Vorsteuer für Aufwendungen, die mit der Ausgabe von gesellschaftsrechtlichen Anteilen in Verbindung stehen (z. B. Rechts- und Beratungskosten), sind nach der jüngsten Rechtsprechung des EuGH dann grundsätzlich abzugsfähig, wenn die Kapitalstärkung der allgemeinen wirtschaftlichen Tätigkeit des Unternehmens dient, der zum Vorsteuerabzug berechtigte Umsätze zu Grunde liegen.

Das BMF hat in einem neuen Schreiben zu diesen Urteilen Stellung genommen. Die Auffassung des BMF wird insoweit kritisiert, dass das BMF die auf die nichtunternehmerischen Aktivitäten einer im Übrigen unternehmerisch tätigen Gesellschaft entfallenden Vorsteuern aus der Ausgabe neuer Anteile nicht zum Abzug zulässt.

### **Neue Entscheidung**

Das Niedersächsische Finanzgericht hat nun dem EuGH einen vergleichbaren Fall zur Entscheidung vorgelegt. Hierbei hatte eine Publikumsgesellschaft Kapital durch die Ausgabe von Aktien und atypischen stillen Beteiligungen aufgebracht. Die Gesellschaft erwarb, verwaltete und verwertete Immobilien, Wertpapiere, Beteiligungen und sonstige Vermögensanlagen. Hinsichtlich der Beteiligungen an anderen Unternehmen sah das Finanzgericht, im Verfahren unstrittig, das Vorliegen eines nichtunternehmerischen Bereichs. Strittig waren hingegen die Rechtsfolgen hieraus. Das Finanzgericht vertritt die Auffassung, dass der Vorsteuerabzug aus Aufwendungen zur Aufnahme des neuen Kapitals, soweit diese auf den nichtunternehmerischen Teil entfielen, zu versagen sei. Die Aufteilung soll dabei nicht nach einem Umsatzschlüssel, wie vom BFH gefordert, sondern nach einem Investitionsschlüssel erfolgen. Das Unternehmen beantragt, die Vorsteuerbeträge nach dem Verhältnis der zum Vorsteuerabzug berechtigenden zu den gesamten Umsätzen aus der wirtschaftlichen Tätigkeit (d. h. ohne Dividendenerträge und Erträge aus Wertpapieren) aufzuteilen.

### **Konsequenz**

Es ist zu erwarten, dass der EuGH nun zu den umstrittenen Themen (Rechtsfolgen des nichtunternehmerischen Bereichs, Aufteilungsmaßstab) Stellung beziehen wird, sodass zukünftig Rechtssicherheit eintritt. Bis dahin sollten strittige Verfahren unter Verweis auf die Vorlage an den EuGH offen gehalten werden.