

# Gesamtthemenbrief

## Mandanteninformationen des Monats April 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. Kindergeldanspruch: Registrierung eines Kindes als Arbeitssuchender
2. Doppelte Steuerbelastung mit ErbSt
3. Abschlussgebühr bei Bausparverträgen zulässig
4. Neues zum Vorsteuerabzug bei gemischt genutzten Gebäuden
5. Alterseinkünfte: Säumige Senioren?
6. Barzahlung von Handwerkerrechnungen
7. Anlageberater: Aufklärung über Rückvergütungen bei Medienfonds
8. Kfz-Nutzung: Umrüstung auf Gasbetrieb
9. EuGH: Doppelbelastung mit Umsatz- und Grunderwerbsteuer ist zulässig
10. Bedarfswertfeststellung: Bindungswirkung
11. Berliner Testament: Besteuerung des Schlusserben
12. Schenkungsteuer: Steuerbegünstigter Ansatz von Betriebsvermögen
13. Fax an Versicherer: Wann gilt es als zugegangen?

#### **Unternehmer und Freiberufler**

1. Keine Umsatzsteuerfreiheit für Ferien auf dem Bauernhof
2. Strafbefreiende Erklärung: Zeitpunkt der Tatentdeckung
3. Gewerblicher Grundstückshandel: "Drei-Objekt-Grenze"
4. Statikerbüro: Aufteilung in freiberufliche und gewerbliche Einkünfte
5. Privater Wegzug begründet keine doppelte Haushaltsführung
6. Privatnutzung ungeeigneter Dienstwagen: Keine 1 %-Regelung
7. Zahlungen aufgrund einer Mietgarantie
8. Progressionsvorbehalt: Einbeziehung des Krankengeldes
9. Telefonische Fachauskünfte
10. Berechtigt die gesonderte Feststellung zum Vorsteuerabzug?
11. Kleinbetriebe können auf elektronische Steuererklärungen verzichten
12. Rechnungen: Kein Vorsteuerabzug ohne Angabe des Leistungszeitpunktes
13. AGG-Hopping
14. Unterschiedliche Ahndung gleichartiger Pflichtverletzungen

15. Kosten für Berufskleidung
16. Kassierer: Fristlose Kündigung bei Unterschlagung kleinster Beträge

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

1. Fremder Firmenname als Domainname
2. Vorstandsdoublemandate im faktischen Konzern
3. Abberufung eines Geschäftsführers einer Zweipersonen-GmbH
4. Verstoß gegen die Offenlegungspflicht des Jahresabschlusses
5. Streitwert eines Anfrageverfahrens
6. Betriebsübernahme: Keine Haftung für Sozialversicherungsbeiträge

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

### 1. **Kindergeldanspruch: Registrierung eines Kindes als Arbeitssuchender**

#### **Kernproblem**

Den Eltern von volljährigen Kindern bietet das EStG für die Gewährung von Kindergeld oder Kinderfreibetrag verschiedene Berücksichtigungsgründe, die anhand des Kindesalters differenziert werden können. Häufiger Anknüpfungspunkt ist die Berufsausbildung. Hier ist eine Berücksichtigung bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres möglich. Voraussetzung ist, dass sich die Kinder in Berufsausbildung oder zwischen zwei Ausbildungsabschnitten bzw. einem Ausbildungsabschnitt und der Ableistung von Wehr- oder Ersatzdienst befinden. Gleiches gilt für Kinder, die mangels Ausbildungsplatzes keine Berufsausbildung beginnen können. Ein Kind bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres kann berücksichtigt werden, wenn es nicht in einem Beschäftigungsverhältnis steht und als Arbeitssuchender bei der Arbeitsagentur im Inland gemeldet ist. Typische Fälle sind Arbeitslosigkeit nach der Ausbildung. Mit einem solchen Fall musste sich der BFH beschäftigen, nachdem die Familienkasse kein Kindergeld gewähren wollte.

#### **Sachverhalt**

Das Kind war zunächst bei der Agentur für Arbeit arbeitssuchend gemeldet, hatte aber daraufhin nicht erneut innerhalb von 3 Monaten bei der Arbeitsvermittlung vorgesprochen. Damit galt das Arbeitsgesuch als nicht erneuert, was die Abmeldung bei der Agentur zur Folge hatte. Dies nahm auch die Familienkasse zum Anlass, das zunächst gezahlte Kindergeld von den Eltern zurückzufordern. Im späteren Finanzgerichtsprozess konnten als Zeugen gehörte Angehörige bestätigen, dass sich das Kind vor Ablauf der Frist telefonisch mit der Arbeitsvermittlung in Verbindung gesetzt hatte. Dabei habe man dem Kind versichert, dass weiterhin die Führung als arbeitssuchend erfolge.

#### **Entscheidung des BFH**

Für den BFH waren die Zeugenaussagen und die daraus resultierende Schlussfolgerung des FG entscheidend, dass tatsächlich eine Kontaktaufnahme mit der Agentur erfolgte. Hierfür reiche auch ein Telefonat aus, denn eine besondere Form der Meldung bestehe nicht. Der Registrierung des arbeitssuchenden Kindes bzw. der daran anknüpfenden Bescheinigung käme keine echte Tatbestandswirkung zu. Zwar reiche eine positive Bescheinigung regelmäßig als Nachweis aus. Der Kindergeldanspruch könne aber nicht allein von einer Bescheinigung abhängig gemacht werden. Entscheidend abzustellen sei vielmehr darauf, ob sich das Kind im konkreten Fall tatsächlich bei der Arbeitsvermittlung als Arbeitssuchender gemeldet bzw. diese Meldung alle drei Monate erneuert habe.

### 2. **Doppelte Steuerbelastung mit ErbSt**

#### **Kernfrage/Rechtslage**

Das Gemeinschaftsrecht harmonisiert in einigen Bereichen auch die nationalen Steuergesetze. So ist das Umsatzsteuerrecht weitestgehend harmonisiert. Im Bereich sonstiger Steuern verhält es sich in der Regel so, dass der nationale Gesetzgeber alleine zuständig ist, die Europäische Union also keinen

Gesetzgebungsspielraum hat. Die Gefahr von Doppelbesteuerungen wird auch im Gebiet der Europäischen Union durch bilaterale Doppelbesteuerungsabkommen geregelt. Der Europäische Gerichtshof hatte nunmehr auf eine Vorlagefrage aus Deutschland darüber zu entscheiden, ob eine nationale Erbschaftsteuerregelung, die keine Anrechnung einer im EU-Ausland bereits gezahlten Erbschaftsteuer auf die deutsche Erbschaftsteuer vorsah, gegen die Kapitalverkehrsfreiheit des Gemeinschaftsvertrages verstößt.

### **Entscheidung**

Ein Erblasser mit Wohnsitz in Deutschland hatte Guthaben bei spanischen Banken in erheblicher Höhe. Weil Spanien bei der Erhebung von Erbschaftsteuer auf Kapitalforderungen an den Sitz des Gläubigers, also die Banken, anknüpft, wurden die Erben in erheblichem Maße zur spanischen Erbschaftsteuer herangezogen. Bei der Festsetzung der deutschen Erbschaftsteuer, die alleine an den Sitz des Gläubigers, also den letzten Wohnsitz des Erblassers, anknüpft, blieb die spanische Erbschaftsteuer außer Ansatz. Die Erben begehrten, dass die in Spanien gezahlte Erbschaftsteuer auf die deutsche Erbschaftsteuer angerechnet werde. Das Finanzamt verminderte jedoch nur die Bemessungsgrundlage der deutschen Erbschaftsteuer (inklusive des spanischen Kapitalvermögens) um die spanische Erbschaftsteuer. Hiergegen klagten die Erben. Der Bundesfinanzhof legte dem Europäischen Gerichtshof schließlich die Frage vor, ob es mit der Kapitalverkehrsfreiheit vereinbar sei, dass die spanische Erbschaftsteuer von der Anrechnung auf die deutsche Erbschaftsteuer ausgeschlossen sei. Der Europäische Gerichtshof sah hierin keinen Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht. Die Doppelbesteuerung ergebe sich alleine aufgrund der im Ergebnis parallelen Anknüpfungspunkte des jeweiligen nationalen Steuerrechts. Die Vermeidung der Doppelbesteuerung sei aber Aufgabe von Doppelbesteuerungsabkommen und nicht des Gemeinschaftsrechts. Im Steuerrecht genießen die Mitgliedstaaten weit reichende Autonomie, so dass eine Anpassungspflicht auf die Steuerrechte anderer Mitgliedstaaten nicht bestehe.

### **Konsequenz**

Mit der Entscheidung bestätigt der Europäische Gerichtshof die Autonomie der Mitgliedstaaten im Steuerrecht. Darüber hinaus zeigt die Entscheidung, dass es im Rahmen erbschaftsteuerlicher Beratung auch auf die Belegenheit des Vermögens ankommt. Ein Transfer des Kapitalvermögens vor dem Tod nach Deutschland hätte die Doppelbesteuerung verhindert.

## **3. Abschlussgebühr bei Bausparverträgen zulässig**

### **Kernproblem**

Die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Bausparverträge der Bausparkassen enthaltene, vom Bausparer bei Vertragsabschluss zunächst aus seinen Sparbeiträgen zu erbringende Abschlussgebühr von 1 % der Bausparsumme verstößt nicht gegen zivilgesetzliche Bestimmungen.

### **Sachverhalt**

Die Verbraucherzentrale NRW hatte gegenüber der Bausparkasse Schwäbisch Hall die Unterlassung der Verwendung einer Klausel in ihren Bausparverträgen begehrt, in der es um die so genannte Abschlussgebühr (1 % der Bausparsumme) ging. Auf diese Gebühr werden eingehende Zahlungen zunächst angerechnet und auch bei einer etwaigen Kündigung nicht zurückerstattet. Die Abschlussgebühr dient den Bausparkassen ihrerseits zur Bezahlung der anfallenden Provision für den Vermittler des Bausparvertrages. Die klagende Verbraucherzentrale hielt die Klausel für eine unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingung: wenn die Kasse das Bausparkonto eröffne und ihren eingeschalteten Vertrieb bezahle, "stelle dies keine Dienstleistung für Kunden dar, sondern erfolge allein im geschäftlichen Interesse der Bausparkasse." Das Landgericht wies die Klage ab.

### **Entscheidung**

Die Verwendung der Abschlussgebühr-Klausel ist wirksam. Bei der Gebühr handelt es sich um eine Art Aufnahmeentgelt oder Eintrittsgebühr in die Bauspargemeinschaft und damit um eine freie, der Rechtskontrolle nicht unterworfenen Preisabrede. Dem Bausparer wird im Antragsformular die Verpflichtung zur Zahlung der Gebühr in einer konkreten Summe deutlich vor Augen geführt. Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot liegt daher nicht vor. Ferner steht der Gebühr eine Gegenleistung gegenüber: Der Bausparer erwirbt die Option, bei Zuteilungsreife des Vertrages ein

Darlehen zu bereits jetzt festgelegten Konditionen in Anspruch nehmen zu können. Die Gebühr, die von den Bausparkassen überwiegend für die Bezahlung von Provisionen für Neuabschlüsse verwendet wird, liegt auch im Interesse jedes neuen Bausparers. Die Refinanzierung für ein Darlehen erfolgt nämlich durch den von den Bauspareinlagen gespeisten Zuteilungstopf. Im Musterprozess wird voraussichtlich Berufung eingelegt. Bis zu einer höchstrichterlichen Entscheidung werden die Bausparkassen gegenüber Kunden, die Abschlussgebühren zurückfordern, auf die Verjährungseinrede verzichten.

#### **Konsequenz**

Bausparkassen dürfen von ihren Kunden auch zukünftig Abschlussgebühren für Neuverträge verlangen; eine unangemessene Benachteiligung der Bausparer liegt nach der Auffassung des LG Heilbronn nicht vor.

#### **4. Neues zum Vorsteuerabzug bei gemischt genutzten Gebäuden**

##### **Einführung**

Werden Immobilien gemischt, d. h. privat und unternehmerisch genutzt, so kann das komplette Objekt dem Unternehmensvermögen zugeordnet werden. Im Rahmen des Seeling-Modells wird dies genutzt, um den vollen Vorsteuerabzug aus den Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten geltend zu machen. Im Gegenzug wird die private Nutzung der Umsatzsteuer unterworfen.

##### **Rechtslage**

Die Rechtsprechung zum Seeling-Modell betraf Immobilien, bei denen die unternehmerische Nutzung zum Vorsteuerabzug berechtigte. Offen war hingegen, ob ein Vorsteuerabzug auf den privat genutzten Teil auch dann möglich ist, wenn die unternehmerische Nutzung nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt (z. B. bei einer Arztpraxis).

##### **Fall**

Die Klägerin vermietete Praxisräume in einem von ihr errichteten Gebäude steuerfrei an einen Arzt. Neben der Arztpraxis befand sich noch die Wohnung der Klägerin in dem Gebäude. Sie ordnete das gesamte Objekt ihrem Unternehmensvermögen zu und beantragte den Vorsteuerabzug für den privat genutzten Teil. Sie argumentierte, dass die private Nutzung des Gebäudes steuerpflichtig sei und somit zum Vorsteuerabzug berechtige. Die Finanzverwaltung widersprach dieser Ansicht.

##### **Neues Urteil**

Der BFH sieht keine Möglichkeit zum Vorsteuerabzug, da die Immobilie nicht zu steuerpflichtigen Umsätzen verwendet wird. Eine potentielle Besteuerung der privaten Nutzung gilt nach Ansicht des BFH nicht als steuerpflichtiger Umsatz in diesem Sinne.

##### **Konsequenz**

Der private Teil des Gebäudes kann zwar dem Unternehmensvermögen zugeordnet werden, ein Vorsteuerabzug ergibt sich dann jedoch nur, wenn die Nutzung des unternehmerischen Teils zum Vorsteuerabzug berechtigt. Ein anteiliger Vorsteuerabzug kann aber erreicht werden, wenn zumindest geringfügig umsatzsteuerpflichtige Umsätze erzielt werden. So praktizieren z. B. viele Ärzte in einer Praxis im eigenen Wohnhaus und üben in geringem Umfang gutachterliche Tätigkeiten aus, die aufgrund der Kleinunternehmerregelung nicht der Umsatzsteuer unterliegen. Wird auf die Anwendung der Kleinunternehmerregelung nun verzichtet, ergeben sich umsatzsteuerpflichtige Umsätze, die wiederum den Vorsteuerabzug auf die Herstellungskosten des privaten Bereichs ermöglichen. Im Ausgangsfall war dies allerdings nicht möglich, da die Klägerin nicht zur Umsatzsteuer optieren konnte.

#### **5. Alterseinkünfte: Säumige Senioren?**

##### **Kernproblem**

Durch das Alterseinkünftegesetz wurde die Besteuerung der Renten ab dem Jahr 2005 geändert. Seitdem wird kontinuierlich ein wachsender Anteil der Renteneinkünfte steuerpflichtig. Liegt der Renteneintritt 2005, sind 50 % der Renteneinkünfte steuerpflichtig. In den kommenden Jahren steigt dieser Satz um 2 %, so dass mit Renteneintritt 2009 bereits 56 % der Bezüge steuerpflichtig sind.

Etwaige Rentenerhöhungen sind in vollem Umfang steuerpflichtig. Gleichwohl sollen viele Rentner weiterhin keine Steuererklärungen eingereicht haben.

### **Rentenbezugsmitteilungen**

Nach den derzeitigen Planungen wird das Bundeszentralamt für Steuern von den Rentenversicherungsträgern im 4. Quartal 2009 Informationen über die Einkünfte der Rentner in den vergangenen Jahren verlangen. Anhand dieser Rentenbezugsmitteilungen wird anschließend geprüft, ob nicht Steuererklärungen hätten abgegeben werden müssen. Neben den Steuern drohen den säumigen Rentnern dann Steuerzinsen sowie Säumniszuschläge.

### **Konsequenz**

Viele Rentner mit kleinen und mittleren Renten liegen mit ihren Renten weiterhin unter dem steuerlichen Grundfreibetrag. So ist eine Rente von bis zu 18.900 EUR im Jahr faktisch steuerfrei, wenn die Rente seit 2006 oder früher läuft und der Rentner über keine anderen steuerpflichtigen Einkünfte verfügt. Bei Rentenbeginn in 2007 (2008) sinkt dieser Betrag auf ca. 17.600 EUR (16.800 EUR). Eine geforderte Rentner-Amnestie wurde politisch nicht umgesetzt; insoweit sollten Rentner bis Mitte dieses Jahres prüfen bzw. von einem Steuerberater prüfen lassen, ob sie nicht doch noch Steuererklärungen für die Jahre ab 2005 einreichen sollten.

## **6. Barzahlung von Handwerkerrechnungen**

### **Einleitung**

Nach § 35a EStG ermäßigt sich für die Inanspruchnahme von Handwerkerleistungen für Renovierungs-, Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen, die in einem inländischen Haushalt des Steuerpflichtigen erbracht werden, die tarifliche Einkommensteuer auf Antrag um 20 %, höchstens aber 600 EUR (seit 2009: 1.200 EUR), der Aufwendungen, sofern diese nicht anderweitig abziehbar sind. Voraussetzung für die Steuerermäßigung ist, dass der Steuerpflichtige für die Aufwendungen eine Rechnung erhalten hat und die Zahlung auf das Konto des Erbringers der Handwerkerleistung erfolgt ist. Die Verpflichtung zur bankmäßigen Dokumentation soll die Schwarzarbeit in Privathaushalten bekämpfen.

### **Sachverhalt**

In Ihrer Einkommensteuererklärung 2006 beantragten die Steuerpflichtigen eine Steuerermäßigung für die Inanspruchnahme von Dachdeckerarbeiten im Rahmen von Renovierungs-, Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen. Hierzu führten sie aus, dass der Handwerker wegen schlechter Erfahrungen mit der Zahlungsmoral auf Barzahlung bestanden habe und der Erhalt der Barzahlung sowohl auf dessen Rechnung vermerkt als auch von seinem Steuerberater bestätigt worden sei. Das Finanzamt versagte die Steuerermäßigung unter Hinweis auf die Barzahlung. Das Finanzgericht wies die hiergegen gerichtete Klage ab.

### **Entscheidung**

Die Revision der Kläger blieb vor dem BFH mit der Begründung erfolglos, dass die Barzahlung der Handwerkerrechnung durch die Kläger die von ihnen begehrte Steuerermäßigung gemäß § 35a EStG ausschließt.

### **Konsequenz**

Um die Steuerermäßigung gemäß § 35a EStG in Anspruch nehmen zu können, sind daher eine Rechnung sowie ein Nachweis für die Zahlung auf das Konto des Handwerkers zu erbringen. Die Zahlung kann unbar oder aber dadurch erfolgen, dass der Rechnungsbetrag bei einem Kreditinstitut eingezahlt und sodann unbar auf das Konto des Handwerkers überwiesen wird.

## **7. Anlageberater: Aufklärung über Rückvergütungen bei Medienfonds**

### **Kernproblem**

Die als Anlageberater tätige Bank muss ihre Kunden über eine erhaltene Rückvergütung aufklären und zwar unabhängig von der Höhe und ob es sich um den Vertrieb von Aktien- oder Medienfonds handelt.

### **Sachverhalt**

Der Kläger nimmt die beklagte Bank auf Schadensersatz wegen fehlerhafter Anlageberatung in

Anspruch. Dem Kläger war von einem Mitarbeiter der Beklagten in einem Beratungsgespräch empfohlen worden, sich an dem von einer Beteiligungsgesellschaft herausgegebenen Medienfonds zu beteiligen. Dies tat der Kläger mit einer Kommanditeinlage von 50.000 EUR nebst Agio von 5 %. Nachdem der Fonds in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten war, verkaufte der Kläger seine Anteile für 11.350 EUR. Er nimmt die Beklagte auf Zahlung von 41.500 EUR nebst Zinsen in Anspruch. Er behauptet, er sei im Beratungsgespräch nicht darüber aufgeklärt worden, dass das Agio, das an die Beteiligungsgesellschaft zu zahlen war, der Beklagten im Zuge einer Provisionsvereinbarung zugeflossen sei und diese noch weitere erhalten habe. Die Vorinstanzen wiesen die Klage ab. Der BGH hob das Berufungsurteil auf und verwies die Sache an das OLG zurück.

### **Entscheidung**

Das Berufungsurteil verletzt den Kläger in seinem grundgesetzlichen Anspruch auf rechtliches Gehör. In seiner Berufungsbegründung hatte der Kläger konkrete Ausführungen zu einer Rückvergütungsvereinbarung zwischen der Beklagten und der Beteiligungsgesellschaft gemacht. Damit hat sich das Berufungsgericht nicht befasst. Der Gehörsverstoß war auch entscheidungserheblich, denn bei der Offenlegung von Rückvergütungen geht es um die Frage, ob eine Gefährdungssituation für den Kunden geschaffen wird. Daher ist es geboten, den Kunden über Rückvergütungen unabhängig von deren Höhe aufzuklären. Aufgrund des Beratervertrages war die Beklagte auch verpflichtet, den Kläger darüber zu informieren, dass sie für die Vermittlung das Agio in voller Höhe bekam.

### **Konsequenz**

Wenn für die Anlageberater einer Bank aufgrund einer Provision ein erheblicher Anreiz besteht, Anlegern eine bestimmte Fondsbeteiligung zu empfehlen, muss die Bank den Kunden darüber informieren. Er muss in die Lage versetzt werden, das Umsatzinteresse der Bank einschätzen und beurteilen zu können, ob diese und ihre Berater die Fondsbeteiligung nur deshalb empfehlen, weil sie selbst daran verdienen.

## **8. Kfz-Nutzung: Umrüstung auf Gasbetrieb**

### **Einführung**

Die 1 %-Methode dient der Besteuerung der privaten Nutzung von betrieblichen Kfz durch Unternehmer bzw. deren Arbeitnehmer. Bemessungsgrundlage ist der Bruttolistenpreis unter Berücksichtigung von Sonderausstattungen.

### **Fall**

Ein Unternehmer stellte seinen Mitarbeitern geleaste Kfz zur Verfügung, die von diesen auch privat genutzt werden konnten. Die Kfz wurden auf Gasbetrieb umgerüstet. Die Kosten der Umrüstung trug das Leasingunternehmen und erhöhte im Gegenzug die Leasingraten. Das Finanzamt beabsichtigte, nicht nur den Bruttolistenpreis der Kfz, sondern auch die Kosten der Umrüstung der Ermittlung der privaten Nutzung zugrunde zu legen. Der Unternehmer wendete hiergegen ein, dass die Umrüstung alleine eigenbetrieblichen Interessen, nämlich der Reduzierung der Kraftstoffkosten, diene und für die Arbeitnehmer keinen Vorteil mit sich bringen würde.

### **Neues Urteil**

Das FG Münster folgt der Auffassung der Finanzverwaltung. Es qualifiziert die Umrüstung als Sonderausstattung, die die Bemessungsgrundlage der 1 %-Methode erhöht. Zur Begründung verweist das FG darauf, dass die Umrüstung ein zusätzliches Ausstattungsmerkmal darstelle, da nun alternativ zum Benzinbetrieb der Gasbetrieb ermöglicht wird. Nach Ansicht des FG müssen alle Ausstattungsmerkmale bei Anwendung der 1 %-Methode berücksichtigt werden, unabhängig von der Frage, ob diese für die Arbeitnehmer einen konkreten Vorteil darstellen.

### **Konsequenz**

Das FG Münster hat sich erstmalig zu dieser Thematik geäußert. Die Umrüstung stellt zwar nicht das, was gemeinhin als Sonderausstattung verstanden wird, dar, dennoch spricht einiges für die Richtigkeit des Urteils. Denn auch bei Kauf eines Kfz mit Gasantrieb wird der Bruttolistenpreis der 1 % Methode zugrunde gelegt, ohne zu eruieren, ob der Gasantrieb dem Arbeitnehmer nutzt. Gleiches gilt für die Anschaffung besonders Sprit sparender Kfz, die regelmäßig teurer sind als vergleichbare, mehr

verbrauchende, Modelle. Dennoch hat das FG die Revision beim BFH zugelassen. Ähnliche Fälle sollten daher offen gehalten werden.

## 9. **EuGH: Doppelbelastung mit Umsatz- und Grunderwerbsteuer ist zulässig**

### **Einführung**

Umsätze, die unter das Grunderwerbsteuergesetz fallen, sind grundsätzlich von der Umsatzsteuer befreit. Der Rechtsprechung des BFH zufolge, können allerdings bestimmte Bauleistungen mit Umsatz- und Grunderwerbsteuer belastet sein. Dies ist der Fall, wenn die Grunderwerbsteuer den Verkauf eines Objektes und dessen spätere Bebauung als einheitliches Vertragswerk qualifiziert, während die Umsatzsteuer diesen Vorgang getrennt behandelt, als steuerfreie Grundstücksveräußerung bzw. steuerpflichtige Bauleistung.

### **Rechtslage**

Das Niedersächsische FG hat dem EuGH die Frage vorgelegt, ob diese BFH-Rechtsprechung mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist.

### **Neues Urteil**

Der EuGH sieht in den Fällen der Doppelbelastung der Bauleistungen mit Grunderwerbsteuer und Umsatzsteuer keinen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht.

### **Konsequenz**

Es verbleibt damit bei den Grundsätzen, die der BFH aufgestellt hat. Die Bauherren und die Bauunternehmer müssen prüfen, ob ein einheitliches Vertragswerk vorliegt, um zutreffend kalkulieren zu können.

## 10. **Bedarfswertfeststellung: Bindungswirkung**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Ein Steuerbescheid ist von Gesetzes wegen stets zu erlassen, aufzuheben oder zu ändern, wenn ein Grundlagenbescheid erlassen, aufgehoben oder geändert wird. Ein solcher Grundlagenbescheid stellt grundlegende für die Besteuerung erhebliche Tatsachen fest; ihm kommt Bindungswirkung für den Folge-Steuerbescheid zu. Der Bundesfinanzhof hatte darüber zu befinden, ob ein Feststellungsbescheid, mit dem ein Grundstückswert für Zwecke der Erbschaftsteuer festgestellt wird, ein Grundlagenbescheid für einen Schenkungsteuerbescheid sein kann.

### **Entscheidung**

A hatte ihrem Sohn B 1996 ein Grundstück geschenkt. Nach entsprechender Aufforderung hatte B eine Schenkungsteuererklärung abgegeben. Das Finanzamt unterließ es, eine Bedarfswertfeststellung beim für das Grundstück zuständigen Lagefinanzamt einzuholen. Die Schenkungsteuer wurde in 2000 mit Null festgesetzt. A verstarb 2001. Im Rahmen der Erbschaftsteuererklärung forderte das Finanzamt die Wertfeststellung für den Grundbesitz für den Zeitpunkt der Schenkung an. Das Lagefinanzamt setzte darauf hin den Grundbesitzwert "für Zwecke der Erbschaftsteuer" in 2002 mit 2 Mio. DM fest. Auf der Grundlage dieses - im Laufe des Verfahrens bestandskräftig gewordenen - Wertfeststellungsbescheides änderte das Finanzamt den Schenkungsteuerbescheid aus 2000, weil ein Grundlagenbescheid erlassen oder geändert worden sei, und setzte Schenkungsteuer in 2003 für die Schenkung aus 1996 fest. Die hiergegen gerichtete Klage hatte Erfolg. Der Bundesfinanzhof urteilte, dass der Wertfeststellungsbescheid aus 2002 keine Bindungswirkung für den Schenkungsteuerbescheid aus 2000 haben könne, weil er ausdrücklich für Zwecke der Erbschaftsteuer erlassen worden sei. Darüber hinaus sei bei erstmaliger Festsetzung der Schenkungsteuer in 2003 die Festsetzungsfrist für die Schenkungsteuer bereits abgelaufen gewesen.

### **Konsequenz**

Ein für Zwecke der Erbschaftsteuer erlassener Bescheid über die Feststellung eines Grundstückswerts stellt keinen Grundlagenbescheid für die Schenkungsteuer dar. Er muss daher auch nicht mit gesondertem Rechtsbehelf angegriffen werden.

## 11. Berliner Testament: Besteuerung des Schlusserben

### Kernfrage/Rechtslage

In einem Berliner Testament setzen sich Ehegatten für den ersten Todesfall wechselseitig zu Alleinerben ein und bestimmen für den letzten Todesfall gemeinsam Schlusserben. Zivilrechtlich gilt, dass der Schlusserbe den Nachlass vom Letztverstorbenen erhält. Diese zivilrechtliche Wertung würde für erbschaftsteuerliche Zwecke bedeuten, dass für die Besteuerung des letzten Erbfalls alleine die tatsächlichen Verhältnisse zwischen Längstlebenden und Schlusserben maßgeblich sind. Dies kann dazu führen, dass Schlusserben in "schlechtere" Steuerklassen fallen, als wenn sie Erben nach dem Erstverstorbenen geworden wären. Zur Besteuerung der Schlusserben hat der Bundesfinanzhof in einer jüngeren Entscheidung geurteilt.

### Entscheidung

Eheleute hatten in einem Berliner Testament als Schlusserben sowohl Verwandte der Frau als auch den Bruder des zuerst verstorbenen Ehemannes eingesetzt. Als die Frau verstarb und die Kinder des inzwischen ebenfalls verstorbenen Bruders des Mannes (= Nichten/Neffen) erbten, ging das Finanzamt bei der Erbschaftsteueranmeldung der Nichten/Neffen davon aus, dass der erworbene Nachlass jeweils zur Hälfte vom Mann und von der Frau stamme. Folge war, dass die Nichten/Neffen zur Hälfte in Steuerklasse II und zur Hälfte in Steuerklasse III veranlagt wurden. Die hiergegen gerichtete Klage, mit der die Nichten/Neffen begehrt, dass ihr Erwerb als alleine vom Mann gekommen gewertet wurde, hatte Erfolg. Die Schlusserben seien nach § 15 Abs. 3 ErbStG begünstigt. Für den Fall, dass sich Ehegatten gegenseitig zu Erben einsetzen und für den Todesfall des Letztverstorbenen einen gemeinsamen Schlusserben einsetzen, seien die mit dem Verstorbenen näher Verwandten als Erben anzusehen. Das heißt, soweit das Vermögen des Erstverstorbenen beim letzten Todesfall noch vorhanden ist, sind die dem Erstverstorbenen näher verwandten Schlusserben als Erben des Erstverstorbenen anzusehen. Eine Quotelung hat nicht zu erfolgen.

### Konsequenz

Haben Ehegatten Verwandte zu Schlusserben eingesetzt, ist das beim Tode des Längstlebenden noch vorhandene Vermögen des Erstverstorbenen vorrangig den mit dem Erstverstorbenen näher verwandten Schlusserben zuzuordnen. Eine Besteuerung nach § 15 Abs. 3 ErbStG bedarf eines Antrages.

## 12. Schenkungsteuer: Steuerbegünstigter Ansatz von Betriebsvermögen

### Kernfrage/Rechtslage

Nach dem Erbschaftsteuerrecht in seiner bis zum 31.12.2008 geltenden Fassung war die Übertragung von Betriebsvermögen durch Gewährung eines Freibetrages und eines Bewertungsabschlags begünstigt. Diese Privilegierungen wurden insbesondere für sog. gewerblich geprägte Personengesellschaften (GmbH & Co. KG) in Anspruch genommen, die regelmäßig nur vermögensverwaltend tätig waren, um Vermögen, das ansonsten nicht erbschaftsteuerlich privilegiert gewesen wäre, als Betriebsvermögen übertragen zu können. Übertragen wurde der Kommanditanteil, wobei es aber erforderlich war, dass der Erwerber Mitunternehmer wurde. Um allerdings die Interessen des Übergebers, insbesondere aber seine wirtschaftliche Absicherung, sicherzustellen, erfolgte die Übertragung des Kommanditanteils regelmäßig unter Nießbrauchsvorbehalt, wobei der Übertragende oftmals auch noch die Gesellschafterrechte selber ausübt. Die Gestaltung sorgt also dafür, dass der Erwerber außer der Inhaberschaft keine Rechte an dem Kommanditanteil hat. Der Bundesfinanzhof hatte nunmehr darüber zu entscheiden, ob in diesen Gestaltungen der Erwerber überhaupt Mitunternehmer werden kann.

### Entscheidung

Zu entscheiden hatte der Bundesfinanzhof über die Gestaltung, in der der vermögensverwaltende Kommanditanteil unter lebenslänglichem Nießbrauchsvorbehalt übertragen worden war und die übertragenden Eltern auch noch die Gesellschafterrechte selber ausüben konnten. Zudem hatten sie sich zur Übernahme der Verbindlichkeiten verpflichtet. Die begehrte erbschaftsteuerliche Betriebsvermögensprivilegierung wurde vom Finanzamt nicht gewährt, weil die erwerbenden Kinder nicht Mitunternehmer geworden seien. Das Gericht gab der Finanzverwaltung Recht. Für die

Mitunternehmerstellung der Kinder fehle es an der erforderlichen Mitunternehmerinitiative. Diese sei nur dann sichergestellt, wenn die Erwerber wenigstens die Stimm-, Kontroll- und Widerspruchsrechte der Kommanditisten ausüben könnten.

#### **Konsequenz**

Die Entscheidung verliert ihre Tragweite durch die zum 1.1.2009 eingetretene Erbschaftsteuerreform (noch) nicht. Insbesondere in Betriebsprüfungen können entsprechende Gestaltungen noch aufgegriffen und gewährte Erbschaftsteuerprivilegien rückgängig gemacht werden.

### 13. **Fax an Versicherer: Wann gilt es als zugegangen?**

#### **Kernproblem**

Die Antwort auf die Frage, ob ein Telefax dem Empfänger zugegangen ist, war seit jeher nicht eindeutig. Der BGH wendet seine Rechtsprechung zum Zugang von per Fax übermittelten Schriftsätzen bei Gericht nunmehr auch auf die Zugangsproblematik im Privatrechtsverkehr an.

#### **Sachverhalt**

Die Klägerin begehrt vom Beklagten die Zahlung von Krankenversicherungsbeiträgen für das Jahr 2007. Der Beklagte war zum 1.1.2007 pflichtversichertes Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse geworden und trägt vor, den Versicherungsvertrag mit der Klägerin durch Telefaxschreiben vom Dezember 2006 mit sofortiger Wirkung gekündigt zu haben. Die Klägerin bestreitet den Zugang des Faxschreibens. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, die Berufung des Beklagten führte zur Abweisung der Klage.

#### **Entscheidung**

Der Beklagte hat den bestehenden Versicherungsvertrag mit der Klägerin wirksam durch das Telefaxschreiben gekündigt. Hierbei hat der Senat offen gelassen, ob es am Empfangsgerät der Klägerin zu einem Ausdruck des Schreibens gekommen ist. Der BGH stellt in seiner bisherigen Rechtsprechung darauf ab, dass ein durch Telefax übermittelter Schriftsatz grundsätzlich in dem Zeitpunkt bei Gericht eingegangen ist, wenn die gesendeten technischen Signale vollständig vom Telefaxgerät des Empfängers empfangen (gespeichert) werden. Diese Grundsätze sind zumindest dann auch auf die Zugangsproblematik im Privatrechtsverkehr zu übertragen, wenn es sich beim Empfänger - wie hier - um eine Aktiengesellschaft handelt, die zu den Kaufleuten zählt (§§ 1, 6 HGB, 3 Abs. 1 AktG). Der "OK"-Vermerk im Sendebericht des Beklagten belegt das Zustandekommen einer Leitungsverbindung zwischen Absender- und Empfängergerät. Die Wahrscheinlichkeit, dass die Übermittlung der Nachricht trotz eindeutigem Sendebericht an Leitungsstörungen aus dem Risikobereich des Beklagten gescheitert sein könnte, bewertete der Sachverständige mit 0 %.

#### **Konsequenz**

Aufgrund des Kommunikationsablaufs bei gängigen Faxgeräten kann bei einem "OK"-Vermerk generell davon ausgegangen werden, dass die Faxübertragung im Speicher des empfangenden Gerätes angekommen ist. Ein Zugang der Nachricht beim Empfänger ist damit gegeben.

## Unternehmer und Freiberufler

### 1. **Keine Umsatzsteuerfreiheit für Ferien auf dem Bauernhof**

#### **Einführung**

Das UStG befreit die Beherbergung und Beköstigung von Jugendlichen und deren Erziehern unter bestimmten Voraussetzungen von der Umsatzsteuer (§ 4 Nr. 23 UStG). Begünstigt sind Einrichtungen, die Jugendliche zwecks ihrer Ausbildung, Erziehung etc. aufnehmen (z. B. Kindergärten, Erziehungsheime).

#### **Fall**

Die Klägerin betreibt einen Ferienbauernhof, dessen Angebot sich an Betreuer(-innen) von Schulen und Kindergärten, aber auch an Eltern mit ihren Kindern richtete. Neben der Übernachtung und Verköstigung reichte das Angebot der Klägerin von der Unterstützung der Betreuer bei der

Freizeitgestaltung bis hin zur kompletten Betreuung der Kinder. Das Finanzamt versagte der Klägerin die Steuerbefreiung nach § 4 Nr. 23 UStG. Die hiergegen gerichtete Klage vor dem Finanzgericht hatte zunächst Erfolg.

### **Neues Urteil**

Der BFH qualifiziert das Angebot der Klägerin als Urlaubsaufenthalt mit Freizeitangebot. Entsprechend sieht er, anders als das Finanzgericht, die notwendige Voraussetzung der "Aufnahme zu Erziehungs-, Ausbildungs- und Fortbildungszwecken" nicht als erfüllt an. Er verneint daher eine Befreiung nach § 4 Nr. 23 UStG. Allerdings sieht er die Möglichkeit, dass sich eine Befreiung auf gemeinschaftsrechtlicher Grundlage ergeben könnte. So befreit die Mehrwertsteuersystemrichtlinie (MwStSystRL) eng mit der Kinder- und Jugendbetreuung verbundene Umsätze, soweit diese durch entsprechend staatlich anerkannte Einrichtungen erbracht werden. Um dies zu klären, wurde der Fall zurück an das Finanzgericht verwiesen.

### **Konsequenz**

Der Fall zeigt einmal mehr, dass insbesondere bei den Steuerbefreiungen die nationalen Vorschriften regelmäßig nicht mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben übereinstimmen. Für die Unternehmer und ihre Berater bedeutet dies, dass eine Prüfung, ob eine Steuerbefreiung vorliegt, immer das nationale UStG und die MwStSystRL berücksichtigen muss. Dies ist zwar in der Praxis aufwändig, bietet dem Unternehmer aber die Möglichkeit, zu der für ihn günstigeren Vorschrift zu optieren.

## **2. Strafbefreiende Erklärung: Zeitpunkt der Tatentdeckung**

### **Kernproblem**

Eine Tat ist im Sinne des StraBEG "entdeckt", wenn nach den für den Betroffenen erkennbaren Verdachtsmomenten von der Wahrscheinlichkeit einer strafgerichtlichen Verurteilung auszugehen ist. Das Steuerbefreiungserklärungsgesetz (StraBEG) bestimmte seinerzeit, dass durch Abgabe einer strafbefreienden Erklärung und die Zahlung einer Pauschalabgabe innerhalb einer Frist von 10 Tagen Straffreiheit erlangt werden konnte, wenn zu versteuernde Einnahmen nicht erklärt worden waren.

### **Sachverhalt**

Der Kläger, der ein Einzelunternehmen als Ausbeiner betrieb, hatte in seinen für 2000 und 2001 abgegebenen Steuererklärungen Einkünfte erklärt, die das beklagte Finanzamt den Steuerbescheiden zugrunde legte. Im Oktober 2003 ging dort eine Kontrollmitteilung eines anderen Finanzamtes ein, in der darüber informiert wurde, dass der Kläger außer den erklärten Umsätzen noch weitere erzielt und nicht angegeben habe. Darauf hingewiesen, übermittelte der Steuerberater des Klägers eine von diesem unterzeichnete strafbefreiende Erklärung, in der die streitigen Einkünfte nacherklärt wurden. Das Finanzamt wollte eine Strafbefreiung aufgrund der vorherigen Tatentdeckung nicht gewähren. Es erließ geänderte Steuerbescheide und legte diesen die angegebenen Mehreinnahme zugrunde. Die hiergegen gerichtete Klage wies das Finanzgericht ab, die Revision hatte keinen Erfolg.

### **Entscheidung**

Eine Steuerstraftat ist "entdeckt" im Sinne des StraBEG, wenn für den Betroffenen nach den für ihn erkennbaren Verdachtsmomenten eine strafgerichtliche Verurteilung wahrscheinlich ist. Die jeweilige Steuerhinterziehung des Klägers war demnach entdeckt, als der Sachbearbeiter des beklagten Finanzamtes aufgrund der Kontrollmitteilung die Summe der Rechnungsbeträge mit den Angaben in den Steuererklärungen verglich und feststellte, dass die in der Kontrollmitteilung niedergelegten Beträge erheblich höher waren als die ursprünglich erklärten Betriebseinnahmen. Dadurch ergab sich der hinreichende Tatverdacht in Bezug auf eine Steuerhinterziehung. Die Nacherklärung des Klägers war nicht mehr wirksam.

### **Konsequenz**

Will die Finanzbehörde nach Eingang einer wegen Vorliegens eines Sperrgrundes nicht wirksamen strafbefreienden Erklärung zunächst ergangene Steuerbescheide ändern, muss sie nicht zuvor die nach dem StraBEG bewirkte Steuerfestsetzung aufheben. Zwar ist eine Steueramnestie nach dem StraBEG nicht mehr möglich, aber auch für die klassische Selbstanzeige hat die Entscheidung Bedeutung. Die Selbstanzeige ist nämlich unter anderem dann ausgeschlossen, wenn die Tat entdeckt ist und der Täter diese wusste oder hätte wissen müssen.

### 3. **Gewerblicher Grundstückshandel: "Drei-Objekt-Grenze"**

#### **Kernproblem**

Die Veräußerung von mehr als 3 Objekten innerhalb von 5 Jahren führt grundsätzlich dazu, dass keine private Vermögensverwaltung mehr vorliegt, sondern bereits ein gewerblicher Grundstückshandel. Anstelle einer steuerfreien Veräußerung außerhalb der 10-jährigen Spekulationsfrist entsteht bei der Veräußerung ein laufender, gewerbesteuerpflichtiger Gewinn. Die erheblichen Steuerunterschiede machen Ausweichkonstruktionen attraktiv. Fraglich ist, ob und wie Beteiligungen an vermögensverwaltenden bzw. gewerblichen Grundstücksgesellschaften einzubeziehen sind.

#### **Sachverhalt**

1994 hat eine GbR 1 ein Gebäude erworben und 1998 veräußert. Anschließend wurde die GbR 1 liquidiert und das Vermögen an die beiden Gesellschafter verteilt. Eine GbR II der beiden gleichen Gesellschafter hat ebenfalls 1994 einen Gebäudekomplex erworben; diese GbR II unterhält unstrittig einen gewerblichen Grundstückshandel. Nach Ansicht der Steuerpflichtigen war die GbR 1 nur vermögensverwaltend tätig; das Finanzamt nahm jedoch auch für die GbR 1 einen gewerblichen Grundstückshandel an.

#### **Entscheidung**

Der BFH ist der Auffassung des Finanzamtes nicht gefolgt. GbR 1 hat die private Vermögensverwaltung in Bezug auf die Veräußerung ihres einen Gebäudes nicht verlassen, auch wenn ihre Gesellschafter - im Rahmen der GbR II - mehr als 3 Objekte innerhalb von 5 Jahren veräußert haben. Eine solche Hinzurechnung auf Ebene der GbR I wird wegen des Grundsatzes der Einheit der Gesellschaft als unzulässig angesehen. Aus demselben Grund dürfen die Grundstücksveräußerungen zweier (beteiligungsidentischer) Personengesellschaften auch nicht zusammengerechnet werden.

#### **Konsequenz**

Etwaige Veräußerungen einer GbR werden ihren Gesellschaftern als Zählobjekt zugerechnet. Eine Hinzurechnung bei 2 beteiligungsidentischen GbR unterbleibt dagegen. Insoweit kann das Auslagern in verschiedene GbR das Begründen eines gewerblichen Grundstückshandels vermeiden helfen. Die zahlreichen Urteile des BFH zeigen aber: Entscheidend sind die konkreten Umstände des Einzelfalls.

### 4. **Statikbüro: Aufteilung in freiberufliche und gewerbliche Einkünfte**

#### **Einführung**

Aufgrund u. a. der Gewerbesteuer ist es wichtig, ob eine Tätigkeit als freiberufliche bzw. gewerbliche Tätigkeit einzustufen ist. Problematisch wird dies dann, wenn (Teil-)Tätigkeiten dem Grunde nach in unterschiedliche Einkunftsarten einzuordnen wären. Insoweit ist zu prüfen, ob das freiberufliche oder das gewerbliche Element vorherrscht. Hiernach ist die Gesamtzuordnung vorzunehmen.

#### **Sachverhalt**

Ein selbstständig tätiger und ein angestellter Ingenieur haben jeweils einzelne Aufträge und Projekte eigenverantwortlich und leitend betreut. Freiberufliche Einkünfte lagen nach Ansicht des Finanzamts aufgrund Unternehmensinitiative des (angestellten) Ingenieurs nicht vor. Vielmehr seien sämtliche Gewinne als gewerbliche Einkünfte des unternehmerisch tätigen Ingenieurs zu qualifizieren.

#### **Entscheidung**

Der BFH hat sich dieser Auffassung insoweit angeschlossen, als eine Alleinunternehmerschaft vorliegt. In einem zweiten Schritt sind die Einkünfte jedoch aufzuteilen: Die vom Unternehmensinhaber selbst betreuten Aufträge und Projekte können den freiberuflichen, die von seinem Angestellten betreuten Aufträge und Projekte seinen gewerblichen Einkünften zugerechnet werden. Die Zuordnung kann ggf. im Schätzungswege vorzunehmen sein. Es handelt sich insoweit um gleichartige, aber nicht um eine einheitliche Tätigkeit. So liegt eine einheitliche Tätigkeit vor, wenn die verschiedenen Tätigkeiten derart miteinander verflochten sind, dass sie sich unlösbar gegenseitig bedingen. Bei der einheitlichen Tätigkeit hätte die Zuordnung danach vorgenommen werden müssen, ob das freiberufliche oder das gewerbliche Element vorherrscht.

**Konsequenz**

Verschiedene Tätigkeiten eines Einzelunternehmers sind nicht automatisch nur einer Einkunftsart zuzuordnen. Wie der Urteilsfall zeigt, können gleichartige Tätigkeiten unterschiedlichen Einkunftsarten zuzuordnen sein. Gleichwohl kann man aus dem Urteil keine generelle Handlungsempfehlung ableiten. Entscheidend sind auch hier die Umstände des Einzelfalls.

5. **Privater Wegzug begründet keine doppelte Haushaltsführung****Kernproblem**

Werbungskosten sind notwendige Mehraufwendungen, wenn sie einem Arbeitnehmer wegen einer aus beruflichem Anlass begründeten doppelten Haushaltsführung entstehen. Eine doppelte Haushaltsführung liegt vor, wenn der Arbeitnehmer außerhalb des Ortes, in dem er einen eigenen Hausstand unterhält, beschäftigt ist und auch am Beschäftigungsort wohnt; eine normalerweise einheitliche Haushaltsführung wird auf zwei verschiedene Haushalte aufgespalten. Wesentlich für den Werbungskostenabzug ist die berufliche Veranlassung.

**Sachverhalt**

Ein Ehepaar wohnte und arbeitete in einem Ort. Im Streitjahr zogen sie in einen anderen Ort, um näher bei ihren Eltern zu wohnen. Der Ehemann arbeitete weiter im ersten Ort. Für die dortige nunmehr Zweitwohnung begehrte er den Werbungskostenabzug im Rahmen einer doppelten Haushaltsführung.

**Entscheidung**

Das FG Berlin-Brandenburg hat die Miete nicht als Werbungskosten anerkannt. Es liegt keine doppelte Haushaltsführung vor. So war im Streitfall kein Arbeitsplatzwechsel der Anlass für den Umzug, sondern rein private Gründe. Der Werbungskostenabzug setzt aber voraus, dass die Kosten nahezu ausschließlich beruflich veranlasst sind, private Gründe also allenfalls eine ganz untergeordnete Rolle spielen.

**Konsequenz**

Das Urteil steht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des BFH. Kosten einer doppelten Haushaltsführung sind nur dann steuerlich anzuerkennen, wenn Wohn- und Arbeitsort gerade wegen der Berufstätigkeit auseinanderfallen.

6. **Privatnutzung ungeeigneter Dienstwagen: Keine 1 %-Regelung****Kernproblem**

Die unentgeltliche Überlassung eines betrieblichen Kraftfahrzeugs an den Arbeitnehmer für dessen Privatnutzung führt regelmäßig zu Arbeitslohn. Im Rahmen der sog. 1 %-Regelung sind 1 % des Bruttolistenpreises pro Monat als geldwerter Vorteil zu versteuern. Das EStG definiert den Begriff "Kraftfahrzeug" jedoch nicht.

**Sachverhalt**

Einem GmbH-Geschäftsführer wurde - neben einem Opel Astra - ein zweisitziger Kastenwagen zur Verfügung gestellt. Sein fensterloser Aufbau ist mit Materialschränken und -fächern sowie Werkzeug versehen. Überdies trägt er eine auffällige Beschriftung. Das FA und ihm folgend auch das FG wendeten auch für den Kastenwagen die 1 %-Regelung an.

**Entscheidung**

Der BFH hob das Urteil auf und gab der Klage teilweise statt. Zwar wird nach dem Wortlaut des EStG jedwedes zum Betriebsvermögen des Arbeitgebers zählende "Kraftfahrzeug" von der 1 %-Regelung erfasst. Dennoch ist es nach Sinn und Zweck geboten, bestimmte Arten von Kraftfahrzeugen, namentlich auch LKW, von der Anwendung der 1 %-Regelung auszunehmen. Darunter werden üblicherweise solche Kraftfahrzeuge erfasst, die nach ihrer Bauart und Einrichtung ausschließlich oder vorwiegend zur Beförderung von Gütern dienen. Auf diese findet die 1 %-Regelung keine Anwendung.

**Konsequenz**

Nach dem BFH ist nicht auf sämtliche Kraftfahrzeuge die 1 %-Regelung anzuwenden. Ob ein Arbeitnehmer ein solches Kraftfahrzeug für Güter auch für private Zwecke eingesetzt hat, bedarf der

Feststellung im Einzelnen. Die Feststellungslast obliegt dem FA. Dieses kann sich nicht auf den sog. Beweis des ersten Anscheins berufen.

## 7. Zahlungen aufgrund einer Mietgarantie

### Einführung

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

### Fall

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

### Neues Urteil

Das FG Schleswig-Holstein folgt der Auffassung des Finanzamtes. Es bestätigt zwar, dass eine wirtschaftliche Verknüpfung zwischen Kaufvertrag und der Ausgleichszahlung besteht, sieht die Ursache für die Zahlung jedoch ebenfalls in den Mietausfällen. Zur Begründung verweist das FG u. a. darauf, dass im Zivilprozess die Höhe der Zahlung nach dem entstandenen Mietausfall und nicht nach einem Minderwert des Grundstückes bemessen wurde.

### Konsequenz

Durch das Urteil wird der Vergleich für den Verkäufer teurer als offensichtlich gedacht, da eine Korrektur der Umsatzsteuer entfällt (ca. 79.000 EUR). Es zeigt sich einmal mehr, dass gerade vor Abschluss derartiger Vergleiche steuerlicher Rat eingeholt werden sollte, um nicht auf der Umsatzsteuer sitzen zu bleiben. Im konkreten Fall besteht allerdings noch ein Rest Hoffnung für den Verkäufer, da das FG die Revision beim BFH zugelassen hat.

## 8. Progressionsvorbehalt: Einbeziehung des Krankengeldes

### Kernproblem

Bestimmte Lohn- und Einkommensersatzleistungen, wie Arbeitslosengeld oder Mutterschaftsgeld, sind steuerfrei. Sie werden allerdings dem Progressionsvorbehalt unterworfen. Der Progressionsvorbehalt bewirkt, dass die Ersatzleistungen selbst zwar nicht besteuert werden. Sie erhöhen aber die Steuer auf die übrigen Einkünfte, weil sie bei der Berechnung des Einkommensteuersatzes für die übrigen steuerpflichtigen Einkünfte berücksichtigt werden. Ebenfalls zu den steuerfreien Ersatzleistungen zählt das Krankengeld, das nach den Vorschriften des Sozialgesetzbuchs bezogen wird, also von einer gesetzlichen Krankenkasse ausgezahlt wird.

### Sachverhalt

Ein Schornsteinfeger war als Selbstständiger freiwillig in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert. Die von ihm bezogenen Krankengeldleistungen unterwarf das Finanzamt im Rahmen der Einkommensteuerveranlagung dem Progressionsvorbehalt. Der Kläger vertrat hingegen die Auffassung, dass der Progressionsvorbehalt ausschließlich bei Krankengeldleistungen an einen Arbeitnehmer Anwendung findet. Leistungen, die ein freiwillig Versicherter von seiner gesetzlichen Krankenkasse erhält, seien mit den Leistungen einer privaten Krankenversicherung vergleichbar und unterliegen damit nicht dem Progressionsvorbehalt.

### Entscheidung

Mit seinem Urteil hat der Bundesfinanzhof entschieden, dass sich der Progressionsvorbehalt bei Krankengeldleistungen nicht nur auf Pflichtversicherte erstreckt, sondern auf alle Steuerpflichtigen, die Krankengeld auf der Grundlage des Sozialgesetzbuchs bezogen hätten. Damit ist auch das an freiwillig gesetzlich Versicherte gezahlte Krankengeld in den Progressionsvorbehalt einzubeziehen, da

die Vorschriften des Sozialgesetzbuchs auch Voraussetzungen und Rechtsfolgen freiwillig Versicherter regeln. Für die Annahme einer privaten Krankenversicherung "unter dem Dach der Sozialversicherung", bestehe kein Raum.

### **Konsequenz**

Krankengeldleistungen der gesetzlichen Krankenkassen sind - unabhängig vom Versichertenstatus - regelmäßig in den Progressionsvorbehalt einzubeziehen. Lediglich Leistungen der privaten Krankenversicherung sind von der Einbeziehung ausgenommen. In dieser "Ungleichbehandlung" sieht der BFH allerdings keinen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz.

## **9. Telefonische Fachauskünfte**

### **Kernproblem**

Telefonische Mitteilungen eines Steuerberaters können einen Auskunftsvertrag begründen und haftungsrechtliche Folgen haben.

### **Sachverhalt**

Die Kläger erwarben Ende 1995 eine Eigentumswohnung zum Preis von DM 560.000 und vermieteten diese. Der Beklagte war der Steuerberater der Kläger. Er erstellte deren Einkommensteuererklärung und berechnete die Einnahmen aus der Vermietung. Anfang 2003 teilten die Kläger dem Beklagten telefonisch ihre Verkaufsabsicht hinsichtlich der Wohnung zum Einstandspreis mit. Sie fragten ihn, ob "man sich wegen der anstehenden Gesetzesänderung" mit dem Verkauf beeilen müsse. Dies verneinte der Beklagte, woraufhin die Kläger die Immobilie für 293.000 EUR verkauften. Weil der Beklagte es versäumt hatte, die Kläger zu informieren, dass bei einem Verkauf innerhalb der Spekulationsfrist von 10 Jahren die Abschreibungsbeträge den Einstandspreis mindern und somit ein zu versteuernder Veräußerungsgewinn anfällt, verlangten diese Schadensersatz. Das LG gab der Klage statt, das abweisende Urteil der OLG hob der BGH auf.

### **Entscheidung**

Der Schadensersatzanspruch der Kläger besteht, denn aufgrund der wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung der Sache hat der Beklagte die Auskunft nicht gefälligkeitshalber erteilt. Dem Umstand, dass er für sein Tätigwerden keine Vergütung verlangte, kommt kein entscheidendes Gewicht zu. Der stillschweigende Abschluss eines Auskunftsvertrages zwischen Geber und Empfänger und damit eine vertragliche Haftung des Auskunftsgewäbers ist dann anzunehmen, wenn die Auskunft für den Empfänger erkennbar von erheblicher Bedeutung ist und er sie zur Grundlage wichtiger Entschlüsse machen will. Das gilt insbesondere, wenn der Auskunftsgewäber besonders sachkundig ist oder ein eigenes wirtschaftliches Interesse hat. So war es auch hier. Der steuerliche Auskunftsvertrag war einem beschränkten Mandat gleichzusetzen. Der Beklagte hätte vor Nachteilen und Risiken warnen müssen.

### **Konsequenz**

Wird vom Steuerberater eine Auskunft erteilt und erleidet der Mandant anschließend einen Schaden, weil beim Verkauf einer Immobilie nicht auf steuerliche Besonderheiten hingewiesen wurde, haftet der Steuerberater selbst dann, wenn er dem Mandanten die Auskunft nicht in Rechnung stellt. Es handelt sich bei der telefonischen Auskunft nicht um eine Gefälligkeit. Um der Haftungsfalle zu entgehen, sollten sich solche Beratungen grundsätzlich auf allgemeine und nicht sachverhaltsbezogene Auskünfte beschränken.

## **10. Berechtigt die gesonderte Feststellung zum Vorsteuerabzug?**

### **Einführung**

Der Gewinn von Personengesellschaften wird mit Hilfe der Feststellungserklärung (gesonderte und einheitliche Feststellung) auf die einzelnen Gesellschafter verteilt und von diesen, im Rahmen ihrer persönlichen Einkommensteuererklärungen, versteuert. Die Kosten für die Ermittlung der Gewinnanteile bzw. die Erstellung der Feststellungserklärung tragen die Gesellschaften.

### **Rechtslage**

Der BFH geht davon aus, dass diese Leistungen nicht den unternehmerischen Bereich der

Gesellschaft betreffen, da sie den Gesellschaftern zugute kommen. Er hat daher in mehreren Urteilen den Gesellschaften den Vorsteuerabzug aus den entsprechenden Rechnungen, z. B. des Steuerberaters, versagt.

#### **Neues Urteil**

Das FG Düsseldorf hält die Rechtsprechung des BFH angesichts der jüngsten EuGH-Rechtsprechung für überholt. Demnach ist ein Vorsteuerabzug für (allgemeine) Leistungen möglich, die direkt oder unmittelbar mit der unternehmerischen Betätigung zusammenhängen. Dies ist bei den genannten Kosten nach Ansicht des FG der Fall, da ohne wirtschaftliche Betätigung der Personengesellschaft keine Steuererklärung zu erstellen wäre. Das FG hat daher den Vorsteuerabzug zugelassen.

#### **Konsequenz**

Unter Berufung auf das Urteil kann nun der Vorsteuerabzug aus Rechnungen geltend gemacht werden, die in Verbindung mit der Ermittlung der Gewinnanteile der Gesellschafter stehen, insbesondere aus der Abrechnung der Feststellungserklärung. Dem Finanzamt gegenüber ist dies offen zu legen, um nicht Gefahr zu laufen, der Steuerhinterziehung bezichtigt zu werden. Im Falle der zu erwartenden Ablehnung durch die Finanzämter, kann das Verfahren offen gehalten werden bis der BFH in der anhängigen Revision entscheidet.

### **11. Kleinstbetriebe können auf elektronische Steuererklärungen verzichten**

#### **Einführung**

Durch das Steuerbürokratieabbaugesetz werden die Pflichten der Bürger und Unternehmen, steuerlich relevante Daten elektronisch an die Finanzverwaltung zu übertragen, weiter ausgebaut.

#### **Rechtslage**

Zurzeit sind die Unternehmen verpflichtet, die Lohnsteuer- sowie die Umsatzsteuervoranmeldungen elektronisch zu übertragen. Daneben versucht die Finanzverwaltung die elektronische Abgabe von Steuererklärungen zu forcieren, indem Fristverlängerungsanträge wohlwollender beschieden werden, wenn die elektronische Übermittlung zugesichert wird.

#### **Steuerbürokratieabbaugesetz (SteuBAG)**

Ab dem Veranlagungsjahr 2011 wird die elektronische Übertragung von betrieblichen Steuererklärungen und Einkommensteuererklärungen, die Gewinneinkünfte beinhalten, verpflichtend. Ebenso sind Jahresabschlüsse (Bilanz und GuV) sowie die Anlage EÜR für Wirtschaftsjahre, die nach dem 31.12.2010 beginnen, elektronisch zu übertragen. Von den genannten Verpflichtungen können sich allerdings Steuerpflichtige befreien lassen, denen die elektronische Datenübermittlung wirtschaftlich und persönlich nicht zuzumuten ist (Härtefallregelung). Dies wird angenommen, wenn der Steuerpflichtige entweder nicht über die technische Ausstattung verfügt und diese nur aufwendig zu beschaffen wäre oder ihm die notwendigen Kenntnisse fehlen.

#### **Neue Verwaltungsanweisung**

Die OFD Frankfurt am Main weist in diesem Zusammenhang daraufhin, dass die Härtefallregelung bereits zum 1.1.2009 in Kraft getreten ist. Sie gilt daher auch schon für die bestehenden Pflichten (s. o.). Unter die Härtefallregelung fallen nach Ansicht der OFD regelmäßig Kleinstbetriebe.

#### **Konsequenz**

Ziel des SteuBAG ist eine Vereinfachung bzw. Entbürokratisierung. Diese dürfte jedoch primär auf Seiten der Finanzverwaltung eintreten. Für viele Steuerpflichtige sind die schon bestehenden Verpflichtungen häufig mit zusätzlichem Aufwand verbunden. Es wundert daher nicht, dass nicht jeder Unternehmer gewillt ist, diesen Verpflichtungen nachzukommen. Durch die gesetzliche Niederlegung der Härtefallregelung können nun vor allem Kleinstbetriebe auf die elektronische Datenübertragung verzichten. Hierzu bedarf es keines expliziten Antrags, sondern die Abgabe z. B. der Umsatzsteuervoranmeldung in Papierform wird als solcher gewertet. Die Finanzämter sollen das Vorliegen eines Härtefalls nur überprüfen, wenn dies nicht glaubhaft erscheint. Das soll schon bei Unternehmen mit E-Mail Adresse der Fall sein.

### **12. Rechnungen: Kein Vorsteuerabzug ohne Angabe des Leistungszeitpunktes**

**Einführung**

Die Angabe des Zeitpunktes der Leistung ist ein notwendiger Bestandteil einer Rechnung. Fehlt dieser, so wird der Vorsteuerabzug versagt. Diese Regelung gibt es schon seit ewigen Zeiten im UStG. Trotzdem herrscht noch immer die weit verbreitete Auffassung, dass auf eine separate Angabe des Leistungszeitpunktes verzichtet werden könnte, wenn das Rechnungsdatum dem Leistungszeitpunkt entspricht bzw. ein Lieferschein vorliegt. Ein aktuelles Urteil des BFH dürfte diesem Irrglauben nun ein Ende bereiten.

**Fall**

Strittig war der Vorsteuerabzug aus der Rechnung für eine Lieferung. Die Rechnung enthielt das Auftrags- und das Ausstellungsdatum. Eine Angabe des Lieferdatums fehlte, ebenso ein Hinweis auf den Lieferschein. Diesen reichte der Kläger später nach. Die Angaben im Lieferschein stimmten mit denen auf der Rechnung überein. Zusätzlich war das Ausstellungsdatum des Lieferscheins angegeben. Ein Hinweis auf den Leistungszeitpunkt fehlte auch hier. Der Kläger vertrat die Auffassung, dass die separate Angabe des Leistungszeitpunktes überflüssig sei, wenn dieses Datum mit dem Datum der Ausstellung der Rechnung bzw. dem des Lieferscheins übereinstimmt.

**Neues Urteil**

Der BFH folgt der Auffassung des Klägers nicht und versagt den Vorsteuerabzug.

**Konsequenz**

Jetzt sollte es endgültig klar sein: Um den Vorsteuerabzug zu erhalten, müssen Rechnungen eine separate Angabe des Leistungszeitpunktes enthalten. Eine Ausnahme gilt nur unter bestimmten Voraussetzungen für Voraus- bzw. Anzahlungsrechnungen, da hier das Leistungsdatum regelmäßig noch nicht bekannt ist. Enthält lediglich der Lieferschein das Lieferdatum, so muss auf diesen in der Rechnung hingewiesen werden. Die Finanzverwaltung lässt es allerdings zu, dass anstelle des Lieferdatums der Verweis erfolgt "das Leistungsdatum entspricht dem Rechnungsdatum". Dies gilt natürlich nur für die Fälle, in denen diese Aussage auch zutrifft.

**13. AGG-Hopping****Kernfrage/Rechtslage**

Nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz muss bereits die Stellenausschreibung diskriminierungsfrei erfolgen. Enthält die Stellenanzeige eine Diskriminierung, erfolgt eine Bewerbung in ernsthafter Absicht und ist der Bewerber objektiv für die Stelle geeignet, steht einem abgelehnten unter die Diskriminierung fallenden Bewerber ein verschuldensunabhängiger Entschädigungsanspruch gegen den ausschreibenden Arbeitgeber zu. Seit in Kraft treten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes befürchtete man, dass diese Regelung zu Missbräuchen verleitet, sich nur auf diskriminierende Anzeigen zu bewerben, um den Entschädigungsanspruch geltend machen zu können. Das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein hatte nunmehr darüber zu befinden, ob alleine die hohe Anzahl von solchen Entschädigungsklagen geeignet ist, den Entschädigungsanspruch zu vereiteln.

**Entscheidung**

Geklagt hatte ein 42jähriger Bewerber, der sich auf eine Stelle beworben hatte, in der "jüngere/-r Buchhalter/-in mit mehrjähriger Berufserfahrung" gesucht wurde. Der Kläger selber war Kaufmann. Nachdem der Arbeitgeber die Stelle mit einer 25jährigen Bewerberin besetzt hatte, klagte der Bewerber auf die Entschädigung nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz. Der Arbeitgeber konnte in Erfahrung bringen, dass der Kläger neben dieser Klage noch in mindestens 36 weiteren Fällen Entschädigungsklage erhoben und hierzu regelmäßig standardisierte Schreiben verwendet hatte. Das Gericht wies die Klage des Klägers insbesondere deshalb ab, weil der Kläger aufgrund seiner Ausbildung nicht die objektive Eignung für eine Buchhaltungsstelle erfüllte. Außerdem hatte das Gericht erhebliche Zweifel an der Ernsthaftigkeit der Bewerbung. Im Kern führte das Gericht aber aus, dass alleine die Anzahl der anhängigen Entschädigungsklagen nicht zum Ausschluss bzw. Wegfall des Entschädigungsanspruches führe.

**Konsequenz**

Die Entscheidung zeigt, dass dem Entschädigungsanspruch des Bewerbers Beachtung geschenkt

werden muss. Insbesondere das Nichtvorliegen einer ernsthaften Bewerbung kann vom Arbeitgeber nicht durch Indizien bewiesen werden. Vielmehr müssen konkrete Tatsachen bestehen, die eine Ernsthaftigkeit wegfallen lassen.

#### 14. **Unterschiedliche Ahndung gleichartiger Pflichtverletzungen**

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

Der im Arbeitsrecht geltende Gleichbehandlungsgrundsatz, der dafür sorgt, dass Arbeitnehmer im Hinblick auf die Arbeitsbedingungen und -konditionen gleich zu behandeln sind, wirkt bei Kündigung nicht unmittelbar. Allerdings entfaltet er in Kündigungsfällen mittelbare Wirkung. Das heißt, der Arbeitgeber muss - wenn er mehrere Arbeitnehmer wegen eines vergleichbaren Verhaltens aus kündigungsrechtlicher Sicht unterschiedlich behandelt - die abweichende Behandlung begründen können. Das Hessische Landesarbeitsgericht hatte über die Wirkung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bei Kündigungen zu entscheiden.

##### **Entscheidung**

In einem Kaufhaus des Arbeitgebers wurden Konzertkarten mit einem Payback-Sondercoupon verkauft, der einen Wert von 5 EUR besaß und nur einmal eingelöst werden sollte. Technisch war aber eine Mehrfacheinlösung möglich. Bei einer internen Prüfung wurde festgestellt, dass einige Arbeitnehmer, darunter der Kläger, den Sondercoupon bis zu fünfzigmal eingelöst hatten. Streitig war, ob und welche Hinweise der Arbeitgeber zum Umgang mit den Sondercoupons erteilt hatte. Während einigen Arbeitnehmer fristlos, hilfsweise ordentlich gekündigt wurde, wurde anderen Arbeitnehmern gegenüber nur eine Verwarnung ausgesprochen. Der Kläger klagte gegen die ihm gegenüber erklärte Kündigung und erhielt Recht. Die Kündigung sei deshalb unwirksam, weil das unterschiedliche Verhalten des Arbeitgebers zeige, dass der Pflichtenverstoß eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses unter Umständen ermögliche. In solchen Fällen führe die mittelbare Wirkung des Gleichbehandlungsgrundsatzes dazu, dass der Arbeitgeber darlegen müsse, warum er beim Kläger von der Regel (= Fortführung des Arbeitsverhältnisses) abgewichen sei, was er aber nicht getan habe.

##### **Konsequenz**

Die Entscheidung zeigt die Gefahren der Ungleichbehandlung von Arbeitnehmern. Selbst dort, wo ein sachlicher Grund zur Ungleichbehandlung vorliegen könnte, ist es die Pflicht des Arbeitgebers, diesen im Vorfeld bereits zu dokumentieren, um ihn nachweisen zu können.

#### 15. **Kosten für Berufskleidung**

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

Ist das Tragen von Schutzkleidung gesetzlich vorgeschrieben, ist der Arbeitgeber verpflichtet, seinen Mitarbeitern diese Schutzkleidung kostenlos zur Verfügung zu stellen. Fehlt eine gesetzliche Grundlage, kann der Arbeitgeber die Kosten für die Anschaffung und Pflege der Berufskleidung dem Grunde nach auf den Arbeitnehmer überwälzen. Das Bundesarbeitsgericht hatte nunmehr über die Anforderungen von arbeitsvertraglichen Regelungen zu entscheiden, mit denen Kosten für Berufskleidung auf den Arbeitnehmer übergeleitet werden sollten.

##### **Entscheidung**

Die Klägerin war Verkäuferin mit einem Nettoentgelt von monatlich 800 EUR. Nach ihrem - standardisierten - Arbeitsvertrag musste sie vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellte Berufskleidung tragen und sich an den Kosten der Anschaffung und Pflege dieser Kleidung - pauschal - beteiligen, was der Arbeitgeber durch Lohnabzug sicherstellte. Das Gericht gab der Klägerin Recht und entschied auf Rückzahlung der Kleidungs pauschalen. Zwar sei es dem Arbeitgeber möglich, das Tragen von Berufsbekleidung anzuordnen und den Arbeitnehmer an den Kosten zu beteiligen, wenn dies nicht durch Tarifvertrag ausgeschlossen oder das Tragen von Schutzkleidung gesetzlich vorgeschrieben sei. Ist die Kostenübernahme aber in einem standardisierten Arbeitsvertrag geregelt, dürfe sie den Arbeitnehmer aber nicht unangemessen benachteiligen. Ob eine unangemessene Benachteiligung vorliege, richte sich danach, welche Vorteile der Arbeitnehmer durch das Stellen der Berufskleidung habe. Im vorliegenden Fall komme es hierauf aber gar nicht an, denn eine Kostenübernahme sei ausgeschlossen, wenn das Nettoentgelt unpfändbar sei.

**Konsequenz**

Die Entscheidung dürfte weitreichende Konsequenzen haben. Denn eine Kostenübernahme ist - jedenfalls bei Lohnabzug - nur dann zulässig, wenn der Arbeitnehmer die Kosten aus Nettoarbeitseinkommen übernehmen kann, das über der Pfändungsfreigrenze liegt. Dies dürfte insbesondere in unteren Einkommensklassen nicht möglich sein.

16. **Kassierer: Fristlose Kündigung bei Unterschlagung kleinster Beträge****Kernfrage/Rechtslage**

Ungeachtet der Tatsache, dass Kündigungen und insbesondere fristlose Kündigungen das letzte arbeitsrechtliche Mittel sein müssen, die erst dann wirksam werden können, wenn eine Abwägung aller Umstände die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar erscheinen lassen, verhält es sich so, dass bereits kleinste Straftaten zu Lasten des Arbeitgebers eine fristlose Kündigung rechtfertigen. Eine Geringfügigkeitsgrenze gibt es in diesem Zusammenhang nicht. Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hat in einer jüngeren Entscheidung nochmals zur Geringfügigkeit geurteilt.

**Entscheidung**

Eine 50jährige Kassiererin, Mutter dreier Kinder, war seit über 30 Jahren beim Arbeitgeber beschäftigt. Als eine Kollegin dem Arbeitgeber anzeigte, dass die Kassiererin zwei ihr nicht gehörende Leergutbons im Wert vom 1,30 EUR aus dem Kassenbüro entnommen habe, kündigte der Arbeitgeber fristlos. Gegen die Kündigung wandte die Klägerin ein, sie habe keine Unterschlagung begangen. Die Kündigung stehe damit im Zusammenhang, dass sie als Gewerkschaftsmitglied einen Streik organisiert habe. Außerdem müsse sie bei der vorliegenden Verdachtskündigung nicht ihre Unschuld beweisen. Das Gericht wies ihre Klage ab. Zum einen hätten ausreichende objektive Tatsachen für eine Verdachtskündigung vorgelegen. Die Voraussetzungen einer Verdachtskündigung habe der Arbeitgeber auch nachgewiesen. Das Prinzip der Unschuldsvermutung gelte im Arbeitsrecht nicht. Entscheidend sei, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar sei. Im Übrigen sei durch die Zeugin die Entnahme der Leerbons erwiesen. Dass sich der Unterschlagungsvorwurf nur auf einen Betrag von 1,30 EUR richte, sei irrelevant. Soziale Erwägungen müssten zurückstehen, weil sich der Arbeitgeber auf die Ehrlichkeit seiner Kassierer unbedingt verlassen können müsse. Dieses Vertrauen habe die Arbeitnehmerin irreparabel zerstört.

**Konsequenz**

Die Entscheidung unterstreicht die bisherige Rechtsprechung, dass eine Geringfügigkeitsgrenze bei Straftaten zu Lasten des Arbeitgebers nicht existiert. Der Anwalt der Klägerin hat angekündigt, die Entscheidung möglicherweise auch verfassungsrechtlich überprüfen zu lassen.

**GmbH-Gesellschafter/-Geschäftsführer**1. **Fremder Firmenname als Domainname****Kernproblem**

Griffige Domainnamen werden immer wichtiger. Fraglich war, inwieweit Unternehmen dagegen vorgehen können, dass ihre Geschäftsbezeichnung von Dritten als Domainname registriert und benutzt wird.

**Sachverhalt**

Die Klägerin, ein Hard- und Softwareanbieter, benutzt seit 2001 zur Unternehmensbezeichnung die Abkürzung "ahd". Die beklagte GmbH hat eine Vielzahl von Domainnamen auf sich registrieren lassen, um sie zum Kauf oder zur entgeltlichen Nutzung anzubieten, darunter auch seit 1997 der Name "ahd.de". Anfang 2002 enthielt die entsprechende Internetseite nur ein "Baustellen"-Schild, es konnten dort Dienstleistungen der Beklagten wie das Erstellen von Homepages abgerufen werden. Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Unterlassung der Nutzung der Bezeichnung "ahd" für das Angebot dieser Dienstleistungen und die Einwilligung in die Löschung des Domainnamens. Die Vorinstanzen gaben der Klage statt. Der BGH bestätigte die Verurteilung zur Unterlassung der Benutzung des

Namens "ahd". In Bezug auf die Verurteilung zur Einwilligung in die Löschung des Domainnamens hob er das Berufungsurteil auf und wies die Klage ab.

### **Entscheidung**

Wegen ihres nach der Registrierung des Domainnamens entstandenen Rechts an der Unternehmensbezeichnung kann es die Klägerin der Beklagten verbieten, die Bezeichnung "ahd" als Kennzeichen für die im Schutzbereich der Geschäftsbezeichnung der Klägerin liegenden Dienstleistungen zu benutzen. Die Registrierung eines Domainnamens führt nur dazu, dass der Inhaber eines erst nach der Registrierung entstandenen Namens- oder Kennzeichenrechts vom Domaininhaber regelmäßig nicht die Löschung des Namens verlangen oder ihm jedwede Nutzung des Domainnamens untersagen kann. Sie berechtige den Inhaber indes nicht dazu, unter dem Domainnamen das Kennzeichenrecht des Dritten zu verletzen. Ein Löschungsanspruch war zu verneinen. Das Halten des Domainnamens ist noch keine Verletzung der Geschäftsbezeichnung der Klägerin. Ein Löschungsanspruch ergibt sich schließlich auch nicht unter dem Gesichtspunkt der wettbewerbswidrigen Mitbewerberbehinderung.

### **Konsequenz**

Durch die Registrierung eines Domainnamens ist der Inhaber nicht dazu berechtigt, unter dem Namen das Kennzeichenrecht eines Dritten zu verletzen. Allerdings kann der Dritte sein Löschungsbegehren nicht auf eine Kennzeichenverletzung stützen, weil das Halten des Domainnamens allein nicht schon eine Verletzung seiner Geschäftsbezeichnung darstellt.

## 2. **Vorstandsdoppelmandate im faktischen Konzern**

### **Kernproblem**

So genannte Vorstandsdoppelmandate sind nach geltendem Aktienrecht, auch im faktischen Konzern, nicht verboten. Ihre Zulässigkeit hängt allein von der Zustimmung der Aufsichtsräte beider Gesellschaften zu der Doppeltätigkeit ab.

### **Sachverhalt**

Parteien des Rechtsstreits sind die 3 Gesellschafterinnen der Gruner+Jahr AG & Co. KG: die Klägerin (Constanze Verlag GmbH & Co. KG) und die beklagte Bertelsmann AG sind ihre alleinigen Kommanditistinnen. Beide sind zugleich Aktionäre der Komplementärin, der ebenfalls beklagten Gruner+Jahr AG. Die Bertelsmann AG beherrscht faktisch sowohl die Gruner+Jahr AG als auch die KG. Sie hatte den Vorstandsvorsitzenden der Gruner+Jahr AG in 2000 und 2004 auch in ihren eigenen Vorstand berufen. Die Klägerin begehrt die Feststellung, dass ein Vorstandsmitglied der Gruner+Jahr AG nur mit ihrer Zustimmung ein Mandat in der Bertelsmann AG ausüben dürfe. Sie meint, dass bei der besonderen Form der AG & Co. KG wegen des für deren Gesellschafter geltenden Wettbewerbsverbotes auch ihr Einverständnis als Minderheitskommanditistin notwendig sei. Vorstandsmitgliedern der Gruner+Jahr AG sei der Wettbewerb zu KG verboten; ein Doppelmandat bei der Konzernspitze verletze dieses Verbot. Sämtliche Instanzen haben die Klage abgewiesen.

### **Entscheidung**

Die Klägerin hat als Minderheitskommanditistin der Gruner+Jahr AG & Co. KG kein aus einem Wettbewerbsverbot ableitbares Recht zur Mitwirkung (Vetorecht) an der Entscheidung der zuständigen Organe der beiden beklagten AG. Dem für Personengesellschaften geltenden gesetzlichen Wettbewerbsverbot unterliegen zwar die beiden beklagten AG als Gesellschafterinnen, nicht aber deren Vorstandsmitglieder.

### **Konsequenz**

Die Bestellung des Vorstands einer AG fällt in die alleinige Zuständigkeit des Aufsichtsrats. Die von der beklagten Bertelsmann AG als Mutter-AG beherrschte AG & Co. KG ist hinsichtlich der alleinigen Bestellungskompetenz der Aufsichtsräte der beiden beklagten AG für Vorstandsdoppelmandate nicht anders zu beurteilen. Auch die spezielle Gesellschaftsform der AG & Co. KG ist in Bezug auf diese Kompetenzfrage nicht wie eine Einheitsgesellschaft zu behandeln, sondern unterliegt ebenfalls dem Trennungsprinzip.

### 3. **Abberufung eines Geschäftsführers einer Zweipersonen-GmbH**

#### **Kernproblem**

Zur Abberufung eines Geschäftsführers einer Zwei-Personen-GmbH aus wichtigem Grund wegen eines unheilbaren Zerwürfnisses mit einem Mitgeschäftsführer ist kein Verschulden notwendig.

#### **Sachverhalt**

Die beklagte GmbH betrieb eine Seniorenresidenz, die sich auf einem unter Zwangsverwaltung stehenden Grundstück befand. Der Kläger hielt Anteile an der Beklagten in Höhe von 35 %, die weitere Gesellschafterin die übrigen Anteile. Beide Gesellschafter waren zu Geschäftsführern bestellt, dem Kläger oblag die kaufmännische und der weiteren Gesellschafterin die technische Leitung. Im Grundstücks-Pachtvertrag war ein Überschuss-Mehrbetrag vereinbart, der anhand der von der Beklagten vollständig offen zu legenden Buchführungsunterlagen einverständlich festzustellen war. Wegen Verletzung dieser Pflicht und rückständigem Pachtzins kündigte der Zwangsverwalter das Pachtverhältnis aus wichtigem Grund. In der folgenden Gesellschafterversammlung wurde der Kläger als Geschäftsführer aus wichtigem Grund mit der Stimme der anderen Gesellschafterin abberufen, der Anstellungsvertrag wurde fristlos gekündigt. Die hiergegen gerichtete Klage wies das LG ab, das OLG gab ihr statt. Der BGH hob das Berufungsurteil auf und wies die Sache an das OLG zurück.

#### **Entscheidung**

Das Berufungsurteil verletzt den Anspruch der beklagten GmbH auf rechtliches Gehör. Das OLG hatte sich unzulässigerweise nur mit der Frage befasst, ob die unstreitige Zerrüttung des Verhältnisses der Gesellschafter-Geschäftsführer vom Kläger verursacht worden war. Es hätte sich auch mit den weiteren wichtigen Gründen befassen müssen. Die Beklagte hatte dezidiert behauptet, der Kläger habe als Verantwortlicher für den kaufmännischen Bereich pflichtwidrig Jahresabschlüsse nicht erstellt und eingereicht. Diese schwerwiegende Pflichtverletzung hat das Berufungsgericht verfahrensfehlerhaft nicht in die Gesamtwürdigung mit einbezogen. Ferner ist es bei der Beurteilung eines Zerwürfnisses nicht erforderlich, dass der Verursachungsanteil des Abzuberufenden den des Mitgeschäftsführers überwiegt.

#### **Konsequenz**

Zur Abberufung eines Geschäftsführers einer Zwei-Personen-GmbH aus wichtigem Grund reicht es aus, dass die Geschäftsführer untereinander so heftig zerstritten sind, dass eine Zusammenarbeit nicht mehr möglich ist. Es kann jeder von ihnen dann abberufen werden, wenn er durch sein, nicht notwendigerweise schuldhaftes, Verhalten zu dem Zerwürfnis beigetragen hat.

### 4. **Verstoß gegen die Offenlegungspflicht des Jahresabschlusses**

#### **Kernproblem**

Der Geschäftsführer einer GmbH muss den Jahresabschluss der Gesellschaft spätestens 12 Monate nach dem Ende des Geschäftsjahres beim elektronischen Bundesanzeiger zur Offenlegung einreichen. Anderenfalls droht ihm ein persönliches Ordnungsgeld von bis zu 25.000 EUR.

#### **Sachverhalt**

Die Geschäftsführerin einer GmbH wendet sich gegen die Festsetzung eines Ordnungsgeldes von 2.500 EUR durch das Bundesamt für Justiz wegen Nichteinreichung von Jahresabschlussunterlagen beim Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers. Nach erfolglosem Einspruch dagegen hat die Geschäftsführerin sofortige Beschwerde beim Landgericht erhoben. Diese wurde zurückgewiesen.

#### **Entscheidung**

Die Ordnungsgeldentscheidung war rechtmäßig; die gesetzlichen Offenlegungspflichten und die Sanktionsmöglichkeiten bei Nichtbeachtung sind verfassungsgemäß. Aus den Gründen der Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz verstößt die ordnungsgeldbewehrte Offenlegungspflicht auch nicht gegen Europäisches Gemeinschaftsrecht. Sie ist im Hinblick auf die Haftungsbeschränkung der Kapitalgesellschaft insbesondere zum Gläubigerschutz und zur Gewährleistung der Markttransparenz geeignet, erforderlich und verhältnismäßig. Es besteht kein Zwang zum Betrieb eines Handelsgeschäfts in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft; diese kann sich auf die Offenlegungspflichten einrichten. Das gilt auch für kleine Kapitalgesellschaften mit weniger als 50 Mitarbeitern und einer Bilanzsumme von unter 4.015.000 EUR bzw. Umsatzerlösen von unter

8.030.000 EUR. Für diese sind die offen zu legenden Jahresabschlussunterlagen beschränkt. Die von der Geschäftsführerin angeführten anderen Auskunftsmöglichkeiten (Kreditauskunft, Unbedenklichkeitsbescheinigung etc.) ersetzen die Offenlegung der Jahresabschlussunterlagen nicht.

#### **Konsequenz**

Bei einem Verstoß gegen die Offenlegungspflichten wird vom Bundesamt für Justiz von Amts wegen ein Ordnungsgeldverfahren eingeleitet, in dessen Rahmen zunächst ein Ordnungsgeld angedroht wird. Das Ordnungsgeld kann zwischen 2.500 EUR und 25.000 EUR liegen, die Verwaltungsgebühren von rd. 50 EUR sind in jedem Fall zu entrichten. Bei weiterer Nichtbeachtung der Offenlegungspflicht wird das Ordnungsgeld schließlich festgesetzt.

### **5. Streitwert eines Anfrageverfahrens**

#### **Kernfrage/Rechtslage**

In sozialgerichtlichen Verfahren, in denen ein tatsächlicher Streitwert nicht festzumachen ist (oftmals reine Feststellungssachen), sehen die gesetzlichen Vergütungsvorschriften über die Anwaltsvergütung Rahmengebühren vor. In Verfahren, in denen zwar ein Streitwert ermittelt werden kann, für dessen Bestimmung aber keine konkreten Anhaltspunkte vorliegen, setzt das Gericht den Streitwert fest. Dies sind regelmäßig sog. Antragsverfahren wie zum Beispiel ein Rechtsstreit über das Ergebnis eines Statusfeststellungsverfahrens darüber, ob eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung vorliegt oder nicht. Bislang wurde in solchen Verfahren oftmals der Auffangstreitwert von 5.000 EUR festgesetzt.

#### **Entscheidung**

Nunmehr hat sich auch das Landessozialgericht Bayern der Rechtsprechung anderer Landessozialgerichte angeschlossen und den Streitwert für Statusfeststellungsverfahren, konkret ging es um die Statusfeststellung eines Gesellschafter-Geschäftsführers, auf 18.000 EUR festgelegt. In seinem hierzu ergangenen Beschluss führte es aus, dass in Statusfeststellungsverfahren ausreichende Anhaltspunkte für eine pauschalierte Streitwertermittlung vorlägen, die zu dem Ergebnis kommen müsse, dass der Streitwert mit 18.000 EUR festgesetzt werden könne. Dies wäre auch deswegen geboten, um eine einheitliche Rechtsprechung der Landessozialgerichte zu gewährleisten.

#### **Konsequenz**

Nachdem jetzt auch in einem dritten großen Bundesland die Streitwertfestsetzung für Antragsverfahren auf 18.000 EUR erfolgt ist, wird man davon ausgehen können, dass dieser Streitwert einheitlich angesetzt werden kann.

### **6. Betriebsübernahme: Keine Haftung für Sozialversicherungsbeiträge**

#### **Kernfrage/Rechtslage**

Der Übernehmer eines Handelsunternehmens haftet, wenn er die im Handelsregister eingetragene Firma des ehemaligen Inhabers übernimmt und fortführt, für die Geschäftsverbindlichkeiten des alten Inhabers, wenn im Handelsregister nicht eine Haftungsbeschränkung eingetragen wird. Zu diesen Geschäftsverbindlichkeiten gehören auch Steuern, selbst dann, wenn sie erst nach dem Übergang im Rahmen einer Betriebsprüfung festgestellt werden. Das Landessozialgericht Rheinland-Pfalz hatte nunmehr darüber zu entscheiden, ob diese Haftung auch für Sozialversicherungsbeiträge gelten kann.

#### **Entscheidung**

Ein Sohn hatte von seiner Mutter unter Fortführung der Firma im Handelsregister ein Handelsunternehmen übernommen. Allerdings wurde eine neue Betriebsnummer vergeben. In einer Betriebsprüfung wurden Sozialversicherungsnachzahlungen aus der Zeit vor dem Betriebsübergang festgestellt, für die der Sohn in Haftung genommen werden sollte. Das Gericht lehnte eine Haftung des Betriebsnachfolgers ab. Eine spezialgesetzliche Grundlage für eine Haftung für öffentlich-rechtliche Sozialversicherungsbeiträge existiere nicht. Darüber hinaus gehörten die Sozialversicherungsbeiträge - anders als Steuern - nicht zu den Geschäftsverbindlichkeiten, für die der Betriebsübernehmer aus handelsrechtlichen Regelungen hafte.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung begrenzt das Haftungsrisiko für den Betriebsübernehmer. Allerdings ist die Entscheidung noch nicht rechtskräftig. Wegen ihrer Reichweite und Tragweite ist die Revision ausdrücklich zugelassen.