

# Gesamtthemenbrief

## Mandanteninformationen des Monats Februar 2009

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

Bitte lesen Sie im Einzelnen:

### Inhalt

#### **Privatbereich**

1. Zusammenveranlagung beschränkt steuerpflichtiger EU-Bürger?
2. Grenzgängereigenschaft bei nächtlichem Bereitschaftsdienst
3. Zufluss von Arbeitslohn bei gewandelten Aktien bei späterer Rückübertragung
4. Besteuerung der Altersrenten verfassungsmäßig
5. Entlassungsabfindung für einen in das Ausland verzogenen Arbeitnehmer: Beschränkte Steuerpflicht?
6. Verspätete Erhebung der Kündigungsschutzklage: Arbeitnehmer müssen sich Anwaltsverschulden zurechnen lassen
7. Steuerhinterziehung steht einer Restschuldbefreiung nicht entgegen
8. Einkommensteuer-Erstattungsanspruch bei Insolvenz
9. Scheinrenditen bei betrügerischem Schneeballsystem sind Einnahmen aus Kapitalvermögen

#### **Unternehmer und Freiberufler**

1. Fristlose Kündigung: Wann beginnt die Ausschlussfrist?
2. "Praktikanten" haben bei voller Arbeitsleistung einen Anspruch auf berufsübliche Bezahlung
3. Männer werden durch frauenfördernden Hinweis in Stellenausschreibungen nicht diskriminiert
4. Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit: Fehlende Einkunftserzielungsabsicht
5. Aufwendungen für Mahlzeiten bei Fortbildungsveranstaltungen: Ansatz mit tatsächlichen Werten
6. Mahnbescheid ohne Individualisierung mehrerer Einzelforderungen bewirkt keine Verjährungshemmung
7. Kein Vorsteuerabzug bei ungenauer Leistungsbeschreibung in Rechnungen
8. Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann unter ihrer Bezeichnung in das Grundbuch eingetragen werden
9. Übernahme von Geldbußen durch den Arbeitgeber: Arbeitslohn

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

1. Arbeitsbescheinigung stellt grundsätzlich keine Kündigungserklärung dar
2. Verstoßen sachgrundlose Befristungen mit älteren Arbeitnehmern gegen das EU-Recht?
3. Überführung von Wirtschaftsgütern in ausländische Betriebsstätten unterliegt keiner Pflicht zur Steuerentstrickung
4. Vorsicht bei Anteilsveräußerungen kurz vor Jahresende
5. Umwandlung einer Anstalt des öffentlichen Rechts in eine GmbH

6. Verkauf von Anteilen an einer US-Kapitalgesellschaft: Berücksichtigung des Veräußerungsverlustes
7. Verdachtskündigung setzt umfangreiche Sachverhaltsaufklärung durch den Arbeitgeber voraus
8. GmbH in der Krise: Haftung des Geschäftsführers für Steuerausfälle
9. Geschäftsführer haften vollumfänglich für Barabhebungen entgegen der Interessen der GmbH
10. Unterlassene Geltendmachung von Rückzahlungsansprüchen durch GmbH-GF löst keine neue Verjährungsfrist aus
11. Pauschbeträge für unentgeltliche Wertabgaben
12. Nachweis innergemeinschaftlicher Lieferungen
13. BaFin: Factoring und Finanzierungsleasing sind seit dem 1.1.2009 erlaubnispflichtig
14. Geschäftsveräußerung im Ganzen: Wer schuldet was?
15. Zuschreibung auf Beteiligung ist gewerbesteuerpflichtig
16. Auch Pensionserhöhung muss 10 Jahre erdient werden
17. Personenbedingte Kündigung eines studentischen Arbeitnehmers bei Exmatrikulation

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

### 1. Zusammenveranlagung beschränkt steuerpflichtiger EU-Bürger?

#### **Problemstellung**

EU/EWR-Bürger, die den überwiegenden Teil ihrer Einkünfte in Deutschland erzielen, werden wie unbeschränkt Steuerpflichtige behandelt. Sind diese Steuerpflichtigen verheiratet, kann eine Zusammenveranlagung beantragt werden. Voraussetzung für diese Besteuerung ist die Einhaltung einer relativen (90 % der Welteinkünfte werden in Deutschland besteuert) bzw. einer absoluten (nicht mehr als 7.664/15.328 EUR Einkünfte fallen im Ausland an) Einkünftegrenze.

#### **Urteil des BFH**

Der BFH hat jetzt bestätigt, dass die Höhe der relevanten Einkünfte nach deutschem Recht zu bestimmen ist. Steuerfreistellungen nach ausl. Recht berechtigen nicht zu einer Kürzung der absoluten Einkünftegrenze. Ausnahmen hiervon gelten nur bei Steuerbefreiungen, die sowohl im Inland als auch im Ausland gelten.

### 2. Grenzgängereigenschaft bei nächtlichem Bereitschaftsdienst

#### **Rechtsfrage**

Nach dem DBA Schweiz werden Grenzgänger grundsätzlich im Ansässigkeitsstaat besteuert. Voraussetzung für die Anwendung der Grenzgängerregelung nach Art. 15a DBA ist darüber hinaus, dass der Arbeitnehmer nicht an mehr als 60 Arbeitstagen im Kalenderjahr seiner Wohnung aufgrund der Arbeitsausübung fern bleibt.

#### **Urteil**

Im jetzt vom BFH beurteilten Sachverhalt ging es um eine Erzieherin mit Wohnsitz in Deutschland, die abweichend von der Grenzgängerregelung im Abkommen in der Schweiz besteuert werden wollte. Sie musste Bereitschaftsdienste leisten und hatte während dieser Dienste am Standort des Arbeitgebers übernachtet. Bei der Berechnung der 60-Tage-Frist hatte sie den Tag des Dienstantritts und des Dienstschlusses zusammengerechnet. Dem folgte der BFH mit Hinweis auf ein Verhandlungsprotokoll zum Abkommen nicht. Hiernach wird bei Bereitschaftsdiensten eine Rückkehr an den Wohnort fingiert.

### 3. Zufluss von Arbeitslohn bei gewandelten Aktien bei späterer Rückübertragung

#### **Kernproblem**

Die Einräumung von Aktien, Aktienoptionen oder Wandelschuldverschreibungen ist für den

Arbeitnehmer häufig mit Sperr- bzw. Haltefristen verbunden. Unstrittig ist, dass diese vermögenswerte Sachzuwendung Arbeitslohn darstellen. Immer wieder strittig ist die Frage, wann der geldwerte Vorteil dem Arbeitnehmer zugeflossen und damit zu versteuern ist.

#### **Sachverhalt**

Ein Arbeitnehmer hat Wandelschuldverschreibungen seines Arbeitgebers gezeichnet und diese in Aktien umgewandelt (1,45 DM/Aktie). Aufgrund einer Verfallklausel war er für den Fall der Auflösung des Arbeitsverhältnisses zur Rückübertragung der Aktien verpflichtet. Dies geschah mit Auflösung des Arbeitsvertrages - das Unternehmen verzichtete jedoch auf die Rückübertragung eines Teils der Aktien (Wert zum Zeitpunkt des Ausscheidens: 17,99 DM/Aktie). Das FA und auch das FG Köln sahen hierin eine steuerpflichtige Abfindung in Höhe der Differenz zwischen 17,99 DM und 1,45 DM (insgesamt 413.500 DM). Der geldwerte Zufluss sei in dem Zeitpunkt zugeflossen, in dem der Arbeitgeber auf die Rückübertragung der Aktien verzichtet habe.

#### **Entscheidung**

Der BFH ist dieser Auffassung nicht gefolgt. Der geldwerte Vorteil fließt in dem Zeitpunkt zu, in dem der Anspruch auf Verschaffung der wirtschaftlichen Verfügungsmacht über die Aktien erfüllt wird. Dem steht nicht entgegen, wenn der Arbeitnehmer die Aktien aufgrund von Sperr- oder Haltefristen für eine bestimmte Zeit nicht veräußern kann. Dies gilt selbst dann, wenn die Aktien unter der auflösenden Bedingung einer Rückzahlungsverpflichtung (§ 158 Abs. 2 BGB) stehen. Auch der Eintritt der Bedingung (sog. Istprinzip) hat keinen Einfluss auf den obigen Zuflusszeitpunkt.

#### **Konsequenz**

Der Urteilstenor entspricht der bisherigen Rechtsprechung des BFH. Entscheidend für den Zufluss ist die Verschaffung der wirtschaftlichen Verfügungsmacht, unabhängig von etwaigen Sperr- oder Haltefristen bzw. auflösenden Bedingungen.

### 4. **Besteuerung der Altersrenten verfassungsmäßig**

#### **Kernproblem**

Zum 1.1.2005 ist die Besteuerung der Alterseinkünfte neu geregelt worden. Die Renten der gesetzlichen Rentenversicherung und der berufsständischen Versorgungswerke werden erst bei Zufluss vollständig versteuert (sog. nachgelagerte Besteuerung). In der Übergangszeit bis 2040 wird der steuerpflichtige Anteil kontinuierlich erhöht. Für die Höhe des steuerpflichtigen Rentenanteils ist das Jahr des Renteneintritts entscheidend; etwaige Rentenerhöhungen sind voll steuerpflichtig.

#### **Sachverhalt**

Gegen die Neuregelung klagte ein selbständig tätiger Rechtsanwalt. Seine Rente wurde anstelle mit 27 bis 29 % nunmehr mit 50 % der Besteuerung unterworfen. Seiner Meinung nach verstößt die gleiche Besteuerung seiner Altersrenten im Vergleich zu der eines früheren angestellten Rentners gegen den Gleichheitsgrundsatz. Begründet hat er dies damit, dass seine früher geleisteten Altersvorsorgeaufwendungen eine geringere steuerliche Entlastung erfahren hätten.

#### **Entscheidung**

Mit seiner Entscheidung hat der BFH die Umstellung auf die nachgelagerte Besteuerung von Alterseinkünften verfassungsrechtlich für zulässig gehalten. Gleiches gilt für die Übergangsregelung. Es handele sich um die Regelung komplexer Lebenssachverhalte, bei denen dem Gesetzgeber größere Typisierungen und Generalisierungen zugestanden werden müssten.

#### **Konsequenz**

Es ist zu erwarten, dass die Finanzverwaltung ihren bisherigen Vorläufigkeitsvermerk nunmehr aufheben wird. Zu beachten ist jedoch, dass der BFH zwar grundsätzlich keine verfassungsrechtlichen Bedenken sieht. Dies aber unter der Einschränkung: "sofern nicht gegen das Verbot der Doppelbesteuerung verstoßen wird". Insoweit ist in Einzelfällen zu prüfen, ob nicht eine Doppelbesteuerung vorliegt, weil bspw. freiwillige, nicht steuermindernde Zusatzzahlungen geleistet worden sind.

## 5. Entlassungsabfindung für einen in das Ausland verzogenen Arbeitnehmer: Beschränkte Steuerpflicht?

### Kernproblem

Scheidet ein Arbeitnehmer auf Veranlassung des Arbeitgebers aus den Diensten einer Gesellschaft vorzeitig aus, erhält er dafür i. d. R. eine Abfindung. Die steuerliche Behandlung dieser Zahlung hängt entscheidend davon ab, wofür sie gezahlt wird. Eine steuerlich begünstigte Entschädigung konnte in reinen Inlandsfällen nur dann gezahlt werden, wenn mit der Zahlung der Verlust zukünftiger Einnahmen abgegolten werden sollte. Die Begleichung bereits erdienter Ansprüche wurde steuerlich nicht begünstigt. Ist der Empfänger einer Abfindungszahlung vor Leistung ins Ausland verzogen, stellt sich die Frage, ob die Abfindung in Deutschland - mangels Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt - überhaupt steuerpflichtig sein kann.

### Entscheidung

Der BFH hatte über einen Sachverhalt zu entscheiden, bei dem der Empfänger einer Abfindung vor der Zahlung des Abfindungsbetrages in die Schweiz umgezogen war. Er beurteilte in diesem Zusammenhang zunächst die Sachverhaltswürdigung des Umzuges durch das FG. Dieses hatte unter Würdigung der Gesamtumstände (persönlicher Bindungen am neuen Wohnort in der Schweiz, zeitnahe Anmeldung bei den Schweizer Behörden, Abschluss einer Krankenversicherung am neuen Wohnort, zeitnahe Aufnahme einer Tätigkeit in der Schweiz, deutlicher Rückgang des Stromverbrauchs in der in Deutschland für einen Übergangszeitraum noch vorhandenen Wohnung) sowohl einen Wohnsitz als auch einen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland verneint. Damit konnte die Abfindung nicht im Rahmen der unbeschränkten Steuerpflicht erfasst werden. Darüber hinaus war eine Erfassung im Rahmen von § 49 Abs. 1 Nr. 4 EStG als beschränkt steuerpflichtiger Bezug ebenfalls nicht möglich. Der BFH weist in diesem Zusammenhang aber auf die durch das StÄndG 2003 ab VZ 2004 geänderte Rechtslage hin. Danach sind Abfindungen grundsätzlich beschränkt steuerpflichtige Einkünfte, wenn die zuvor ausgeübte Tätigkeit der inländischen Besteuerung unterlag.

### Konsequenz

Abfindungen unterliegen nicht der unbeschränkten Steuerpflicht, wenn der Empfänger seinen Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt im Inland vor Zahlung aufgegeben hat. Sie gelten nach § 49 Abs. 1 Nr. 4d EStG ab dem VZ 2004 allerdings als beschränkt steuerpflichtige Einkünfte, wenn sie im Zusammenhang mit einer zuvor ausgeübten im Inland steuerpflichtigen Tätigkeit gezahlt werden.

## 6. Verspätete Erhebung der Kündigungsschutzklage: Arbeitnehmer müssen sich Anwaltsverschulden zurechnen lassen

### Kernfrage/Rechtslage

Eine Kündigungsschutzklage ist nach dem Kündigungsschutzgesetz binnen dreier Wochen nach Zugang der Kündigung durch den Arbeitnehmer beim zuständigen Arbeitsgericht einzureichen. Die Klageerhebung kann durch den Arbeitnehmer persönlich erfolgen, er kann aber auch einen Rechtsanwalt mit der Klageerhebung beauftragen. Beauftragt er einen Rechtsanwalt sind dem Arbeitnehmer dessen prozessuale Handlungen, aber auch dessen prozessuales Unterlassen nach allgemeinen Regelungen des Prozessrechts zuzurechnen. Das Bundesarbeitsgericht hatte nunmehr darüber zu entscheiden, ob die wegen des Verschuldens der dreiwöchigen Klagefrist durch den Rechtsanwalt verspätet eingelegte Kündigungsschutzklage doch noch zuzulassen ist.

### Entscheidung

Die Klägerin hatte zwei Tage nach Erhalt einer Kündigung einen Rechtsanwalt mit der Erhebung der Kündigungsschutzklage beauftragt. Nachdem sie sich vier Wochen später nach dem Stand der Dinge erkundigte, teilte der Anwalt mit, er habe versehentlich die Klagefrist versäumt. Darauf hin entzog die Klägerin ihm das Mandat und beauftragte einen neuen Rechtsanwalt, der Klage einreichte und mit der Begründung, das Versehen des ersten Anwaltes sei der Klägerin nicht zuzurechnen, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragte. Die Klage wurde zuletzt durch das Bundesarbeitsgericht abgewiesen. Auch im Arbeitsgerichtsprozess muss sich der Mandant ein Verschulden seines Rechtsanwalts zurechnen lassen. Ein Versehen des Rechtsanwaltes führe auch nicht dazu, dass die grundsätzlich im Kündigungsschutzgesetz angelegte Möglichkeit der

nachträglichen Zulassung einer Klage eröffnet sei. Diese Möglichkeit bestünde nur, wenn trotz aller Sorgfalt eine rechtzeitige Klageerhebung nicht möglich gewesen wäre. Auch hier sei das Verschulden des Anwaltes zuzurechnen.

#### **Konsequenz**

Die Entscheidung ist eindeutig. Das Verschulden des Rechtsanwaltes wird dem Mandanten zugerechnet. Der Mandant ist in solchen Fällen auf den Schadensersatzanspruch gegen seinen Anwalt verwiesen.

### **7. Steuerhinterziehung steht einer Restschuldbefreiung nicht entgegen**

#### **Kernproblem**

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass eine Steuerhinterziehung keine die Restschuldbefreiung ausschließende vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung i. S. d. § 302 Nr. 1 InsO darstellt.

#### **Sachverhalt**

Der Kläger wurde wegen Hinterziehung von Umsatzsteuer und Gewerbesteuer aufgrund eines Strafbefehls rechtskräftig wegen Steuerhinterziehung gemäß § 370 AO verurteilt. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens meldete das Finanzamt neben weiteren Steuerforderungen die hinterzogenen Steuern nebst Zinsen und Säumniszuschlägen als Deliktsforderungen zur Tabelle an. Der Kläger stellte zwischenzeitlich einen Antrag auf Restschuldbefreiung und widersprach der Qualifikation der angemeldeten Forderungen als Deliktsforderungen. Nach einem Teilerlass der Säumniszuschläge wies das Finanzamt in einem Feststellungsbescheid die angemeldeten Forderungen als solche aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung i. S. d. § 302 Nr. 1 InsO aus.

#### **Entscheidung**

Eine Steuerhinterziehung als solche begründet keinen deliktischen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB. Vielmehr sind Steuer- und Haftungsansprüche eigenständige, dem öffentlichen Recht zugehörige Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis (§ 37 Abs. 1 AO), die anderen Bestimmungen unterliegen als die zivilrechtlichen Deliktsansprüche. Ferner kann der Straftatbestand der Steuerhinterziehung auch nicht als Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB eingestuft werden.

#### **Konsequenz**

Der Straftatbestand der Steuerhinterziehung stellt keine unerlaubte Handlung i. S. d. § 302 Nr. 1 InsO dar und steht einer Restschuldbefreiung mithin nicht entgegen.

### **8. Einkommensteuer-Erstattungsanspruch bei Insolvenz**

#### **Kernproblem**

Entsteht einmal beim Finanzamt ein Guthaben, ist derjenige erstattungsberechtigt, auf dessen Rechnung die Zahlung bewirkt worden ist. So lautet der Grundsatz, den der BFH in ständiger Rechtsprechung aufgestellt hat. Wer jedoch meint, damit seien alle Streitfragen ausgeräumt, sieht sich getäuscht. Probleme können insbesondere bei zerstrittenen Ehegatten oder Privatinsolvenz eines der Ehegatten zum Vorschein kommen, wenn es um die Erstattung von Einkommensteuerguthaben geht.

#### **Sachverhalt**

Das Finanzamt hatte für die zusammen zur Einkommensteuer veranlagten Eheleute Vorauszahlungen festgesetzt, welche die Ehefrau unter Angabe der gemeinsamen Steuernummer und des Verwendungszwecks "Einkommensteuer/Soli" beglich. Über das Vermögen des Ehemannes war das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Nachdem die Veranlagung der Eheleute zur Einkommensteuer für das betreffende Jahr eine Steuererstattung ergeben hatte, teilte das Finanzamt das Guthaben zwischen der Ehefrau und dem Insolvenzverwalter hälftig auf. Die Ehefrau beanspruchte mit ihrer Klage das gesamte Guthaben. Sie machte geltend, dass es sich trotz des unterbliebenen Hinweises im Zeitpunkt der Vorauszahlungen in Anbetracht der Insolvenz ihres Ehemannes von selbst verstanden habe, dass die von ihr geleisteten Zahlungen nur auf eigene Rechnung hätten bewirkt werden sollen.

#### **Entscheidung des BFH**

Der BFH sah das anders und verwies auf seine ständige Rechtsprechung. Bei nicht dauernd getrennt lebenden zusammenveranlagten Eheleuten könne das Finanzamt davon ausgehen, dass der auf die

gemeinsame Steuerschuld zahlende Ehegatte zugleich auch die Steuerschuld des anderen Ehegatten begleichen wolle. Etwas anderes gelte nur dann, falls er im Zeitpunkt der Zahlung eine andere Tilgungsabsicht bekundet habe. Fehle ein solcher Hinweis, müsse das Finanzamt keine Vermutungen über eine bestimmte wirtschaftliche Interessenlage auf Seiten der steuerpflichtigen Eheleute für den Fall anstellen, dass die Vorauszahlungen später zu einem Erstattungsanspruch führen. Auch im Streitfall könne es Gründe für den jeweils anderen geben, Steuervorauszahlungen auf Rechnung beider Eheleute zu bewirken. Die Entscheidung hierüber obliege den betroffenen Eheleuten. Dafür bedürfe es lediglich eines entsprechenden Hinweises an das Finanzamt im Zeitpunkt der Steuervorauszahlung, falls die Zahlung nur für Rechnung eines Ehegatten erfolgen sollte.

### **Konsequenz**

Der Fall zeigt auf, wie wichtig ein entsprechender Hinweis auf dem Überweisungsträger sein kann. Im Einzelfall können auch andere Möglichkeiten in Betracht kommen, um das Problem zu umgehen (z. B. getrennte Veranlagung).

## **9. Scheinrenditen bei betrügerischem Schneeballsystem sind Einnahmen aus Kapitalvermögen**

### **Kernproblem**

Als Opfer eines betrügerischen "Schneeballsystems" ist man ohnehin schon nicht zu beneiden. Haarg wird es, wenn dann auch noch der Fiskus zuschlägt. Denn nach Ansicht des BFH können die gutgeschriebenen "Scheinrenditen" Einnahmen aus Kapitalvermögen darstellen. Dies hat er jüngst noch einmal bestätigt.

### **Sachverhalt**

Die Kläger beteiligten sich mit insgesamt 110.000 DM an einer Gesellschaft, die mit angeblichen Börsentermingeschäften warb. Für die Anleger war eine Erfolgsbeteiligung von 70 %, für die Gesellschaft von 30 % vorgesehen. Tatsächlich betrieb die Gesellschaft ein sog. Schneeballsystem. Abgesehen von einer Anfangsphase wurden tatsächlich keine echten Börsengeschäfte getätigt, sondern den Anlegern wurden Gelder als "Renditen" ausgezahlt, die diese vorher selbst einbezahlt hatten. So erzielten die Kläger in den Streitjahren "Erträge" von insgesamt 1.404.284 DM. Zur Auszahlung gelangten davon in verschiedenen Jahren insgesamt 656.500 DM. Die nicht ausgezahlten Erträge von insgesamt 747.784 DM wurden den Klägern gutgeschrieben und von ihnen wiederum der Gesellschaft als Anlagekapital überlassen.

### **Entscheidung des BFH**

Der BFH geht davon aus, dass die Kläger Beteiligte einer stillen Gesellschaft geworden sind und dementsprechend Einkünfte hieraus erzielt haben. Nicht nur die tatsächlich ausgezahlten Zinsen seien ihnen als Kapitaleinnahmen zugeflossen und entsprechend zu versteuern, sondern auch die stehengelassenen, wiederangelegten Scheinrenditen. Der BFH hält an seiner ständigen Rechtsprechung fest und sieht es für entscheidend an, ob die Gesellschaft bei entsprechendem Verlangen des Anlegers zur Auszahlung der gutgeschriebenen "Renditen" fähig gewesen wäre. Ob der Initiator eines Schneeballsystems bei einem etwaigen Auszahlungsbegehren eines Anlegers im Stande gewesen wäre, seine sämtlichen Verbindlichkeiten auf einmal auszuzahlen, sei ohne Bedeutung. Daran ändere auch ein Missverhältnis zwischen den tatsächlich zur Verfügung stehenden finanziellen Mitteln und den tatsächlich bestehenden Forderungen nichts.

## **Unternehmer und Freiberufler**

### **1. Fristlose Kündigung: Wann beginnt die Ausschlussfrist?**

#### **Kernfrage/Rechtslage**

Die außerordentliche Kündigung muss binnen zweier Wochen nach Kenntnis vom zur außerordentlichen Kündigung berechtigenden wichtigen Grund erfolgen. Die Zwei-Wochen-Frist ist eine Ausschlussfrist. Das heißt, geht die außerordentliche Kündigung dem Arbeitnehmer nicht

innerhalb von zwei Wochen zu, ist die Kündigung alleine deshalb unwirksam. Regelmäßig problematisch ist, wann die Zwei-Wochen-Frist zu laufen beginnt.

### **Entscheidung**

Der Arbeitnehmer wurde im vom BAG zu entscheidenden Fall unter anderem wegen Bestechlichkeit und Nötigung per Strafbefehl zu einer Freiheitsstrafe von 10 Monaten verurteilt. Am 4.11. übergab der Arbeitnehmer eine Kopie des Strafbefehls an den Arbeitgeber, am 18.11. fanden erste, erörternde Telefonate statt. Am 24.11. teilte der Arbeitnehmer mit, dass der Strafbefehl rechtskräftig geworden sei. Daraufhin wurde der Arbeitnehmer am 30.11. persönlich angehört und am 8.12. die fristlose Kündigung ausgesprochen. Hiergegen wandte sich der Arbeitnehmer mit der Begründung, die fristlose Kündigung sei verfristet und deshalb unwirksam. Der Arbeitgeber habe, nachdem er von dem Strafbefehl wusste, eigenständig ermitteln müssen, wann dieser rechtskräftig werde. Die Kündigungsfrist sei daher bereits am 18.11. angelaufen. Erst vor dem Bundesarbeitsgericht erhielt der Arbeitgeber, der auf die Kenntnis von der Rechtskraft des Strafbefehls abstellte, Recht. Die Ausschlussfrist beginne, wenn der Arbeitgeber eine zuverlässige und möglichst vollständig positive Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen habe, die ihm die Entscheidung über die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ermögliche. Dabei dürfe der Arbeitgeber seine Entscheidung vom endgültigen Ausgang eines Strafverfahrens abhängig machen, was erst mit Rechtskraft der Strafsentscheidung der Fall sei. Deshalb sei für Zwecke der Fristberechnung auf die Rechtskraft des Strafbefehls abzustellen.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung bringt jedenfalls dort, wo wegen einer Straftat die fristlose Kündigung ausgesprochen wird, Rechtsklarheit. In diesen Fällen beginnt die Zwei-Wochen-Frist mit Kenntnis des Arbeitgebers von der Rechtskraft der Entscheidung im Strafverfahren.

## **2. "Praktikanten" haben bei voller Arbeitsleistung einen Anspruch auf berufsbübliche Bezahlung**

### **Kernfrage/Ausgangslage**

Insbesondere in "überlaufenen" Branchen ist es üblich geworden, Tätigkeiten durch Praktikanten, die auf längere Zeit eingestellt werden, ausüben zu lassen. Üblicherweise werden hierzu ein Praktikumsvertrag geschlossen, dem Praktikanten aber Arbeitnehmertätigkeiten im laufenden Geschäftsablauf zugewiesen. Da das Praktikum bereits begrifflich im Rahmen bzw. im Vorfeld der Berufsausbildung erfolgt, wird keine übliche Vergütung gezahlt, sondern regelmäßig lediglich eine "Ausbildungspauschale", die deutlich unter der Vergütung einer vergleichbaren Arbeitskraft liegt. Das Arbeitsgericht Kiel hatte nunmehr darüber zu befinden, wie ein Praktikumsvertrag von einem Arbeitsvertrag abzugrenzen ist.

### **Entscheidung**

Geklagt hatte ein ehemaliger Praktikant, der für die Dauer eines Jahres ein Praktikum in einer Pflegeeinrichtung absolviert hatte und dem für den Fall, dass er sich bewähre, ein Ausbildungsplatz in Aussicht gestellt worden war. Grundlage des Praktikums war ein Praktikantenvertrag. Während des Praktikums war der Kläger in den Dienstplänen der Einrichtung geführt worden und hatte wie ein normaler Arbeitnehmer gearbeitet. Seine Vergütung für eine 38,5 Stunden-Woche betrug 200,00 EUR. Nachdem dem Kläger kein Ausbildungsplatz angeboten worden war, klagte er auf ausstehenden Lohn und zwar auf der Basis der vergleichbaren Vergütung eines normalen Angestellten und bekam vom Gericht Recht. Das Gericht begründete seine Auffassung damit, dass es für die Einordnung einer Tätigkeit als Praktikum nicht auf dessen Bezeichnung ankomme, sondern auf die tatsächliche Durchführung des Praktikums. Ein Praktikum sei stets auf eine Ausbildung gerichtet, der Ausbildungszweck stehe daher im Vordergrund. Werde der Praktikant aber wie ein weisungsgebundener Arbeitnehmer behandelt und in den Betrieb integriert, dann handele es sich um ein Arbeitsverhältnis für das eine übliche Vergütung zu zahlen sei.

### **Konsequenz**

Der Entscheidung des Arbeitsgerichts Kiel ist dem Grunde nach zuzustimmen. Sie folgt entsprechenden Entscheidungen anderer Arbeitsgerichte. Bezeichnend für die Entscheidung ist, dass das Gericht nicht auf die Sittenwidrigkeit der Vergütung abgestellt hat, sondern seine Entscheidung auf

die tatsächliche Durchführung der Tätigkeit stützt. Das macht es erforderlich, Praktikanten im täglichen Arbeitsprozess anders zu behandeln als einen Arbeitnehmer, auch wenn der Praktikant arbeitnehmergleiche Tätigkeiten durchführen muss.

### 3. **Männer werden durch frauenfördernden Hinweis in Stellenausschreibungen nicht diskriminiert**

#### **Kernfrage/Rechtslage**

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz sanktioniert die diskriminierende Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts. Im Arbeitsrecht greift der Schutzbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes bereits im Rahmen der Stellenausschreibung und der Bewerbungsphase ein. So kann ein abgelehnter Bewerber bei objektiver Geeignetheit und subjektiver ernsthaft gewollter Bewerbung den potentiellen Arbeitgeber verschuldensunabhängig auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, wenn alleine die Stellenausschreibung (= Stellenanzeige) diskriminierend war. Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf hatte nunmehr darüber zu entscheiden, ob eine Stellenanzeige, die graduell Frauen bevorzugt, eine Diskriminierung von Männern darstellen kann.

#### **Entscheidung**

Eine öffentliche Stelle hatte eine Stelle mit dem Hinweis, dass ein besonderes Interesse an der Bewerbung von Frauen bestehe, ausgeschrieben. Dies erfolgte vor dem Hintergrund, dass Frauen in dem Bereich, in die Stelle angesiedelt war, unterrepräsentiert waren. Für diese Fälle ist nach nordrhein-westfälischem Recht in der Ausschreibung darauf hinzuweisen, dass ein besonderes Interesse an der Bewerbung von Frauen bestehe. Der Kläger hatte sich auf die Stelle beworben und war abgewiesen worden. Nachdem die Stelle mit einer Frau besetzt worden war, klagte er seinen Entschädigungsanspruch mit der Begründung ein, der in der Stellenausschreibung enthaltene Hinweis stelle ein unzulässiges Ausschlusskriterium dar, dessentwegen er abgelehnt worden sei. Nachdem das Arbeitsgericht seiner Klage in Teilen stattgegeben hatte (der eingeklagte Entschädigungsanspruch war zu hoch), wies das Landesarbeitsgericht die Klage ab, ließ aber die Revision zum Bundesarbeitsgericht ausdrücklich zu. Zur Begründung führte das Landesarbeitsgericht aus, dass die Stellenausschreibung dem Grunde nach geschlechtsneutral ausgestaltet gewesen sei. Der in ihr enthaltene Hinweis stelle keine Diskriminierungshandlung dar, weil er gesetzlich vorgegeben und die gesetzliche Vorschrift ihrerseits nicht diskriminierend sei. Denn tatsächlich seien Frauen, in dem Bereich, in dem die Stelle angesiedelt war, unterrepräsentiert.

#### **Konsequenz**

Die Entscheidung hat wegen ihrer zugrunde liegenden Aussage weit reichende Konsequenzen. Diese lautet: Eine Bevorzugung von Bewerberinnen führt dann nicht zu einer unzulässigen Diskriminierung von Männern, wenn Frauen in dem jeweiligen Bereich insgesamt weniger vertreten sind. Es droht, dass nunmehr der umgekehrte Fall zur Regel wird, nämlich: Sind Frauen unterrepräsentiert und werden sie nicht eingestellt, liegt eine Diskriminierung vor. Vor diesem Hintergrund wird insbesondere die Revisionsentscheidung erwartet werden müssen.

### 4. **Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit: Fehlende Einkunftserzielungsabsicht**

#### **Kernproblem**

Ist die Tätigkeit eines Steuerpflichtigen dem Grunde nach einer einkommensteuerlichen Einkunftsart zuzuordnen, erfolgt diese jedoch ohne die Absicht der Erzielung positiver Einkünfte, so sind die Einkünfte nicht zu versteuern. Insoweit entstandene Verluste werden steuerlich nicht anerkannt.

#### **Sachverhalt**

Der Kläger machte in seiner Einkommensteuererklärung vorweggenommene Werbungskosten bei den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit geltend, die insgesamt zu einem negativen Gesamtbetrag der Einkünfte führten. Der Kläger hatte die angestrebte Tätigkeit tatsächlich später nicht ausgeübt. Im Rahmen einer Außenprüfung wurde die Berücksichtigung der vorweggenommenen Werbungskosten mit Hinweis auf das Vorliegen von Liebhaberei verwehrt, da nach Ansicht des Prüfers keine Überschusserzielungsabsicht des Klägers vorlag.

## Entscheidung

Der Bundesfinanzhof bestätigt, dass auch bei Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit eine Einkunftserzielungsabsicht fehlen kann und insoweit von einer steuerlich unbeachtlichen Liebhaberei auszugehen ist. Er nahm den vorliegenden Fall als Anlass, die im Rahmen der Totalüberschussermittlung zu berücksichtigenden erwartbaren Einnahmen aus nichtselbständiger Tätigkeit zu konkretisieren. Danach ist in die Zukunftsbetrachtung einnahmenseitig neben dem laufenden Gehalt und weiterer Gehaltsbestandteile (z. B. Zulagen, Aufwandsentschädigungen) auch das zu erwartende Ruhegehalt einzubeziehen. Ebenso sind etwaige Hinterbliebenenversorgungen einzurechnen. Für die Bestimmung des Verkehrswertes der Pensionsleistungen und etwaiger Hinterbliebenenversorgungen sind die aktuellen Sterbetafeln des Statistischen Bundesamtes zu Grunde zu legen, wobei eine Abzinsung des Verkehrswertes der lebenslänglichen Rentenzahlungen nicht vorzunehmen ist. In seiner Urteilsbegründung macht der BFH auch deutlich, dass die Überschusserzielungsabsicht nicht allein auf Grundlage der Ergebnisse der Totalüberschussprognose zu beurteilen ist. Auch bei einer negativen Totalüberschussprognose ist beim Steuerpflichtigen nur dann von Liebhaberei auszugehen, wenn weitere Beweisanzeichen die Feststellung zulassen, dass die verlustbringende nichtselbständige Tätigkeit lediglich aus persönlichen Gründen und Neigungen heraus angestrebt wurde.

## Konsequenz

Das Urteil verdeutlicht, dass eine Betätigung ohne Einkünfteerzielungsabsicht grundsätzlich bei allen Einkunftsarten möglich ist. Ob allerdings einkommensteuerlich tatsächlich unbeachtliche Liebhaberei vorliegt, ist nicht nur anhand objektiver Kriterien (Totalüberschussprognose) zu bestimmen. Als gleichwertig sieht der BFH die Voraussetzung an, dass der Steuerpflichtige die verlustbringende Tätigkeit aus im Bereich seiner Lebensführung liegenden persönlichen Gründen oder Neigungen ausübt.

## 5. Aufwendungen für Mahlzeiten bei Fortbildungsveranstaltungen: Ansatz mit tatsächlichen Werten

### Kernproblem

Erhält ein Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber Arbeitslohn, der nicht in Geld besteht (Wohnung, Kost, Waren und sonstige Sachbezüge), so richtet sich die Bewertung grds. nach dem "um übliche Preisnachlässe geminderten üblichen Endpreis am Abgabeort". Andere Bewertungsmethoden sind in der Praxis z. B. bei privater Nutzung eines Firmenwagens (1 % Regel) oder Personalrabatten vorzufinden. Für die vom Grundsatz betroffenen Sachbezüge hat der Gesetzgeber die sog. Sachbezugsverordnung entwickelt. Diese enthält eine Bewertung der Sachbezüge, die in der Praxis besonders häufig vorkommen (z. B. Verpflegung, Unterkunft, Wohnung). So beträgt der Ansatz für eine komplette Übernahme der Verpflegung durch den Arbeitgeber aktuell 2,73 EUR für ein Mittag- oder Abendessen und 1,53 EUR für ein Frühstück. Vor dem BFH war die Streitfrage anhängig, ob eine andere Bewertung vorzunehmen ist, wenn die Verpflegung nur für wenige Tage gewährt wird. Im Streitfall hatte ein Back-Shop sein Personal in dreitägigen Seminaren in einem Hotel geschult und die Verpflegung unentgeltlich gestellt. Das FA ermittelte den Arbeitslohn nach einer LSt-Außenprüfung nach der Sachbezugsverordnung (die tatsächlichen Aufwendungen betragen für ein Frühstück 3,60 EUR und das Mittagessen 11,75 EUR) und unterwarf diesen ohne Abzug der Lohnsteuer. Aber war das richtig, obwohl den Arbeitnehmern wegen der Abwesenheitszeiten steuerfreie Verpflegungspauschalen zugestanden hätten?

### Bisherige Rechtsprechung

Eine Ausnahme vom Ansatz des Sachbezugs als Arbeitslohn ohne weitere Prüfung von Steuerbefreiungen kommt nur dann in Betracht, wenn der Arbeitgeber die Aufwendungen für eine Verköstigung seiner Mitarbeiter in seinem ganz überwiegenden eigenbetrieblichen Interesse getätigt hat. Dies setzt voraus, dass die Speisen und Getränke anlässlich eines außergewöhnlichen Arbeitseinsatzes aus durch den Arbeitsablauf bedingten Gründen unentgeltlich überlassen werden. Es muss sich dabei um einen innerhalb einer kurzen Zeit zu erledigenden oder unerwarteten Arbeitsanfall handeln, so dass die Überlassung der Mahlzeit der Beschleunigung des Arbeitsablaufs dient. Trifft das nicht zu, schreibt eine Verwaltungsanweisung den Ansatz aus der Sachbezugsverordnung vor.

**Entscheidung des BFH**

Zunächst entschied der BFH, dass die anlässlich der Fortbildungsveranstaltung gewährten Mahlzeiten mit den tatsächlichen Werten (und nicht denen der Sachbezugsverordnung) anzusetzen sind. Nach der Rechtsprechung des Senats werden von der Verordnung nur Fälle erfasst, in denen die Verpflegung auf eine gewisse Dauer im üblichen Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als Teil des Arbeitslohns gewährt wird (d. h. nicht bei einmaligem Anlass). Sodann sind jedoch vor Prüfung der Freigrenze für Sachbezüge von zurzeit 44 EUR (kleiner Rabattdreibetrag) steuerfreie Bezüge (hier: Verpflegungsmehraufwand) abzuziehen. Die Steuerbefreiung für den Verpflegungsmehraufwand kommt auch dann zur Anwendung, wenn der Arbeitgeber nicht einen Geldbetrag, sondern die damit zu erlangende Leistung unmittelbar zuwendet.

**Konsequenz**

War auch die Bewertung der Mahlzeit nach tatsächlichen Werten ungünstiger, wurde dennoch nach Berücksichtigung von Verpflegungspauschalen und des Freibetrags von monatlich 44 EUR das gewünschte Ergebnis der Steuerfreiheit erreicht. Ist jedoch der Freibetrag durch andere Sachbezüge ausgeschöpft (z. B. Jobticket oder Benzingutschein), geht die Sache nicht mehr auf.

## 6. Mahnbescheid ohne Individualisierung mehrerer Einzelforderungen bewirkt keine Verjährungshemmung

**Kernproblem**

Die Zustellung eines Mahnbescheides, mit der ein Teilbetrag aus mehreren Einzelforderungen (Rückzahlung von Darlehen) geltend gemacht wird, hemmt die Verjährung nicht, wenn eine genaue Aufschlüsselung der Einzelforderungen unterblieben ist und die Individualisierung erst nach Ablauf der Verjährungsfrist im anschließenden Streitverfahren nachgeholt wird.

**Sachverhalt**

Die Beklagte hatte bei einer Bank 2 Konten, die am 10.12.1999 mit 1.116 DM (Endziffer 00) und 680.373 DM (Endziffer 01) im Soll standen und von der Bank am selben Tag gekündigt wurden. Die Klägerin betreibt ein Inkassounternehmen und forderte die Beklagte in 2004 ohne Erfolg auf, eine Hauptforderung von 347.928 EUR zu begleichen. Am 3.11.2004 beantragte die Klägerin den Erlass eines Mahnbescheides über einen Teilbetrag von 25.000 EUR und bezeichnete den Anspruch mit "Darlehensrückzahlung gemäß Kündigung vom 10.12.1999 bis 2.11.2004". Der Mahnbescheid wurde am 11.11.2004 zugestellt. Das LG wies die Klage ab, erst im Berufungsverfahren wurde das Begehren dahingehend genauer gefasst, dass mit der Teilklage zunächst die Forderung betreffend das Konto mit der Endziffer 00 und sodann die Hauptforderung betreffend das Konto mit der Endziffer 01 geltend gemacht werde. Das OLG gab der Klage statt, der BGH wies sie ab.

**Entscheidung**

Hinsichtlich des Anspruchs der Klägerin auf Darlehensrückzahlung nach §§ 607, 609 BGB a. F. ist Verjährung eingetreten. Der Anspruch ist mit der Kündigung der Kredite fällig geworden. Zwar betrug die Verjährungsfrist zunächst nach § 195 BGB a. F. 30 Jahre und hätte im Dezember 2029 geendet. Die aufgrund des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes seit dem 1.1.2002 geltende 3-jährige Regelverjährung war indes ab dem Inkrafttreten zu berechnen und endete am 31.12.2004. Auch trat durch die Zustellung des Mahnbescheides am 11.11.2004 keine Hemmung der Verjährung ein, weil die Ansprüche in Bezug auf den geltend gemachten Teilbetrag nicht ausreichend individualisiert waren: für die Beklagte ergab sich nicht, auf welche Forderung aus den beiden Bankkonten und in welcher Höhe die Klägerin den geforderten Teilbetrag beziehen wollte. Eine Hemmung ist auch nicht durch die im Berufungsverfahren nachgeholte Individualisierung eingetreten.

**Konsequenz**

Die nachträgliche Individualisierung eines Klageanspruchs kann die Zulässigkeit der Klage herbeiführen, entfaltet aber für die Verjährung keine Rückwirkung. Das gilt auch für die Geltendmachung eines Teilbetrags aus mehreren Einzelforderungen, wenn diese im Mahnbescheid nicht genau aufgeschlüsselt wurden.

## 7. Kein Vorsteuerabzug bei ungenauer Leistungsbeschreibung in Rechnungen

**Einführung**

Unternehmer müssen ordnungsgemäße Rechnungen vorlegen, wenn sie den Vorsteuerabzug geltend machen wollen. U. a. fordert das UStG die Bezeichnung der erbrachten Leistung. Ungenauigkeiten diesbezüglich führen zur Versagung des Vorsteuerabzugs.

**Neues Urteil**

Nach Ansicht des BFH reicht die Leistungsbeschreibung "für technische Beratung und Kontrolle im Jahr 1996" nicht aus, um den Vorsteuerabzug zu erhalten. Der Begriff technisch bezeichnet eine unbestimmte Vielzahl unterschiedlicher Leistungen und ist daher nicht genau genug. Auch fehlt eine Konkretisierung in zeitlicher Hinsicht, da für das gesamte Kalenderjahr abgerechnet wurde. Zusätzliche Nachweise, die die Erbringung der Leistung bestätigten, berücksichtigte der BFH nicht, da in den Rechnungen hierauf nicht Bezug genommen wurde.

**Konsequenz**

Nur Leistungsbeschreibungen in Rechnungen, die eine eindeutige Identifizierung der abgerechneten Leistung erlauben, berechtigen den Empfänger der Rechnung zum Vorsteuerabzug. Es ist allerdings zulässig, dass sich die genaue Leistungsbeschreibung nicht direkt aus der Rechnung, sondern aus ergänzenden Unterlagen ergibt. Dies setzt aber zwingend den Hinweis auf diese ergänzenden Unterlagen in der Rechnung voraus.

## 8. **Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann unter ihrer Bezeichnung in das Grundbuch eingetragen werden**

**Kernproblem**

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) kann unter der Bezeichnung in das Grundbuch eingetragen werden, die ihre Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag für sie vorgesehen haben. Sieht der Gesellschaftsvertrag keine Bezeichnung der GbR vor, wird die GbR als "Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bestehend aus ..." und den Namen ihrer Gesellschafter eingetragen.

**Sachverhalt**

Im entschiedenen Fall erwirkte eine GbR ein Urteil, durch das die Beklagten zur Zahlung an die GbR verurteilt wurden. Wegen des Anspruchs beantragte die GbR die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek auf dem Miteigentumsanteil eines der Beteiligten. Das Grundbuchamt wies den Antrag zurück, auch die entsprechende Beschwerde war erfolglos. Das vorlegende Gericht wollte das Grundbuchamt zur Eintragung der Zwangssicherungshypothek anweisen, sah sich daran jedoch durch Entscheidungen zweier Oberlandesgerichte gehindert und legte die Sache dem BGH zur Entscheidung vor.

**Entscheidung**

Eine GbR kann unter ihrem Namen ins Grundbuch eingetragen werden. Die Frage der materiellen Grundbuchfähigkeit der GbR ist umstritten. Der BGH folgt der Ansicht, nach der eine GbR als Eigentümerin oder Inhaberin von beschränkten dinglichen Rechten an einem Grundstück in das Grundbuch eingetragen werden kann. Die GbR ist, ohne juristische Person zu sein, (teil-)rechtsfähig, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet. Aus der Tatsache, dass die GbR juristischen Personen und registerfähigen rechtsfähigen Personengesellschaften nicht in jeder Hinsicht gleichgestellt ist, folgt indes nicht, dass ihr die materielle Grundbuchfähigkeit fehlt. Vielmehr führt die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit dazu, dass die GbR auch Eigentum an Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten erwerben kann. Deshalb ist ein Grundstück, als dessen Eigentümer mehrere natürliche Personen mit dem Zusatz "als Gesellschafter bürgerlichen Rechts" eingetragen sind, auch nicht deren gesamthänderisch gebundenes Eigentum, sondern - entgegen § 15 Abs. 3 GBV - solches der GbR. Das materiell-rechtlich bestehende Eigentum der GbR ist auch buchungsfähig, es entsteht eine planwidrige Lücke, da die bisherige Form der Buchung von Vermögen einer GbR durch Nennung ihrer Gesellschafter nicht mehr der materiellen Rechtslage entspricht. Die Schließung der Lücke erfolgt durch rechtsanaloge Anwendung von Vorschriften des HGB, PartG und GBV: die GbR wird im Grundbuch unter der Bezeichnung eingetragen, die von ihren Gesellschaftern für das Auftreten der GbR im Rechtsverkehr vereinbart ist; damit ist dem Erfordernis der Unterscheidbarkeit Genüge getan, bei Namensgleichheit können

zusätzlich der gesetzliche Vertreter und der Sitz eingetragen werden. Zwar kann eine GbR ihre Bezeichnung nicht durch einen beglaubigten Auszug aus einem öffentlichen Register nachweisen; leitet sie ihr Recht aber aus einem Urteil ab, kann sie den Nachweis mit der vollstreckbaren Ausfertigung führen.

### **Konsequenz**

Der BGH hat erstmals zu den Fragen Stellung genommen, wie die GbR in der Eintragung ins Grundbuch bezeichnet werden muss und wie der Nachweis der Eintragungsvoraussetzung erfolgen kann.

## **9. Übernahme von Geldbußen durch den Arbeitgeber: Arbeitslohn**

### **Kernproblem**

Bekommt ein Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber einen Vorteil zugewendet, stellt sich die Frage, ob dies für ihn einen steuerpflichtigen Arbeitslohn darstellt. Das dürfte häufig zu bejahen sein, wenn nicht eine der im Einkommensteuergesetz genannten Steuerbefreiungsvorschriften zum Zuge kommt. Ist das nicht der Fall, gibt es noch einen weiteren Hoffnungsschimmer. Erweist sich der gewährte Vorteil bei objektiver Würdigung aller Umstände nicht als Entlohnung, sondern lediglich als notwendige Begleiterscheinung betriebsfunktionaler Zielsetzung, liegt ebenfalls kein Arbeitslohn vor. Dies gilt es zu erforschen. Der BFH hatte folgenden Fall zu entscheiden: Einem Geschäftsführer war vorgeworfen worden, gegen Vorschriften des Lebensmittelrechts durch Umetikettieren von Waren verstoßen zu haben. Ihm war deshalb ein Bußgeld von insgesamt ca. 17.000 DM auferlegt worden. Außerdem war ein Strafverfahren gegen ihn gegen Auflage einer Zahlung von 62.000 DM eingestellt worden. Die GmbH zahlte alles, jedoch ohne Lohnsteuer einzubehalten.

### **Bisherige Rechtsprechung**

Liegt ein ganz überwiegend eigenbetriebliches Interesse vor, kann ein damit einhergehendes eigenes Interesse des Arbeitnehmers, den betreffenden Vorteil zu erlangen, vernachlässigt werden. Die danach erforderliche Gesamtwürdigung hat insbesondere Anlass, Art und Höhe des Vorteils, Auswahl der Begünstigten, freie oder nur gebundene Verfügbarkeit, Freiwilligkeit oder Zwang zur Annahme des Vorteils und seine besondere Geeignetheit für den jeweils verfolgten betrieblichen Zweck zu berücksichtigen. Tritt das Interesse des Arbeitnehmers gegenüber dem des Arbeitgebers in den Hintergrund, kann eine Lohnzuwendung zu verneinen sein. Ist aber neben dem eigenbetrieblichen Interesse des Arbeitgebers ein nicht unerhebliches Interesse des Arbeitnehmers gegeben, so führt dies zu einer Lohnzuwendung.

### **Entscheidung des BFH**

Der BFH ist bei seiner Gesamtwürdigung zu dem Ergebnis gekommen, dass Arbeitslohn vorliegt. Den Senat vermochte nicht umzustimmen, dass der Geschäftsführer bei seinen dienstlichen Verstößen keinen persönlichen Vorteil angestrebt hatte. Auch einen dem Arbeitslohn gegenüberstehenden Werbungskostenabzug lehnte er mit Hinweis auf die im EStG vorzufindenden "nicht abzugsfähigen Ausgaben" (Geldauflage) bzw. "nicht abzugsfähigen Werbungskosten" (Geldbuße) ab. Das ganz überwiegend eigenbetriebliche Interesse verneinte der BFH mit der Erwägung, ein Verstoß gegen das Lebensmittelrecht könne nicht im betrieblichen Interesse des Arbeitgebers gelegen haben.

### **Konsequenz**

Auch wenn dieser Fall daneben ging, lässt sich immer mehr die Tendenz in der Rechtsprechung erkennen, ein überwiegend eigenbetriebliches Interesse anzuerkennen (z. B. Rechtsprechung zu Geburtstagsfeiern von Vorstand, Geschäftsführern oder anderen Arbeitnehmern).

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

### **1. Arbeitsbescheinigung stellt grundsätzlich keine Kündigungserklärung dar**

#### **Kernfrage/Rechtslage**

Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses hat stets schriftlich zu erfolgen. Das Landesarbeitsgericht

Schleswig-Holstein hatte nunmehr darüber zu befinden, ob auch eine Erklärung gegenüber einem Dritten eine Kündigung eines Arbeitsverhältnisses darstellen könne.

### **Entscheidung**

Im vorliegenden Fall hatte der Arbeitgeber über seinen Steuerberater im Rahmen der sogenannten Arbeitsbescheinigung gegenüber der Arbeitsagentur erklärt, das Arbeitsverhältnis sei aufgrund arbeitgeberseitiger Kündigung gekündigt worden. Der Arbeitnehmer verlangte im Prozess die Fortzahlung seiner Vergütung. Die Angaben in der Arbeitsbescheinigung seien falsch gewesen. Das Gericht gab dem Kläger Recht. Das Arbeitsverhältnis bestehe unverändert fort, so dass der Arbeitgeber mit Eintritt des Annahmeverzuges zur Lohnzahlung verpflichtet sei. Die Arbeitsbescheinigung an die Arbeitsagentur sei bloße Meldung und ersetze nicht die gestaltend wirkende Willenserklärung der Kündigung gegenüber dem Arbeitgeber.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung reiht sich in eine Vielzahl von Entscheidungen ein, die zur wirksamen, schriftlichen Kündigung in der jüngeren Vergangenheit ergangen sind. Deutlich wird, dass nur die gegenüber dem Kläger schriftlich in ordnungsgemäßer Form erklärte Kündigung arbeitsrechtlich beachtlich ist.

## **2. Verstoßen sachgrundlose Befristungen mit älteren Arbeitnehmern gegen das EU-Recht?**

### **Kernfrage/Rechtsslage**

Das Teilzeit- und Befristungsgesetz enthielt bis zur Neufassung eine Regelung, nach der die Befristung eines Arbeitsverhältnisses mit einem Arbeitnehmer, der das 58. Lebensjahr vollendet hatte, keines sachlichen Grundes bedurfte. Das Bundesarbeitsgericht hat dem Europäischen Gerichtshof nunmehr die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob diese Regelung europarechtskonform war.

### **Vorlagebeschluss**

Geklagt hatte eine Flugbegleiterin. In dem auf ihr Arbeitsverhältnis anwendbaren Tarifvertrag war eine Regelung enthalten, nach der das Arbeitsverhältnis mit dem 55. Lebensjahr endete und bei körperlicher und beruflicher Eignung um jeweils ein weiteres Jahr, längstenfalls bis zum 60. Lebensjahr, verlängert wurde. Bis zum Erreichen des 60. Lebensjahres schloss die Klägerin mit ihrem Arbeitgeber fünf befristete Arbeitsverträge ab. Ab dem 60. Lebensjahr verweigerte der Arbeitgeber den Abschluss eines weiteren Arbeitsvertrages. Hiergegen wandte sich die Klägerin und verlangte Weiterbeschäftigung, weil die tariflich festgelegte Altersgrenze sachlich nicht gerechtfertigt und die sachgrundlose Befristung ihres Arbeitsverhältnisses rechtswidrig sei. Die Regelung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes, die eine sachgrundlos befristete Beschäftigung eines Arbeitnehmers nach dem 58. Lebensjahr erlaube, verstoße gegen Gemeinschaftsrecht. Das Bundesarbeitsgericht hat dem Europäischen Gerichtshof die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob diese gesetzliche Regelung europarechtskonform ist. Dabei hat das Bundesarbeitsgericht in seinem Vorlagebeschluss deutlich gemacht, dass es selber von der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit ausgehe.

### **Konsequenz**

Der Europäische Gerichtshof dürfte die ehemalige Regelung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes als diskriminierend und folglich für europarechtswidrig erklären. In Einzelfällen kann dies dazu führen, dass es zur Weiterbeschäftigung oder zu nachträglichen Lohnansprüchen kommen kann. Die zugrunde liegende gesetzliche Regelung ist inzwischen allerdings überarbeitet worden.

## **3. Überführung von Wirtschaftsgütern in ausländische Betriebsstätten unterliegt keiner Pflicht zur Steuerentstrickung**

Steuerfolgen der Übertragung von Wirtschaftsgütern auf ausländische Personengesellschaft Einführung Überträgt der Gesellschafter ein Wirtschaftsgut auf seine Personengesellschaft, stellt sich die Frage, ob der Vorgang erfolgsneutral als Einlage behandelt werden kann oder ob die stillen Reserven zu besteuern sind. Sonderprobleme ergeben sich dann, wenn die Personengesellschaft im Ausland ansässig ist. Entscheidung Nach älterer Rechtsprechung des BFH stellt die Überführung eines Wirtschaftsguts aus dem Inland in eine ausländische Betriebsstätte eine Entnahme dar, die zur Gewinnrealisierung führt. Die Finanzverwaltung war dem gefolgt, gewährte jedoch ein Wahlrecht zum

Steueraufschub durch Bildung eines steuerlichen Ausgleichspostens. Der BFH gibt diese Rechtsprechung nun auf. Danach erfolgt die Übertragung auf eine ausländische Betriebsstätte zu Buchwerten. Entsprechendes gilt nach dem Urteil für die Übertragung auf eine ausländische Personengesellschaft, wenn sie auch im reinen Inlandsfall erfolgsneutral möglich wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn ein Teil des Einbringungswerts in eine Kapitalrücklage eingestellt wird; dies hat die Finanzverwaltung bisher anders gesehen. Im entschiedenen Fall hatte der Gesellschafter eine 100 %ige Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft auf seine ausländische Personengesellschaft übertragen. Nach Ansicht des Gerichts handelt es sich dabei nicht um die Übertragung eines Teilbetriebs, so dass das Umwandlungssteuergesetz nicht anwendbar war; auch insoweit war die Finanzverwaltung bisher großzügiger. Konsequenz Die Änderung der Rechtsprechung zur Gewinnrealisierung bei Überführung eines Wirtschaftsguts in eine ausländische Betriebsstätte ist nur noch für Altfälle relevant, da ein entsprechender Entnahmetatbestand seit 2006 im Einkommensteuergesetz verankert ist. Nach wie vor von Bedeutung sind dagegen insbesondere die Aussagen zum Entgeltlichkeitscharakter einer Übertragung mit Buchung auf dem Kapitalrücklagekonto; es bleibt abzuwarten, ob die Finanzverwaltung dem folgen wird.

#### 4. **Vorsicht bei Anteilsveräußerungen kurz vor Jahresende**

##### **Kernproblem**

Oftmals machen anstehende Gesetzesänderungen noch kurzfristige Dispositionen zum Jahresende erforderlich. In der Kürze der Zeit sind eine sorgfältige Prüfung und Vorbereitung der Maßnahmen häufig schwierig. Hierdurch kann es zu Fehlern kommen, die das gewünschte Ergebnis konterkarieren.

##### **Sachverhalt**

Zu Beginn des Jahres 1999 wurde die sog. Wesentlichkeitsgrenze für im Privatvermögen gehaltene Anteile an Kapitalgesellschaften von 25 % auf 10 % herabgesetzt. Ein Gesellschafter war im Jahr 1998 zu unter 25 %, aber mehr als 10 % am Kapital einer GmbH beteiligt. Die Beteiligung war also zunächst nicht wesentlich, drohte aber durch die geplante Gesetzesänderung wesentlich zu werden. Aus diesem Grund verkaufte er noch im Dezember 1998 einen Teil seiner Anteile und reduzierte seine Beteiligungsquote auf weniger als 10 %. Laut Vertrag sollten die Anteile mit sofortiger dinglicher Wirkung, die mit dem übertragenen Geschäftsanteil verbundenen Rechte und Pflichten, insbesondere das Gewinnbezugsrecht, aber erst am 1. Januar 1999 auf den Erwerber übergehen.

##### **Entscheidung**

Das Finanzgericht hat aus den Bestimmungen im Kaufvertrag geschlossen, dass das wirtschaftliche Eigentum an den GmbH-Anteilen erst zum 1. Januar 1999 auf den Erwerber übergegangen ist und der Anteilsverkauf damit für den Verkäufer steuerpflichtig war, da im Jahr 1999 bereits die reduzierte Wesentlichkeitsgrenze galt. Die Richter begründeten ihre Entscheidung damit, dass der Erwerber im Jahr 1998 noch keinerlei Einfluss auf das Handeln der GmbH nehmen konnte. Der Bundesfinanzhof hat die Würdigung des Finanzgerichtes im Revisionsverfahren nicht beanstandet.

##### **Konsequenz**

Gerade bei Anteilsübertragungen ist es häufig entscheidend, in welchem Jahr (Veranlagungszeitraum) eine solche Übertragung steuerlich wirksam wird. Um das gewünschte Ergebnis zu erreichen, muss daher bei der Ausgestaltung der Verträge sorgfältig darauf geachtet werden, dass sämtliche mit den Anteilen verbundenen Rechte und Pflichten zum gleichen Zeitpunkt auf den Erwerber übergehen. Hierdurch wird Konfliktpotenzial mit der Finanzverwaltung vermieden.

#### 5. **Umwandlung einer Anstalt des öffentlichen Rechts in eine GmbH**

##### **Kernproblem**

Für die Besteuerung der öffentlichen Hand ist zwischen hoheitlichen (steuerlich nicht relevanten) und gewerblichen Tätigkeiten zu unterscheiden. Mit ihren Betrieben gewerblicher Art unterliegen die Städte, Gemeinden und vergleichbare Körperschaften der Besteuerung, weil sie hiermit in Wettbewerb zu anderen Unternehmen treten. Außerdem sind sog. Eigengesellschaften in privater Rechtsform nach den allgemeinen Grundsätzen steuerpflichtig. Besonders kompliziert sind in steuerlicher Hinsicht Umwandlungen von Betrieben der öffentlichen Hand.

**Sachverhalt**

Eine Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR) wurde im Jahr 1996 formwechselnd in eine GmbH umgewandelt. Die AöR war im Vorfeld teilweise hoheitlich und teilweise gewerblich tätig. Durch die Umwandlung und das "Hineinwachsen" in die vollumfängliche Steuerpflicht bei der GmbH ergaben sich eine Vielzahl von Abgrenzungsproblemen, insbesondere im Zusammenhang mit den Arbeitnehmern und den für diese bestehenden Versorgungsverpflichtungen. So war die AöR Mitglied in einer Versorgungskasse, die über Umlagen finanziert wurde und die Versorgungsleistungen an die ehemaligen Arbeitnehmer übernahm. Die GmbH hingegen konnte nicht Mitglied der Versorgungskasse werden und musste folglich für die Versorgung ihrer Arbeitnehmer selbst Vorsorge treffen.

**Entscheidung**

Für die Versorgung der Arbeitnehmer durfte die AöR nach Auffassung des Bundesfinanzhofs keine Rückstellungen bilden, weil durch die Mitgliedschaft in der Versorgungskasse die Inanspruchnahme der AöR aus diesen Verpflichtungen nicht zu erwarten war. Zum 31.12.1996 war die GmbH aber zur Rückstellungsbildung verpflichtet, weil keine Mitgliedschaft in der Versorgungskasse mehr bestand. Die Rückstellung war auch in voller Höhe zu bilden, weil der BFH hierin keinen Fall des sog. Nachholverbots gesehen hat. Allerdings kann die Rückstellung insoweit nicht mit steuerlicher Wirkung gebildet werden, als sie Arbeitnehmer betrifft, die zuvor dem hoheitlichen Bereich der AöR zuzurechnen waren und soweit die Rückstellung deren in der AöR-Zeit erdiente Ansprüche betrifft.

**Konsequenz**

Die bilanzielle und steuerliche Behandlung der Altersversorgung von Beamten und Arbeitnehmern im Bereich der öffentlichen Hand ist hochkomplex und in vielen Teilbereichen noch nicht abschließend geklärt. Aus dem aktuellen und sehr ausführlich begründeten BFH-Urteil lassen sich allerdings wichtige Erkenntnisse für vergleichbare Fälle gewinnen.

## 6. Verkauf von Anteilen an einer US-Kapitalgesellschaft: Berücksichtigung des Veräußerungsverlustes

**Kernproblem**

Die Geltendmachung von Verlusten aus Tätigkeiten bzw. Beteiligungen im Ausland wird durch § 2a EStG eingeschränkt. Verluste aus der Veräußerung von privat gehaltenen Anteilen an Kapitalgesellschaften im Sinne von § 17 EStG dürfen nach § 2a Abs. 1 Nr. 4 nur mit positiven Einkünften der jeweils selben Art aus demselben Staat ausgeglichen werden. Eine Ausnahme von dieser Grundregel sieht § 2a Abs. 2 EStG vor, wenn der Steuerpflichtige nachweist, dass die negativen Einkünfte aus einer gewerblichen Betriebsstätte der Körperschaft stammen, die einer aktiven Geschäftstätigkeit (z. B. der Herstellung oder Lieferung bestimmter Waren) nachgeht. In diesem Zusammenhang war zu erörtern, ob Standardsoftware eine Ware oder ein immaterielles Wirtschaftsgut ist.

**Entscheidung**

Gegenstand des vom BFH zu beurteilenden Streitfalls, war die Entstehung von Veräußerungsverlusten im Sinne von § 17 EStG bei Anteilen an einer US-Kapitalgesellschaft. Die Gesellschaftsanteile waren mit einem Verlust von rd. TEUR 290 durch den Steuerpflichtigen in 2002 veräußert worden. Gegenstand der Geschäftstätigkeit der ausländischen Gesellschaft war die Entwicklung und der Vertrieb einer Internet-Software, die zwar nicht auf dem Computer der Anwender installiert, aber durch die Server der Anbieter zur Verfügung gestellt wird. Mit Bezug auf die jüngere Rechtsprechung von BGH und BFH zur Beurteilung von Standardsoftware hat der BFH die Software als körperlichen Gegenstand und damit als Ware beurteilt. Entscheidend sei, dass Gegenstand des "Warenumschlags" - wie bei einem Buch - eine verkörperte geistige Leistung sei.

**Konsequenz**

Wird die fragliche Software als Standardsoftware und damit als Ware gewürdigt, ist die Ausnahmeregelung des § 2a Abs. 2 Satz 2 EStG anwendbar. Die Veräußerungsverluste im Sinne von § 17 EStG können im Rahmen des Halb- bzw. zukünftig des Teileinkünfteverfahrens geltend gemacht werden.

## 7. Verdachtskündigung setzt umfangreiche Sachverhaltsaufklärung durch den Arbeitgeber voraus

### Kernfrage/Rechtslage

Eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund ist in Ausnahmefällen in der Form einer sog. Verdachtskündigung zulässig. Das heißt, bereits die Schwere des Verdachtes der dem Arbeitnehmer zur Last zu legenden Pflichtverletzung - regelmäßig eine Straftat - macht die Fortführung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar. An die Verdachtskündigung sind bereits hohe formellen Anforderungen gestellt. So muss die Kündigung nicht nur innerhalb der zweiwöchigen Ausschlussfrist bei fristlosen Kündigungen ausgesprochen sein. Innerhalb dieser Frist muss der Arbeitnehmer auch formell angehört worden sein; ggfls. unter Mitwirkung des Betriebsrates. Darüber hinaus muss der Verdacht sich derart erhärtet haben, dass die Kündigung auf Verdachtsbasis angemessen ist. Das Hessische Landesarbeitsgericht hatte nunmehr darüber zu befinden, welche Anforderungen an die Sachverhaltsaufklärung durch den Arbeitgeber zu stellen sind.

### Entscheidung

Einer Hebamme, bei der Unregelmäßigkeiten bei der Verabreichung von Schmerzmitteln, die unter das Betäubungsmittelgesetz fallen, festgestellt worden waren, war fristlos aufgrund des Verdachtes der Entwendung von Betäubungsmitteln gekündigt worden. Im Einzelnen war festgestellt worden, dass in insgesamt elf Fällen innerhalb von drei Monaten die Dokumentation der Verabreichung durch die Hebamme unzureichend gewesen war. Auslöser war ein Fall, in dem das Medikament nachweislich nicht verabreicht worden war. Die Arbeitnehmerin bestritt den Tatvorwurf. Die unzureichende Dokumentation beruhe auf der tätigkeitsbedingten Stresssituation. Im konkreten Fall sei die Schmerzmittelampulle zerstört und deshalb nicht verabreicht worden. Ein von der Arbeitnehmerin beauftragtes Drogenscreening blieb ohne Befund. Das eingeleitete staatsanwaltliche Ermittlungsverfahren wurde eingestellt. Zwar hatten im Vorfeld Gespräche mit der Arbeitnehmerin, nicht aber mit ihren Kollegen stattgefunden. Die gegen die Kündigung gerichtete Klage hatte Erfolg. Das Gericht stellte fest, dass der Arbeitgeber neben den oben genannten formellen Voraussetzungen auch alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternehmen müsse, um die Verdachtskündigung wirksam werden zu lassen. Dies habe der Arbeitgeber hier unterlassen, nachdem er auf die Einwendungen der Arbeitnehmerin hin, die geeignet waren, Zweifel am Tatvorwurf aufkommen zu lassen, nicht die Kollegen befragt hatte.

### Konsequenz

Die Entscheidung zeigt die erheblichen rein formellen Wirksamkeitshürden einer Verdachtskündigung. Neben starken objektiven Verdachtsmomenten, die geeignet sein müssen, die Vertrauensbasis endgültig zu zerstören, und einer Anhörung des Arbeitnehmers sind auch eigene ggfls. umfangreiche Aufklärungsmaßnahmen des Arbeitgebers erforderlich, die innerhalb der zweiwöchigen Ausschlussfrist abgeschlossen sein müssen.

## 8. GmbH in der Krise: Haftung des Geschäftsführers für Steuerausfälle

### Kernproblem

Der Geschäftsführer einer GmbH muss persönlich für die Abführung der Lohnsteuer auch bei Insolvenzreife der GmbH eintreten. Für Gesellschaften in der wirtschaftlichen Krise stellt die Abführung der einbehaltenen Lohnsteuer an das Finanzamt ein existenzbedrohendes Problem dar. Häufig gerät daher die Steuerzahlung im Zuge von Liquiditätsengpässen gegenüber der zum Überleben des Betriebes vermeintlich vordringlichen Zahlungen ins Hintertreffen, obwohl von einem Geschäftsführer erwartet wird, dass er den auf die Steuer entfallenden Lohnanteil zum Fälligkeitszeitpunkt abführt. Der Geschäftsführer setzt sich damit der Gefahr aus, vom Finanzamt in Haftung genommen zu werden. Voraussetzung dafür ist, dass dem Geschäftsführer die Verletzung der Pflicht zur pünktlichen Lohnsteuerabführung vorgeworfen werden kann.

### Sachverhalt

Der BFH hatte darüber zu entscheiden, ob einem Geschäftsführer der Vorwurf grober Fahrlässigkeit gemacht werden kann, der in einer plötzlichen, unvorhersehbaren Krise seiner GmbH am Fälligkeitstag der Lohnsteuer die dafür noch ausreichenden Mittel nicht ans Finanzamt abführte, sondern in der

Annahme, damit der Steuerzahlung enthoben zu sein, beim Amtsgericht Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellte.

### **Entscheidung**

Bis zum vorliegenden Urteil hatte der BFH die Haftung des Geschäftsführers einer insolvenzreifen GmbH, der einerseits verpflichtet ist, die Lohnsteuer - auch in der Krise - abzuführen, andererseits aber im Falle der Zahlung in der Krise gegen das gesellschaftsrechtliche Massesicherungsgebot verstößt, dadurch entschärft, dass er für den 3-Wochen-Zeitraum zwischen Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens dem Geschäftsführer eine Pflichtenkollision attestierte, die ihn vom Vorwurf der grob fahrlässigen Nichtabführung der Lohnsteuer und damit von der Haftung nach der Abgabenordnung befreite. Nachdem der BGH jetzt erkannt hatte, dass die Lohnsteuerzahlung auch in insolvenzreifer Zeit mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes vereinbar ist und damit nicht mehr zur Haftung gegenüber der GmbH führt, gibt der BFH seine Ansicht zur Pflichtenkollision auf.

### **Konsequenz**

Solange und soweit liquide Mittel zur Lohnsteuerzahlung vorhanden sind, muss der Geschäftsführer diese abführen. Erst die Eröffnung des Insolvenzverfahrens befreit ihn von dieser Pflicht. Das Urteil bedeutet eine Fortentwicklung der bisherigen BFH-Rechtsprechung in Anlehnung an die neuere Rechtsprechung des BGH, nach der sich aus der Abführung der Lohnsteuer keine Haftung des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft ergibt.

## 9. **Geschäftsführer haften vollumfänglich für Barabhebungen entgegen der Interessen der GmbH**

### **Kernproblem**

Der Haftungstatbestand des § 43 Abs. 2 GmbHG ist erfüllt, wenn ein Geschäftsführer Barabhebungen vom Gesellschaftskonto nicht nachprüfbar und nachvollziehbar im Interesse der GmbH verwendet.

### **Sachverhalt**

Die klagende GmbH verkaufte 1996 ihren Geschäftsbetrieb an die A-AG, bei Umstrukturierungsmaßnahmen wurde B als Geschäftsführer der Klägerin abberufen und statt seiner die später mit ihm verheiratete Beklagte, die als geschäftsführende Alleingesellschafterin schon eine Werbe-GmbH betrieb, zur unentgeltlich tätigen Geschäftsführerin bestellt. Seine Anteile an der Klägerin trat der B für 1 EUR an seine Mutter ab. Die Beklagte erteilte dem B eine Generalvollmacht zur Vertretung in allen Angelegenheiten der Klägerin. Die Klägerin verkaufte sodann diverse Beteiligungen und wurde dabei von der Beklagten vertreten, die wiederum von B vertreten wurde. In der Folgezeit hob die Beklagte vom klägerischen Konto rund EUR 107.000 ab und verwendete es für eigene Zwecke. Die Klägerin verlangt Rückzahlung. Die Beklagte macht geltend, lediglich Strohfrau für B gewesen zu sein, der faktischer Geschäftsführer und Alleingesellschafter der Klägerin geblieben sei und das Geld erhalten habe. Das OLG gab der Klage nach einer erstinstanzlichen Abweisung statt.

### **Entscheidung**

Die Klägerin hat einen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte. Diese hat die Sorgfaltspflicht aus § 43 Abs. 2 GmbHG durch die diversen Barabhebungen und Verwendungen der Beträge verletzt, weil sie die Gelder nicht nachprüfbar und nachvollziehbar im Interesse der Klägerin verwendete. Auch handelte die Klägerin mit ihrem Rückzahlungsverlangen nicht deshalb arglistig, weil die Beklagte nur Strohfrau-Geschäftsführerin des faktischen Gesellschafters B war. Durch ihre geschäftsführende Tätigkeit in der Werbe GmbH war sie der Aufgabe gewachsen, ferner kann eine GmbH mehrere Geschäftsführer haben; faktischer und gesetzlicher Geschäftsführer können zusammenarbeiten. Zudem konnte die Beklagte nicht beweisen, dass B sie zu den Barabhebungen angewiesen hatte.

### **Konsequenz**

Der Haftung des Geschäftsführers gegenüber der GmbH auf Schadensersatz wegen der nicht nachprüfaren Verwendung von Barabhebungen steht auch nicht entgegen, dass der Geschäftsführer unentgeltlich bzw. als Strohmännchen neben einem faktischen Geschäftsführer gehandelt hat.

## 10. **Unterlassene Geltendmachung von Rückzahlungsansprüchen durch GmbH-GF löst keine neue Verjährungsfrist aus**

### **Kernproblem**

Schadensersatzansprüche gegen einen GmbH-Geschäftsführer wegen verbotener Auszahlung (§ 30 GmbHG) verjähren in 5 Jahren ab der jeweiligen Zahlung (§ 43 GmbHG). Unterlässt der Geschäftsführer die Geltendmachung von Rückforderungsansprüchen der GmbH gegen den Empfänger bis zum Eintritt der Verjährung, so wird dadurch keine weitere Schadensersatzpflicht mit einer erst von da an laufenden Frist ausgelöst.

### **Sachverhalt**

Beklagte waren der Gesellschafter-Geschäftsführer der A-GmbH sowie seine Ehefrau, ebenfalls Gesellschafterin. Die Beklagten hatte im Oktober 1997 bei ihrer Bank ein Darlehen von 550.000 DM aufgenommen. Zum Zwecke der Tilgung zahlte die A-GmbH von 1997 bis 2000 260.000 DM auf das Konto der beiden. Im Oktober 2001 wurde der Jahresabschluss der GmbH erstellt; dieser wies einen durch Eigenkapital nicht gedeckten Fehlbetrag von 485.000 DM aus, es waren Gesellschafterdarlehen von rd. 963.000 DM passiviert. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der A-GmbH beantragte der Kläger (Insolvenzverwalter) in 2004 den Erlass eines Mahnbescheides gegen die Beklagten wegen einer Forderung von 132.935 EUR aus "privater Darlehenstilgung aus Vermögen der GmbH von 1997 bis 2003" und machte geltend, die GmbH habe den Betrag entweder als Darlehen oder ohne Rechtsgrund geleistet. Die Beklagten beriefen sich auf Verjährung. LG und OLG verurteilten die Beklagten zur gesamtschuldnerischen Zahlung, der BGH hob das Berufungsurteil auf.

### **Entscheidung**

Zahlungsansprüche des Klägers aus § 31 GmbHG bestehen nicht. Die Zahlungen der A-GmbH waren auch nicht rechtsgrundlos, da es sich um Entnahmen aus dem Gesellschaftsvermögen handelte. Diese sind nur unter den Voraussetzungen des § 30 GmbHG unzulässig, nicht aber nach § 812 BGB rechtsgrundlos. Ferner ist das nach § 30 GmbHG gebundene Gesellschaftsvermögen nach den allgemeinen, für die Jahresbilanz geltenden Grundsätzen festzustellen, wobei Gesellschafterdarlehen auch im Falle eines Rangrücktritts stets zu passivieren sind. Vorliegend war aus der Bilanz 1996 indes nicht hinreichend ersichtlich, dass die A-GmbH im gesamten Zahlungszeitraum eine Unterbilanz aufwies. Auch die Verjährungsfrage war vom Instanzgericht nicht ausreichend geklärt worden.

### **Konsequenz**

Ansprüche gegen einen GmbH-Geschäftsführer auf Schadensersatz wegen verbotener Auszahlung verjähren in 5 Jahren ab der jeweiligen Zahlung (§ 43 Abs. 5 GmbHG). Falls der Geschäftsführer die Geltendmachung von Rückforderungsansprüchen bis zum Eintritt der Verjährung dieser Ansprüche unterlässt, wird dadurch nicht eine weitere Schadensersatzverpflichtung mit einer erst von da an laufenden Verjährungsfrist ausgelöst.

## 11. **Pauschbeträge für unentgeltliche Wertabgaben**

### **Einführung**

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

### **Neue Verwaltungsanweisung**

Die Pauschbeträge für das Jahr 2009 sind nun vom BMF veröffentlicht worden. Sie betreffen Gewerbezeige, die Einzelhandel mit Nahrungsmitteln betreiben, z. B. Bäckereien, Gaststätten etc.

### **Konsequenz**

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

## 12. **Nachweis innergemeinschaftlicher Lieferungen**

**Einführung**

Nach der Rechtsprechung des EuGH und des BFH stellen die Vorschriften der UStDV zum Nachweis innergemeinschaftlicher Lieferungen lediglich Sollvorschriften dar. Kann daher auf anderem Wege zweifelsfrei nachgewiesen werden, dass eine innergemeinschaftliche Lieferung vorliegt, so ist diese steuerbefreit. Die Finanzverwaltung ist allerdings regelmäßig nicht bereit, solche Nachweise anzuerkennen.

**Fall**

Ein Kfz-Händler hatte nach Ansicht des Finanzamtes die Nachweise nach der UStDV hinsichtlich der Lieferung eines Kfz (115.900 DM) nach Spanien nicht vollständig erbracht. Dem Finanzamt für Fahndung und Strafsachen lag jedoch eine Rechnung des Empfängers des Kfz vor, aus der sich der Weiterverkauf dieses Kfz in Spanien ergab. Ferner konnte der Händler mit Hilfe einer Bescheinigung der spanischen Behörden die Zulassung des Kfz in Spanien nachweisen. Dies reichte dem Finanzamt jedoch ebenfalls nicht als Nachweis.

**Neues Urteil**

Das FG Rheinland-Pfalz sieht den Nachweis der innergemeinschaftlichen Lieferung durch die zusätzlichen Belege (Rechnung, Bestätigung der Zulassung) als erbracht an. Die Steuerbefreiung wurde dem Kfz-Händler gewährt.

**Konsequenz**

Den Unternehmern ist unverändert zu raten, die Nachweise nach der UStDV zu erbringen. Nur die Nachweise nach der UStDV schützen den gutgläubigen Lieferanten, wenn er durch seinen Kunden in einen Umsatzsteuerbetrug involviert wird. Daneben dürfte die Erbringung anderer Nachweise nur in Ausnahmefällen möglich sein. Auch können so unnötige Auseinandersetzungen mit dem Finanzamt vermieden werden. Dem aktuellen BMF-Schreiben zu den Nachweispflichten bei innergemeinschaftlichen Lieferungen ist zu entnehmen, dass die Finanzverwaltung ihre restriktive Haltung nicht aufgeben wird. Ganz im Gegenteil werden zahlreiche, z. T. vollkommen praxisfremde Nachweise gefordert. Hier kann das Urteil allerdings dazu dienen, solch überzogene Anforderungen der Finanzverwaltung zurückzuweisen.

**13. BaFin: Factoring und Finanzierungsleasing sind seit dem 1.1.2009 erlaubnispflichtig****Kernaussage**

Mit Inkrafttreten des Jahressteuergesetzes 2009 am 1.1.2009 werden das Factoring und das Finanzierungsleasing als Finanzdienstleistungen qualifiziert. Damit ist eine Erlaubnis der BaFin erforderlich, um diese Tätigkeiten zukünftig ausüben zu dürfen (§ 32 Abs. 1 KWG). Für bereits auf dem Markt tätige Unternehmen besteht gemäß § 64j Abs. 2 KWG die besondere Möglichkeit einer Erlaubnisfiktion, sofern sie binnen einer Übergangsfrist eine Anzeige an die BaFin übermitteln.

**Verfahren**

Abweichend vom Erlaubnisverfahren nach § 32 KWG ist das Anzeigeverfahren gemäß § 64j Abs. 2 KWG ein rein formelles Verfahren ohne inhaltliche Prüfung der Anzeige. Die Erlaubnis gilt zu dem Zeitpunkt als erteilt, zu dem die Anzeige fristgerecht und vollständig der BaFin zugegangen ist. Mit Zugang der Anzeige unterfallen die Unternehmen als Finanzdienstleistungsinstitute dem KWG und haben unter anderem die Meldepflichten des KWG zu erfüllen. Die BaFin stellt ein Merkblatt und ein gesondertes Formblatt zum Anzeigeverfahren zur Verfügung. Das Formblatt ist der Anzeige ausgefüllt beizufügen.

**Frist**

§ 64j Abs. 2 KWG stellt eine Anzeigefrist bis zum 31.1.2009. Für Unternehmen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes mindestens zwei der drei in § 267 Abs. 1 HGB genannten Größenkriterien nicht überschreiten, gilt eine verlängerte Frist bis zum 31.12.2009.

**Inhalt der Anzeige**

Die Anzeige gemäß § 64j Abs. 2 KWG muss folgende Angaben enthalten: - Angabe der Geschäftsleiter, der Inhaber bedeutender Beteiligungen und deren Höhe, - den Jahresabschluss für das letzte abgelaufene Geschäftsjahr, oder (soweit dieser nach den geltenden Fristen noch nicht aufzustellen war) den Jahresabschluss für das diesem vorausgegangene Geschäftsjahr, oder (soweit

noch kein Jahresabschluss aufzustellen war) die Eröffnungsbilanz und eine unterjährige Gewinn- und Verlustrechnung, sowie - einen aktuellen Handelsregisterauszug, - die Gewerbeanzeige nach § 14 GewO und - die Beantwortung der Fragen auf dem BaFin Formblatt zur Anzeige gemäß § 64j Abs. 2 KWG.

#### **Anzeigempfänger und Gebühren**

Jeweils eine Ausfertigung der Unterlagen ist einzureichen bei der BaFin sowie bei der zuständigen Hauptverwaltung der Deutschen Bundesbank. Eine Gebühr fällt mit der Übersendung der Anzeige und der Erlaubnisfiktion gemäß § 64 j Abs. 2 KWG nicht an.

### **14. Geschäftsveräußerung im Ganzen: Wer schuldet was?**

#### **Einführung**

Verkäufe von Unternehmen unterliegen nicht der Umsatzsteuer, wenn diese als Geschäftsveräußerung im Ganzen (GiG) zu qualifizieren sind. Umstritten ist, ob der Erwerber mit Übernahme des Geschäftes auch die steuerlichen Pflichten des Veräußerers übernimmt, die Zeiträume vor dem Übergang betreffen.

#### **Fall (vereinfacht)**

Der spätere Kläger übertrug zum 1.6.1998 im Rahmen einer notariellen Scheidungsvereinbarung seinen Betrieb auf seine frühere Ehefrau. Die Übertragung stellte eine GiG dar. Die Umsatzsteuervoranmeldungen für Mai 2008 erstellte die Ehefrau und zahlte diese zunächst vom betrieblichen Konto. Später berichtigte sie die Anmeldung, so dass sich ein Vorsteuerüberhang ergab. Das Finanzamt erstattete daraufhin den ursprünglich gezahlten Betrag sowie den Überhang auf das betriebliche Konto der Ehefrau. Hiergegen wendete sich nun der Ehemann. Er vertrat die Ansicht, dass ihm die Erstattung zustehe, da seine Ehefrau für seine Rechnung die Voranmeldungen beglichen habe.

#### **Urteil**

Das FG Rheinland-Pfalz kommt zu dem Ergebnis, dass die Ehefrau nicht die steuerlichen Pflichten des Ehemannes für vor dem Übergang liegende Zeiträume erfüllen muss. Hieraus folgt zunächst, dass die Zahlung der Voranmeldung Mai 2008 durch die Ehefrau dem Ehemann zugerechnet wird, obwohl die Ehefrau diese wirtschaftlich getragen hat. Die Erstattung steht daher grundsätzlich dem Ehemann zu. Letztendlich ging der Ehemann jedoch leer aus, da das FG die Erstattung an die Ehefrau als schuldbeitragend ansah. Grund hierfür war, dass dem Finanzamt kein ausdrücklicher Widerruf zur Erstattung dieser Beträge auf das betriebliche Konto vorlag. Die Rücknahme der Lastschriftermächtigung ist nicht als ein solcher Widerruf zu werten.

#### **Konsequenz**

Wichtig ist die Aussage des FG, dass der Erwerber bei einer GiG nicht die steuerlichen Pflichten des Erwerbers für vor dem Übergang liegende Zeiträume erfüllen muss. Als Folge hieraus muss der Erwerber genauestens darauf achten welche Zahlungen er zu leisten hat und welche nicht. Ansonsten läuft er Gefahr, dass das Finanzamt dem Falschen die Zahlungen zurechnet.

### **15. Zuschreibung auf Beteiligung ist gewerbesteuerpflichtig**

#### **Kernproblem**

Gewinnausschüttungen, die ein Gewerbebetrieb von einer Kapitalgesellschaft erhält, sind unter bestimmten Voraussetzungen bei der Gewerbebesteuer zu kürzen. Erforderlich ist hierzu u. a. eine Mindestbeteiligungsquote von 15 %. Im Gegenzug müssen Teilwertabschreibungen auf solche Beteiligungen, die auf Gewinnausschüttungen der Tochtergesellschaft zurückzuführen sind, für Zwecke der Gewerbebesteuer wieder hinzugerechnet werden.

#### **Sachverhalt**

Die M-GmbH hatte im Jahr 1998 100 % der Anteile an der T-GmbH erworben. Die T-GmbH hatte in der Vergangenheit in erheblichem Umfang Gewinne thesauriert, die mit dem Kaufpreis für die Anteile vergütet wurden. Nach der Anteilsübertragung führte die T-GmbH eine Vorabauschüttung durch. Die M-GmbH schrieb die Anteile danach auf den gesunkenen Teilwert ab. Bei der M-GmbH wurde der

Beteiligungsertrag für Zwecke der Gewerbesteuer gekürzt, die Teilwertabschreibung dagegen dem Gewerbeertrag hinzugerechnet. In den Folgejahren erzielte die T-GmbH weiterhin Gewinne, die M-GmbH nahm in ihrer Bilanz Zuschreibungen auf die Beteiligung aufgrund des gestiegenen Teilwertes vor.

### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof hat - anders als das Finanzgericht - entschieden, dass die Zuschreibungen den Gewerbeertrag der M-GmbH erhöhen, auch wenn sich die vorangegangenen Teilwertabschreibungen gewerbesteuerlich nicht ausgewirkt haben. Die BFH-Richter sehen in diesem Vorgehen zwar eine Doppelbelastung, allerdings bietet der Wortlaut des Gesetzes ihrer Ansicht nach keinen Raum für eine andere Lösung. Auch eine Gesetzeslücke will der BFH hierin nicht erkennen.

### **Konsequenz**

Zu ausschüttungsbedingten Teilwertabschreibungen kommt es vor allem, wenn die Tochtergesellschaft über viele Jahre Gewinne thesauriert und anschließend eine "Super-Ausschüttung" vornimmt. Solche Konstellationen sollten aus gewerbesteuerlicher Sicht möglichst vermieden werden, weil es hierdurch zu Doppel- oder Mehrfachbelastungen kommen kann. Kontinuierliche Ausschüttungen durch die Tochtergesellschaft vermeiden dieses Problem. Zu beachten ist jedoch, dass das Urteil einen Sachverhalt aus der Zeit des sog. Anrechnungsverfahrens betraf. Nach derzeit geltendem Recht sind bei Kapitalgesellschaften sowohl Teilwertabschreibungen als auch spätere Zuschreibungen steuerlich nicht zu berücksichtigen. Für Einzelunternehmen und Personengesellschaften werden beide Vorgänge zu jeweils 60 % steuerlich berücksichtigt (Teileinkünfteverfahren) und wirken sich damit auch bei der Gewerbesteuer weiterhin aus.

## **16. Auch Pensionserhöhung muss 10 Jahre erdient werden**

### **Kernproblem**

Pensionszusagen sind bei mittelständischen GmbHs ein weit verbreitetes Instrument zur Altersversorgung des Gesellschafter-Geschäftsführers. Derartige Zusagen unterliegen aber der latenten Gefahr, bei nicht fremdüblicher Ausgestaltung zu einer verdeckten Gewinnausschüttung zu führen. Bei der erstmaligen Zusageerteilung und bei jeglicher Veränderung des Versorgungsinhalts oder -umfangs ist daher äußerste Vorsicht geboten.

### **Sachverhalt**

Ein beherrschender Gesellschafter war gleichzeitig alleiniger Geschäftsführer einer GmbH. Im Jahr 1980 sagte die GmbH dem damals 41-jährigen Geschäftsführers erstmals eine lebenslange Altersrente nach Vollendung des 65. Lebensjahres i. H. von 50 % des letzten Bruttogehalts zu. Im November 1995 wurde die Rente auf 66 % des letzten Bruttogehalts angehoben. Der Geschäftsführer hatte zu diesem Zeitpunkt noch 8 Jahre und 11 Monate bis zum Eintritt in den Ruhestand abzuleisten.

### **Entscheidung**

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs ist eine Pensionszusage eines beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführers grundsätzlich nur dann erdienbar, wenn zwischen Zusageerteilung und planmäßigem Eintritt in den Ruhestand ein Zeitraum von mindestens 10 Jahren liegt. Diese Grundsätze will der BFH nun auch im Falle einer nachträglichen Erhöhung einer bereits bestehenden Pensionszusage anwenden. Nur in Ausnahmefällen soll von dieser 10-Jahres-Regelung abgewichen werden können.

### **Konsequenz**

Das Urteil verdeutlicht einmal mehr die vGA-Anfälligkeit von Pensionszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer. Besonders gefährlich ist die Rechtsprechung, weil eine fehlende Erdienbarkeit die steuerliche Nichtanerkennung der gesamten Zusage bzw. ihrer Erhöhung (und nicht etwa nur quotal) zur Folge hat. Die Konsequenz ist für Erhöhungen solcher Zusagen eine faktische zehnjährige Änderungssperre vor dem Renteneintritt.

## **17. Personenbedingte Kündigung eines studentischen Arbeitnehmers bei Exmatrikulation**

**Kernfrage/Rechtslage**

Jedenfalls in Unternehmen, die Studenten praktische Erfahrungen vermitteln wollen, ist eben die Studentenstellung personenimmanente Voraussetzung für das Arbeitsverhältnis. Dies dürfte jedenfalls für die sogenannten Werksstudenten gelten. Das Bundesarbeitsgericht hatte nunmehr darüber zu entscheiden, ob das Ende der Studentenstellung zur ordentlichen personenbedingten Kündigung berechtigt.

**Entscheidung**

Der 43 Jahre alte Kläger war bei einer Forschungseinrichtung insgesamt über Jahre hinweg auf der Grundlage befristeter Arbeitsverhältnisse als studentische Hilfskraft tätig. Bei Auslauf der letzten Befristung wurde das Arbeitsverhältnis nicht mehr verlängert. Parallel kündigte das Unternehmen das Arbeitsverhältnis ordentlich aus personenbedingten Gründen, weil sich der Kläger hatte exmatrikulieren lassen. Mit seiner Klage begehrte der Kläger Feststellung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses und gleichzeitig auch Kündigungsschutz, weil der Verlust des Studentenstatus keine personenbedingte Kündigung rechtfertige. Der Kläger obsiegte in allen Instanzen mit seiner Klage auf Feststellung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses, allerdings entschied zuletzt das Bundesarbeitsgericht, dass die personenbedingte Kündigung gerechtfertigt war. Denn der Arbeitgeber hatte als Forschungseinrichtung ein berechtigtes Interesse daran, Studierende als Hilfskräfte zu beschäftigen. Daher sei die arbeitsvertragliche Anknüpfung der Beschäftigung an den Studentenstatus zulässig.

**Konsequenz**

Die Entscheidung schützt zunächst nur solche Arbeitgeber, die ein berechtigtes Interesse an der Beschäftigung von Studenten nachweisen können. Gleichzeitig zeigt sie, dass in Arbeitsverhältnissen, in denen die Studenteneigenschaft nur von untergeordneter Rolle ist, der Wegfall des Studentenstatus nicht automatisch zur Kündigung berechtigt, was insbesondere sozialversicherungsrechtliche Folgen haben kann, weil der Student als "normaler" Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen wäre.