

## **Mandanteninformationen des Monats Juni 2008**

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. Zuständigkeit für Einsprüche gegen Kirchensteuer
2. Übergangsfrist für Spendenquittungen verlängert
3. Abzug privater KV-Beiträge; verfassungswidrig, aber erst ab 2010 Neuregelung erforderlich
4. Bewertung einer Praxis im Zugewinnausgleich
5. Keine nachträgliche Anrechnung von Kapitalertragsteuer
6. Streit um Abziehbarkeit privater Steuerberatungskosten: BMF ordnet vorläufige Steuerfestsetzung an
7. Reihenfolge des Abzugs von Steuerermäßigungen
8. Gerichtliche Einigung auf Zusammenveranlagung kann wirksam widerrufen werden
9. Antragsrecht auf Aufteilung der Steuerschuld bei zusammenveranlagten Eheleuten
10. Bemessungsgrundlage für Abschreibung von Gebäuden nach deren Einbringung
11. Abschaffung der Erbschaft- und Schenkungsteuer in Österreich steht bevor
12. Barausgleich nicht von Stillhalterprämien abzugsfähig (vor 1999)
13. Verstößt die Belastung von Bauleistungen mit Grunderwerb- und Umsatzsteuer gegen Gemeinschaftsrecht?
14. Wasseranschluss unterliegt ermäßigtem Steuersatz
15. Referentenentwurf für ein Jahressteuergesetz 2009: Wichtige Änderungen im Überblick
16. Einkünfteerzielungsabsicht bei dauerhafter Verpachtung unbebauten Grundbesitzes

#### **Unternehmer und Freiberufler**

1. Vermietung des Arbeitszimmers an den Arbeitgeber
2. Umsatzsteuerliche Behandlung des Sponsoring an NPO
3. Behandlung von Investitionszuschüssen bei Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 3 EStG
4. Neues zu Rechnungen
5. Vorsteuervergütung erfordert eigenhändige Unterschrift
6. Umsatzsteuerbefreiung für Greenfee-Gebühren
7. Kündigung per Fax ist unwirksam
8. Kündigung wegen Schlechtleistung – jetzt einfacher möglich?
9. Praktikantenvergütung von 375 EUR monatlich kann sittenwidrig sein

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

1. „Cold Calls“ zum Zwecke der Rückgewinnung von ehemaligen Kunden sind wettbewerbswidrig

2. Wirtschaftsprüfer haften bei verspätetem Insolvenzantrag aufgrund eines Falschtestats auf Schadensersatz
3. Ansprüche gegen Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH wegen Verstoßes gegen ein Wettbewerbsverbot unterliegen der kurzen Verjährung nach HGB
4. Realisierung von Körperschaftsteuerguthaben
5. Doppelte USt durch Rechnung und Gutschrift
6. Nachweis einer innergemeinschaftlichen Lieferung
7. Fristlose Kündigung ohne Abmahnung: nur bei exzessiver privater PC-Nutzung
8. Mit „i. A.“ unterschriebene Kündigung genügt regelmäßig nicht der Schriftform
9. Gesellschafter können einem gegenüber Dritten unredlichen Geschäftsführer die Geschäftsführungsbefugnis entziehen

## Privatbereich

### 1. Zuständigkeit für Einsprüche gegen Kirchensteuer

#### **Kernproblem**

Die Kirchensteuer wird von der Finanzverwaltung berechnet, festgesetzt und eingetrieben. Die Finanzverwaltung bearbeitet jedoch nicht alle Einsprüche gegen die Festsetzung der Kirchensteuer, sodass der Kirchensteuerpflichtige genau hinsehen muss, auf welcher Ebene der Fehler passiert ist. Der Bundesfinanzhof hat die Vereinfachungsregel des Landes Nordrhein-Westfalen in einem neuen Beschluss verworfen und macht damit das Verfahren noch undurchsichtiger.

#### **Rechtslage**

Die Kirchensteuer beträgt je nach Bundesland 8 oder 9 % der Einkommensteuer. Allerdings wird die Kirchensteuer nicht von der festzusetzenden Einkommensteuer, sondern von einer nur für Kirchensteuerzwecke berechneten „fiktiven Einkommensteuer“ berechnet. Bei der fiktiven Einkommensteuer werden z. B. 100 % der Dividenden berücksichtigt und nicht nur 50 % wie bei der festzusetzenden Einkommensteuer. Auch die Steuerermäßigung für gewerbliche Einkünfte wird bei der fiktiven Einkommensteuer nicht berücksichtigt. Das Finanzministerium Nordrhein-Westfalen hatte die Finanzämter in 2003 angewiesen, alle Einsprüche zu bearbeiten, die mit der Berechnung der Einkommensteuer und der fiktiven Einkommensteuer zusammenhängen. Nur die übrigen Einsprüche sollten die Kirchen bearbeiten.

#### **Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs**

Der Bundesfinanzhof hat die Zuständigkeitsregelung des Landes Nordrhein-Westfalen für ungültig erklärt. Einsprüche, die sich gegen die Berechnung der fiktiven Einkommensteuer richten, müssen von den Kirchen und nicht von den Finanzämtern bearbeitet werden.

#### **Konsequenz**

Leider hat der Bundesfinanzhof die Vereinfachungsregel durch sein Urteil torpediert. Zwar besteht nun Rechtssicherheit darüber, welche Stelle in welchem Fall für die Bearbeitung von Einsprüchen gegen die Kirchensteuer zuständig ist. Der Kirchensteuerpflichtige muss sich aber zukünftig seinen Einkommensteuerbescheid noch genauer ansehen. Findet sich der Fehler im Bescheid vor dem Abschnitt „Berechnung der Kirchensteuer“, muss der Einspruch beim Finanzamt eingereicht werden. Wurde der Fehler im Abschnitt „Berechnung der Kirchensteuer“ gemacht, ist die Kirche der richtige Einspruchsadressat. Zwar wird jede Stelle einen falsch adressierten Einspruch an die zuständige Stelle weiterleiten. Wenn die zuständige Stelle den Einspruch aber nicht innerhalb der Monatsfrist erhält, ist der Einspruch unzulässig.

## 2. **Übergangsfrist für Spendenquittungen verlängert**

### **Einführung**

Durch das Gesetz zur weiteren Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements vom 10. Oktober 2007 wurden rückwirkend zum 1. Januar 2007 weite Bereiche des Spendenrechts reformiert. In der Folge haben sich die rechtlichen Voraussetzungen zur Ausstellung von Zuwendungsbestätigungen (Spendenquittungen) geändert.

### **Verwaltungsanweisung**

Die Einkommensteuerdurchführungsverordnung (EStDV) schreibt fest, dass Zuwendungen auf der Grundlage eines amtlich vorgeschriebenen Vordrucks auszustellen sind. Die bisherigen Muster stammen aus dem Jahr 1999. Aufgrund der materiellen Änderungen des Spendenrechts entsprechen die bisherigen Muster nicht mehr dem aktuellen Spendenrecht. Das Bundesfinanzministerium hat daher neue Muster veröffentlicht, die für Zuwendungen ab dem 1. Januar 2007 zu verwenden sind. Von Seiten der Finanzverwaltung wird nicht beanstandet, wenn die bisherigen Muster innerhalb einer Übergangsfrist weiter verwandt werden. Die bisherige Übergangsfrist bestand bis zum 30. Juni 2008; sie ist nunmehr bis zum 31. Dezember 2008 verlängert worden. Die erforderlichen redaktionellen Anpassungen können von der Körperschaft (Spendenempfänger) selbstständig vorgenommen werden.

### **Empfehlung**

Gemeinnützige Organisationen sollten ihre Zuwendungsbestätigungen (Spendenquittungen) zeitnah – trotz der großzügigen Übergangsfrist – anhand der neuen Muster umstellen. Andernfalls könnte die Finanzverwaltung zumindest für Spenden ab 2009 den Sonderausgabenabzug beim Spender versagen.

## 3. **Abzug privater KV-Beiträge; verfassungswidrig, aber erst ab 2010 Neuregelung erforderlich**

### **Kernproblem**

Die Möglichkeit des Sonderausgabenabzugs von Beiträgen zur privaten Krankenversicherung wird im Einkommensteuerrecht betragsmäßig eingeschränkt. Der BFH hielt diese Beschränkung für verfassungswidrig, weil es die gesetzlichen Höchstbeträge dem Steuerpflichtigen nicht ermöglichen, in angemessenem Umfang Krankenversicherungsschutz zu erlangen. Daher legte er die Frage dem Bundesverfassungsgericht vor. Der Vorlage liegt der Fall eines freiberuflich tätigen Rechtsanwalts und seiner nicht berufstätigen Ehefrau zugrunde, die Eltern von sechs Kindern sind. Sämtliche Familienmitglieder waren im Streitjahr privat kranken- und pflegeversichert. Die Beiträge beliefen sich auf ca. 36.000 DM. In ihrer Einkommensteuererklärung machten sie insgesamt Vorsorgeaufwendungen von ca. 66.000 DM geltend, darunter die genannten Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge. Der vom Finanzamt mit Hinweis auf das EStG zum Abzug zugelassene Betrag belief sich jedoch nur auf 19.830 DM.

### **Bisherige Regelung**

Nach dem ab 2005 geltenden EStG wird eine Günstigerprüfung zwischen alter und neuer gesetzlicher Regelung durchgeführt. Nach der alten Regelung ist bei Ehegatten im günstigsten Fall bei 10.138 EUR Schluss (und dies unter Berücksichtigung aller Vorsorgeaufwendungen, nicht nur Krankenversicherungen). Nach neuester Fassung werden solche Aufwendungen (außer für Altersvorsorge) bereits bei 4.800 EUR gekappt.

### **Entscheidung des BVerfG**

Das Bundesverfassungsgericht stellte fest, dass die früheren sowie alle nachfolgenden Fassungen des EStG mit dem Grundgesetz unvereinbar sind, soweit der Sonderausgabenabzug die Beiträge zu einer privaten Krankheitskostenversicherung und einer privaten Pflegeversicherung nicht ausreichend erfasst, die dem Umfang nach erforderlich sind, um dem Steuerpflichtigen und seiner Familie eine sozialhilfegleiche Kranken- und Pflegeversorgung zu gewährleisten. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, spätestens mit Wirkung zum 1. Januar 2010 eine Neuregelung zu treffen. Bis zu diesem Zeitpunkt bleiben die betreffenden einkommensteuerrechtlichen Vorschriften sowie die Nachfolgeregelungen weiter anwendbar.

### **Konsequenz**

Im Hinblick auf den Staatshaushalt hat das BVerfG wohl die lange Übergangsfrist eingeräumt. Gerecht ist anders.

#### 4. **Bewertung einer Praxis im Zugewinnausgleich**

##### **Kernproblem**

Gemäß § 1378 Abs. 1 BGB hat der Ehegatte, dessen Zugewinn denjenigen des anderen Ehegatten übersteigt, ihm die Hälfte des Überschusses zu zahlen. Dabei ist der Zugewinn der Betrag, den das positive Endvermögen vom Tage der Zustellung des Scheidungsantrags sein positives Anfangsvermögen zu Beginn der Ehe übersteigt. Dabei ergeben sich regelmäßig Bewertungsprobleme, z. B. welcher Wert einer Praxis beizumessen ist.

##### **Sachverhalt**

Zwischen den geschiedenen Eheleuten ist streitig, mit welchem Wert die betriebene Zahnarztpraxis als Endvermögensposition anzusetzen ist. Streitig ist insbesondere, ob eine Ansparrückstellung dem Vermögen wieder hinzuzurechnen ist. Darüber hinaus besteht Unklarheit darüber, ob die auf den Wert der Praxis entfallende (künftige) Steuerlast vom Endvermögen abzuziehen ist.

##### **Entscheidung**

Das OLG Düsseldorf stellt klar, dass die Ansparrückstellung (neuerdings Investitionsabzugsbetrag) keinen besonderen Endvermögenswert darstellt. Es ist vielmehr ein steuerlich relevanter Rechnungsposten, durch welchen die Gewinnversteuerung um bis zu zwei Jahre verlagert werden kann. Dagegen sind die bei der Veräußerung bzw. Aufgabe der Praxis latent anfallenden Ertragsteuern wertmindernd zu berücksichtigen. Dabei sehen es die Richter als unerheblich an, ob man die Praxis zum Bewertungsstichtag veräußern oder fortführen wollte. Der Praxiswert ist nach Abzug der (fiktiven) Steuern anzusetzen.

##### **Konsequenz**

Das OLG Düsseldorf unterstellt zur Ermittlung des Zugewinnausgleichsanspruchs eine fiktive Veräußerung der Praxis. Dies entspricht gängiger Rechtsprechung des BGH. Die mit der Auflösung der stillen Reserven verbundenen unvermeidbaren Veräußerungserträge sind vom fiktiven Veräußerungserlös abzuziehen. Als Endvermögen ist damit der Praxiswert nach Abzug der Steuern anzusetzen. Aufgrund der nicht unerheblichen fiktiven Steuerzahlungen ist auf diese Minderung des Endvermögens besonders zu achten.

#### 5. **Keine nachträgliche Anrechnung von Kapitalertragsteuer**

##### **Kernproblem**

Kreditinstitute führen zu Lasten des Steuerpflichtigen Kapitalertragsteuer an das Finanzamt ab. Der Steuerpflichtige kann sich diese Kapitalertragsteuer auf seine Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer anrechnen lassen. Voraussetzung hierfür ist, dass er seinem Finanzamt eine ordnungsgemäße Bescheinigung über die Einbehaltung und Abführung der Kapitalertragsteuer vorlegt.

##### **Sachverhalt**

Das Finanzamt lehnt bei einer GmbH die Anrechnung von Kapitalertragsteuer zu Recht ab, da die erforderliche Steuerbescheinigung nicht vorgelegt werden konnte. 7 Jahre später begehrt die GmbH erneut die Anrechnung der Kapitalertragsteuer; diesmal wird eine ordnungsgemäße Steuerbescheinigung vorgelegt. Das Finanzamt hat die Anrechnung jedoch wegen Zahlungsverjährung abgelehnt und, nachdem die GmbH hiergegen Einwendungen erhoben hat, einen Abrechnungsbescheid erlassen.

##### **Entscheidung**

Der BFH hat den Abrechnungsbescheid – entgegen dem erstinstanzlichen FG München – bestätigt. Legt der Steuerpflichtige nachträglich eine Steuerbescheinigung vor, so kann die bisherige Anrechnungsverfügung – da nunmehr rechtswidrig – zurückgenommen werden. Diese Rücknahme ist jedoch nur innerhalb der Grenzen der Zahlungsverjährung zulässig. Erfolgt die Vorlage der Steuerbescheinigung nach Ablauf der fünfjährigen Zahlungsverjährung, ist eine Änderung der bisherigen Anrechnungsverfügung nicht mehr möglich.

##### **Konsequenz**

Dem Steuerpflichtigen steht grundsätzlich die Anrechnung der Kapitalertragsteuer zu. Hierfür muss er sich jedoch an die gesetzlichen Spielregeln halten: zum einen muss eine ordnungsgemäße Steuerbe-

scheinigung vorgelegt werden; zum anderen muss diese innerhalb der Zahlungsverjährung von 5 Jahren eingereicht werden.

## 6. **Streit um Abziehbarkeit privater Steuerberatungskosten: BMF ordnet vorläufige Steuerfestsetzung an**

### **Kernproblem**

Die Anerkennung der privaten Steuerberatungskosten als die Einkommensteuer mindernde Sonderausgaben wurde ab dem Veranlagungszeitraum 2006 aus dem Gesetz gestrichen. Seitdem sind Steuerberatungskosten nur noch dann zu berücksichtigen, wenn sie Werbungskosten oder Betriebsausgaben darstellen. Vereinfacht kann man diese Voraussetzung als gegeben ansehen, wenn die Kosten im Zusammenhang mit der Ermittlung von Einkünften stehen. Nicht nur, aber auch die arme Rentnerin ist dann von dieser Einschränkung betroffen, weil sie doch wegen steuerverschärfender Regelungen der vergangenen Jahre und der damit einhergehenden Kompliziertheit des Steuerrechts seit einigen Jahren eine Steuererklärung abgeben muss und nicht in der Lage ist, ein im Discount erworbenes Steuerprogramm zu bedienen. Nach dem Gang zum Steuerberater wird sie dann feststellen, dass ein Großteil der Gebühren für solche Arbeiten anfällt, die einen Steuerabzug ausschließen. Kritiker sehen hierin einen Verstoß gegen das verfassungsrechtlich hinterlegte Leistungsfähigkeitsprinzip.

### **Bisherige Rechtsprechung und Anweisung des BMF**

Beim BFH ist jetzt Revision eingelegt worden, nachdem eine Klage vor dem Niedersächsischen FG abgewiesen wurde. Dies hat das BMF zum Anlass genommen, seinen Vorläufigkeitskatalog zu erweitern. So sollen zukünftig im Hinblick auf das anhängige Musterverfahren alle Einkommensteuerbescheide ab 2006 vorläufig ergehen.

### **Konsequenz**

Wenn der Einkommensteuerbescheid den Vorläufigkeitsvermerk enthält, ist kein Einspruch mehr erforderlich. Bereits in der Vergangenheit ergangene oder die noch in Zukunft bis zu einer Umstellung ergehenden Bescheide sollten unter Beachtung der Rechtsbehelfsfrist durch Einspruch mit Hinweis auf das anhängige Verfahren angefochten werden.

## 7. **Reihenfolge des Abzugs von Steuerermäßigungen**

### **Kernproblem**

Zur Ermittlung der Einkommensteuer wird zunächst das „zu versteuernde Einkommen“ berechnet. Hierauf wird je nach Veranlagungsart durch Splitting- oder Grundtabelle die tarifliche Einkommensteuer festgesetzt. Beträgt die Steuer bereits 0 EUR, bleibt für Steuerermäßigungen kein Raum mehr und diese verpuffen. Gleiches kann anteilig geschehen, soweit die Ermäßigung über der tariflichen Einkommensteuer liegt, denn ein Abzug ist nur bis auf 0 EUR möglich. Eine Ausnahme stellt das auslaufende Baukindergeld dar. Soweit sich diese Ermäßigung in einem Jahr nicht auswirkt, ist ein Vor- bzw. Rücktrag in andere Jahre möglich. Tritt neben das Baukindergeld eine andere Steuerermäßigung (z. B. für haushaltsnahe Dienstleistung), stellt sich die Frage nach der Reihenfolge des Abzugs. Dies ist zumindest in solchen Fällen von Bedeutung, in denen die Summe der möglichen Steuerermäßigungen höher ist als die tarifliche Einkommensteuer.

### **Bisherige Rechtsprechung**

Das FG hatte im Streitfall mit Hinweis auf den Zweck der Förderung dem vorherigen Abzug der Steuerermäßigung für haushaltsnahe Dienstleistungen zugestimmt, um die volle Ausnutzung des Baukindergelds durch Verschiebung in andere Jahre zu gewährleisten.

### **Entscheidung**

Der BFH will dem FG leider nicht zustimmen. Im Fall einer Normenkollision gelte der Grundsatz: Wird durch Erlass einer neuen Vorschrift eine ältere Regelung logisch unmöglich, wolle der Gesetzgeber zum Ausdruck bringen, dass die spätere gelten soll. Weil beide Normen für sich beanspruchen, als jeweils letzte in Ansatz gebracht zu werden, sei zunächst die ältere in das Gesetz eingebrachte Steuerermäßigung abzuziehen. Das war das Baukindergeld.

### **Konsequenz**

Im Streitfall ist ein Anteil der Steuerermäßigung für haushaltsnahe Dienstleistungen verpufft. Weil hierfür der Zahlungsabfluss maßgeblich ist, verbleibt auch kaum Raum für Gestaltungen (außer Verschiebung der Zahlung in ein folgendes Jahr). Die Normenkollision ist zum Glück nicht in allen Fällen vorzufinden: Z. B. bei gleichzeitiger Anwendung der Steuerermäßigung für gewerbliche Einkünfte hat der Gesetzgeber das Baukindergeld zusammen mit der Ermäßigung für Zuwendungen an politische Parteien ausdrücklich an das Ende gestellt.

## **8. Gerichtliche Einigung auf Zusammenveranlagung kann wirksam widerrufen werden**

### **Kernproblem**

Liegen die Voraussetzungen der Ehegattenbesteuerung vor, so können die Eheleute grds. zwischen Zusammenveranlagung und getrennter Veranlagung frei wählen. Die Eheleute sind an eine einmal getroffene Wahl oder Frist nicht gebunden. Die gewählte Veranlagungsart kann grds. mehrfach geändert werden. Streiten sich die (früheren) Ehegatten, kann in dem Widerruf auch eine Möglichkeit gesehen werden, dem Anderen eins auszuwischen. Weil man das erkannt hat, wird im Rahmen einer zivilrechtlichen Einigung häufig vereinbart, dass der Nutznießer der Zusammenveranlagung den zustimmenden Ehegatten von seinen steuerlichen Nachteilen freizustellen hat. Platzt die Vereinbarung, stellt sich die Frage, inwieweit die in einem gerichtlichen Vergleich protokollierte Zustimmungserklärung mit steuerlicher Wirkung widerrufen werden kann.

### **Bisherige Rechtsprechung**

Die Rechtsprechung hat das Wahlrecht insoweit eingeschränkt, als sich ein Ehegatte nicht einseitig von der bisherigen Zusammenveranlagung lösen darf, sofern dafür keine wirtschaftlich verständlichen und vernünftigen Gründe vorliegen, sondern der Antrag als willkürlich erscheint. So ist der Antrag eines Ehegatten auf getrennte Veranlagung rechtsmissbräuchlich und deshalb unwirksam, wenn Letzterer keine eigenen Einkünfte hat oder wenn diese so gering sind, dass sie weder einem Steuerabzug unterliegen haben noch zur Einkommensteuerveranlagung führen können.

### **Entscheidung**

Das FG ist der Auffassung, dass es auf die Gründe, die ursprünglich zur Zusammenveranlagung geführt haben, steuerrechtlich nicht ankommt. Steuerrechtlich besteht keine Verpflichtung, einer Zusammenveranlagung zuzustimmen. Umgekehrt hat ein etwa bestehender zivilrechtlicher Anspruch auf Zustimmung zur Zusammenveranlagung, ausgenommen in den Fällen eines missbräuchlichen Antrags auf getrennte Veranlagung, keinen Einfluss auf das Besteuerungsverfahren. Nur bei einem rechtskräftigen Zivilurteil, durch welches die Erklärung selbst als abgegeben gelte, könne die Zustimmung wirksam bleiben.

### **Konsequenz**

Wie die Pressestelle des FG Rheinland-Pfalz mitteilt, ist das Urteil noch nicht rechtskräftig.

## **9. Antragsrecht auf Aufteilung der Steuerschuld bei zusammenveranlagten Eheleuten**

### **Kernproblem**

Geraten Ehegatten als steuerliche Gesamtschuldner (z. B. für die Einkommensteuer bei Zusammenveranlagung) in die Vollstreckung, können sie die Aufteilung der Steuerschuld beantragen. So soll der Ehegatte nicht schlechter gestellt werden als ein nicht zusammenveranlagter Einzelschuldner. Im weiteren Verlauf des Vollstreckungsverfahrens muss der Ehegatte nach Aufteilung nur „für seinen eigenen Anteil“ an der Steuerschuld einstehen, denn die Aufteilung orientiert sich an den eigenen Einkünften, die der Steuerschuld zugrunde liegen. Im Extremfall gerät dann nur der andere Ehegatte in die Mühlen der Vollstreckung. Ob ein solcher Antrag auch noch nach dem Tod des Ehegatten gestellt werden kann, musste der BFH klären.

### **Praktische Erwägungen**

Der die Aufteilung beantragende Ehegatte kann auch Erbe sein. Erben haben für die aus dem Nachlass zu entrichtenden Schulden einzustehen. Das BGB geht von einer grds. unbeschränkten, aber auf den Nachlass beschränkbarer Erbenhaftung aus. Der Erbe kann die Befriedigung eines Nachlassgläubigers insoweit verweigern, als der Nachlass nicht ausreicht (Dürftigkeitseinrede). Die Einrede der Dürftigkeit

des Nachlasses darf auch gegenüber dem Finanzamt geltend gemacht werden, allerdings wiederum erst im Zwangsvollstreckungsverfahren. Das Finanzamt wollte der Aufteilung der Steuerschuld nicht zustimmen, weil nach dem Gesetzeswortlaut „mehrere Personen“ Gesamtschuldner sein müssen. Mit Antritt des Erbes war hier nur noch der überlebende Ehegatte der Schuldner.

### **Entscheidung**

Nach Auffassung des BFH kann auch nach dem Tod eines zusammenveranlagten Ehegatten ein Bedürfnis an der Aufteilung bestehen. Ein Antrag des überlebenden Ehegatten und Gesamtrechtsnachfolgers ist auch nicht rechtsmissbräuchlich. Zwar handele es sich bei Eigenvermögen des Erben und Nachlass zivilrechtlich nicht um zwei getrennte Vermögensmassen. Die Aufteilung einer Steuerschuld kann jedoch bereits vor und außerhalb einer Nachlassverwaltung oder einer Nachlassinsolvenz erforderlich sein, um die Höhe der Nachlassverbindlichkeiten zuverlässig feststellen zu können.

### **Konsequenz**

Das berechnete Eigeninteresse bestätigt auch der mögliche Weitergang des Verfahrens, weil bereits vor der BFH-Entscheidung die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über den Nachlass abgewiesen wurde: Die Erbin könnte dem Finanzamt wegen der Steuerschulden des Erblassers die Dürftigkeitseinrede entgegenhalten. Soweit mit Erhebung der Einrede die Zwangsvollstreckung in das Eigenvermögen der Erbin ausgeschlossen ist, bedarf es einer Aufteilung der Gesamtschuld für das weitere Vollstreckungsverfahren.

## **10. Bemessungsgrundlage für Abschreibung von Gebäuden nach deren Einbringung**

### **Kernproblem**

Bemessungsgrundlage linearer Gebäudeabschreibungen sind die für das Gebäude aufgewendeten Anschaffungskosten oder Herstellungskosten. Bei Gebäuden, die nach einer vorherigen Verwendung für andere Überschusseinkünfte (z. B. Vermietung) in ein Betriebsvermögen eingelegt werden, vermindern sich die Anschaffungs- oder Herstellungskosten um die Abschreibungen, die bis zum Zeitpunkt der Einlage vorgenommen worden sind. Hierdurch sollen doppelte Abschreibungen vermieden werden. Es ist daher zunächst von Bedeutung, ob es sich überhaupt um eine Einlage handelt, denn nur dann gilt die Kürzung. Folgender Sachverhalt führte zu einer Grundsatzentscheidung des BFH: Nach Gründung einer gewerblich geprägten Personengesellschaft mit Kommanditeinlage von 100.000 EUR wurde die Einlageverpflichtung durch Einbringung von 3 Grundstücken mit Wert von ca. 1.000.000 EUR erfüllt. Der übersteigende Betrag wurde zunächst einem Verrechnungskonto (Kapital II) gutgeschrieben. Unklar war, ob es sich hierbei um Fremd- oder Eigenkapital handelte. Einige Monate später wurde der die Kommanditeinlage übersteigende Betrag einer gesamthänderisch gebundene Kapitalrücklage zugeführt.

### **Bisherige Rechtsprechung**

Die Finanzverwaltung vertritt mit Berufung auf frühere BFH-Entscheidungen die Auffassung, dass ein (der Einlage widersprechender) tauschähnlicher Umsatz vorliegt, soweit dem Einbringenden Gesellschaftsrechte gewährt werden. Dies unterstellt sie dann, wenn eine Buchung auf dem Kapitalkonto I (Haftkapital) oder II (variables Kapital) erfolgt. Indiz für ein Kapitalkonto II ist, dass hierauf auch Verluste gebucht werden. Dagegen ist die Verbuchung auf einem Darlehenskonto als unentgeltliche Einlage anzusehen. Ein Fall der Unentgeltlichkeit soll auch dann vorliegen, wenn die Buchung auf eine gesamthänderisch gebundenen Kapitalrücklage erfolgt.

### **Entscheidung**

Der BFH lässt offen, ob er sich der Auffassung der Finanzverwaltung allein in Unterscheidung der Gutschrift auf Kapital- und Rücklagenkonto anschließen könne. Zumindest bejaht er ein vollentgeltliches Geschäft, wenn gegen erstmalige Gewährung von Gesellschaftsanteilen eingebrachte Wirtschaftsgüter nicht nur dem Kapitalkonto I, sondern weiteren Kapitalunterkonten gutgebracht werden. Hierfür spreche auch die Parallelwertung der Behandlung einer Einbringung in eine Personengesellschaft nach dem Umwandlungssteuergesetz. In der Folge ist die AfA nach dem Teilwert der Gebäude zu bemessen, ohne dass es zu einer Kürzung der im Privatvermögen vorgenommenen Abschreibungen kommt. Der BFH sieht ein, dass der Sinn der gesetzlichen Vorschrift (= Kürzung der AfA wegen Doppelberücksichtigung) möglicherweise zu kurz greife, sieht aber keine Möglichkeit der erweiterten Auslegung.

### **Konsequenz**

Der BFH lässt einiges offen. In seinem obiter dictum geht er jedoch auf andere umstrittene Fragen ein. Selbst im Fall einer Kürzung der AfA-Bemessungsgrundlage wären die Abschreibungen vom Teilwert abzuziehen, und nicht von den im Privatvermögen entstandenen Anschaffungs- oder Herstellungskosten. Zudem gelte für unverzinsliche Kreditgewährungen durch Mitunternehmer nicht das Abzinsungsgebot, soweit Sonderbetriebsvermögen entstehe.

## **11. Abschaffung der Erbschaft- und Schenkungsteuer in Österreich steht bevor**

### **Sachverhalt**

In Österreich hat der Verfassungsgerichtshof – wie jüngst das Bundesverfassungsgericht in Deutschland – entschieden, dass die unterschiedliche Bewertung von Immobilien einerseits und anderen Vermögensarten wie Wertpapieren andererseits für Zwecke der Erbschaftsteuer nicht rechtmäßig ist. Während die deutsche Regierung an einer Gesetzesreform arbeitet, um das Ungleichgewicht zu beheben, haben sich die beiden großen Regierungsparteien in Österreich nicht auf eine einheitliche Meinung einigen können. Deshalb läuft das Gesetz Ende Juli 2008 aus. Diese Frist hatte das Verfassungsgericht gesetzt. Wegen der gleichartigen Bewertung wird auch die Schenkungsteuer durch den Verfassungsgerichtshof geprüft und wahrscheinlich aufgehoben werden. Die Entscheidung fällt jedoch voraussichtlich frühestens im Juni.

### **Konsequenz**

Deutsche Steuerpflichtige werden von dieser Rechtsentwicklung nicht profitieren können, da Deutschland das Erbschaftsteuer-Doppelbesteuerungsabkommen mit Österreich zum 31.12.2007 gekündigt hat. Da das deutsche Erbschaftsteuergesetz im Fall der unbeschränkten Steuerpflicht den weltweiten Vermögensanfall erfasst und dieses Besteuerungsrecht nun auch nicht mehr durch ein Doppelbesteuerungsabkommen eingeschränkt wird, unterliegt mithin jetzt z. B. auch ein in Österreich belegenes Grundstück der deutschen Erbschaftsteuer. Auf der anderen Seite wird Österreich mit diesem Schritt als Wohnsitzstaat steuerlich attraktiver. Es kann sich daher insbesondere für vermögende Privatpersonen die Prüfung eines Wegzugs in den südlichen Nachbarstaat lohnen. Ein solcher Schritt bedarf allerdings einer sorgfältigen Analyse und Planung. Zu beachten ist z. B., dass der Wegzug selbst zu Steuerfolgen führen kann und die unbeschränkte Erbschaftsteuerpflicht in Deutschland erst nach Ablauf von 5 Jahren nach dem Wegzugszeitpunkt endet.

## **12. Barausgleich nicht von Stillhalterprämien abzugsfähig (vor 1999)**

### **Kernproblem**

Das EStG sieht unter den sonstigen Einkünften einen Auffangtatbestand vor, der zumindest vom Wortlaut her weitestgehend unbestimmt ist. So werden z. B. nur „gelegentliche Vermittlungen und Vermietung beweglicher Gegenstände“ genannt. Bis zu einer Erfassung als steuerpflichtiges Veräußerungsgeschäft ab dem Jahr 1999 waren auch Stillhalterprämien für das Begeben eines Optionsgeschäfts hierunter zu erfassen. So auch in einem vor dem BFH anhängigen Verfahren: Im Jahr 1994 wurden Optionsgeschäfte an der Deutschen Terminbörse getätigt. Dabei wurden Kaufoptionen auf den DAX mit der Verpflichtung eingeräumt, zum Ende der Laufzeit die Differenz zwischen dem vereinbarten Basiswert und dem jeweiligen Tageskurs auszugleichen. Der Kläger erhielt dafür als Stillhalter Optionsprämien von 340.000 DM. Die von ihm zum Ausgleich gezahlten 550.000 DM machte er vergeblich als Werbungskosten bei seinen Einkünften aus den Stillhaltergeschäften geltend.

### **Bisherige Rechtsprechung**

Nach Auffassung der Vorinstanz betraf der Barausgleich ausschließlich die Vermögensebene des Stillhalters und führte daher nicht zu Werbungskosten bei den sonstigen Einkünften. Weil bisher jedoch noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung hierzu vorlag, wurde wegen grundsätzlicher Bedeutung die Revision zugelassen.

### **Entscheidung**

Der BFH trennt zwischen Eröffnungs- (= Options-) und dem Basisgeschäft. Der Optionsgeber erhält die Prämie als Gegenleistung für eine wirtschaftlich und rechtlich selbstständige Leistung, d. h. für seine ver-



traglich eingegangene Bindung und das Risiko, in Anspruch genommen zu werden. Er behält sie auch dann, wenn er aus der Option nicht in Anspruch genommen wird und ein Basisgeschäft nicht durchführen muss. Deshalb ist der vom Stillhalter einer Kaufoption auf den DAX an den Optionsberechtigten gezahlte Barausgleich (cash-settlement) nicht als Werbungskosten bei den sonstigen Einkünften abziehbar. Das Basisgeschäft war lediglich auf die Differenz zwischen verschiedenen Preisen eines Basiswerts zu bestimmten Stichtagen gerichtet und deshalb im Jahr 1994 nicht steuerbar.

#### **Konsequenz**

Erst ab 1999 werden derartige Differenzgeschäfte als Spekulationsgeschäfte steuerlich erfasst. Die Rechtslage wird sich mit der Einführung der Abgeltungsteuer ab 2009 wiederum ändern. Optionsgeschäfte jeglicher Art führen dann zu Einkünften aus Kapitalvermögen. Verluste aus Basisgeschäften können deshalb künftig mit Einkünften aus Stillhaltergeschäften ausgeglichen werden.

### **13. Verstößt die Belastung von Bauleistungen mit Grunderwerb- und Umsatzsteuer gegen Gemeinschaftsrecht?**

#### **Einführung**

Insbesondere bei Bauherrenmodellen besteht die Gefahr, dass die Grunderwerbsteuer nicht nur auf den Kauf des Grundstückes, sondern auch auf die Kosten der Herstellung des Gebäudes erhoben wird. Letztere unterliegen damit der Grunderwerbsteuer und der Umsatzsteuer.

#### **Rechtslage**

Die aufgeführte Doppelbelastung tritt ein, wenn der Kaufvertrag über das Baugrundstück und der zivilrechtlich hiervon getrennte Bauvertrag für Zwecke der Grunderwerbsteuer nach der Rechtsprechung des BFH als einheitliches Vertragswerk qualifiziert werden. Dies ist der Fall, wenn sich der Grundstückserwerber mit Abschluss des Kaufvertrages faktisch auch auf eine vorbestimmte Bebauung festlegt. Zusätzlich müssen der Anbieter des Grundstücks und der Bauunternehmer erkennbar gemeinsam, z. B. durch abgestimmtes Verhalten, auf den Abschluss der Verträge hinwirken.

#### **Fall**

Ein Ehepaar beauftragte am 3.12.2004 ein Bauunternehmen mit der Errichtung eines Einfamilienhauses. Am 20.12.2004 erwarben die Eheleute das Baugrundstück von einer Grundstücksgesellschaft, auf das sich schon im Bauvertrag bezogen wurde. Da der Gesellschaftergeschäftsführer des Bauunternehmens zugleich an der Grundstücksgesellschaft beteiligt war, nahm das Finanzamt ein einheitliches Vertragswerk an. Es unterwarf die Baukosten in Anlehnung an die BFH-Rechtsprechung der Grunderwerbsteuer.

#### **Neues Urteil**

Das niedersächsische FG stellt die Auffassung des BFH in Frage. Es hat daher dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die Belastung der Baukosten mit Grunderwerbsteuer eine gemeinschaftswidrige Sonderumsatzsteuer darstellt.

#### **Konsequenz**

Bis zur Entscheidung des EuGH ist die Rechtsprechung des BFH weiterhin bei der Vertragsgestaltung zu beachten. Gegen die Festsetzung von Grunderwerbsteuer auf Basis der bisherigen BFH-Rechtsprechung ist unter Berufung auf das beim EuGH anhängige Verfahren Einspruch einzulegen und das Ruhen des Verfahrens zu beantragen.

### **14. Wasseranschluss unterliegt ermäßigtem Steuersatz**

#### **Einführung**

Bislang war umstritten, ob das Legen eines Wasseranschlusses durch den Lieferanten des Wassers dem ermäßigten (7 %) oder dem Regelsteuersatz unterliegt (19 %). Befürworter des ermäßigten Steuersatzes sahen in dem Wasseranschluss eine Nebenleistung zur ermäßigt besteuerten Wasserlieferung. Die Finanzverwaltung hingegen vertrat die Auffassung, dass es sich um zwei unabhängig voneinander zu besteuerte Leistungen handele.

#### **Neues Urteil**

Der EuGH hat nun entschieden. Das Legen des Wasseranschlusses durch den Wasserversorger ist als Nebenleistung zur Wasserlieferung zu qualifizieren und unterliegt daher dem ermäßigten Steuersatz.

### **Konsequenz**

Das Urteil betrifft zunächst die Wasserversorger, die nunmehr definitiv die Wasseranschlüsse mit 7 % abrechnen müssen. Das Verlegen von Wasseranschlüssen durch Unternehmer, die nicht zugleich als Wasserversorger auftreten, unterliegt dagegen dem Regelsteuersatz. Die Kunden der Wasserversorger sollten prüfen, ob der korrekte Steuersatz abgerechnet wurde, und – soweit noch möglich – dessen Korrektur einfordern.

## **15. Referentenentwurf für ein Jahressteuergesetz 2009: Wichtige Änderungen im Überblick**

### **Einführung**

Es ist inzwischen bereits zur (schlechten) Gewohnheit geworden, dass der Gesetzgeber die Steuerpflichtigen auch außerhalb größerer Reformprojekte jährlich mit einer Flut von punktuellen Gesetzesänderungen konfrontiert. In den sog. „Jahressteuergesetzen“ finden sich regelmäßig Änderungen, die beispielsweise die Verhinderung von missbräuchlichen Gestaltungen, die Reparatur verunglückter Gesetze oder die Außerkraftsetzung missliebiger BFH-Rechtsprechung zum Ziel haben. Der Referentenentwurf zum Jahressteuergesetz 2009 macht da keine Ausnahme. Nachfolgend stellen wir eine Auswahl der für die Praxis wichtigen Neuerungen vor.

### **Änderungen bei der Einkommen- und Lohnsteuer**

Leistungen des Arbeitgebers zur betrieblichen Gesundheitsförderung werden steuerbefreit. Mitgliedsbeiträge an Kulturfördervereine können künftig als Sonderausgaben abgezogen werden. Die Abzugsfähigkeit von Schulgeldzahlungen als Sonderausgaben wird neu geregelt. Demnach sollen Schulgeldzahlungen für allgemein bildende Schulen im Inland oder einem EU/EWR-Mitgliedstaat oder einer deutschen Schule im Ausland bis zu einem Höchstbetrag von 3.000 EUR zu 30 % abziehbar sein. Dies gilt nicht für das Entgelt, das auf Betreuung, Beherbergung und Verpflegung entfällt. Die Verlustausgleichsmöglichkeiten eines Kommanditisten werden eingeschränkt. Bei einem negativen Kapitalkonto können Einlagen nur noch zu einem Ausgleichsvolumen in Höhe des Verlustes des Einlagejahres führen. Ein Vortrag in zukünftige Wirtschaftsjahre wird ausgeschlossen. Beim Lohnsteuerabzug für Ehegatten soll anstelle der Steuerklassenkombination III/V auf Antrag ein Faktorverfahren angewandt werden, das das Verhältnis der voraussichtlichen Einkommensteuer bei Anwendung des Splittingverfahrens im Vergleich zur Lohnsteuer bei Anwendung der Steuerklasse IV berücksichtigt.

### **Sonstige Änderungen**

Körperschaften, die extremistisches Gedankengut fördern, sollen von der Gemeinnützigkeit ausgeschlossen werden. Es wird die Möglichkeit der Verlagerung der DV-gestützten Buchführung in EU-Staaten und bestimmte EWR-Staaten eröffnet. Die strafrechtliche Verjährungsfrist für Steuerhinterziehung wird von fünf auf zehn Jahre verlängert.

## **16. Einkünfteerzielungsabsicht bei dauerhafter Verpachtung unbebauten Grundbesitzes**

### **Ausgangslage**

Der Kläger hat zusammen mit einer weiteren Beteiligten eine Fläche von rd. 97.000 m<sup>2</sup> erworben. Der Kaufpreis wurde vollständig fremdfinanziert. Die zur Rede stehende Fläche unterlag zum Zeitpunkt des Erwerbs einem Pachtvertrag, sodass Pachtzinserhöhungen nicht durchgeführt werden konnten. Damit erzielten die Eigentümer in den Streitjahren Verluste aus Vermietung und Verpachtung. Das Finanzamt erkannte die Verluste mangels Absicht, Einkünfte zu erzielen, nicht an. Hiergegen richtete sich die Klage.

### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof entschied, dass Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung nur derjenige erzielt, der durch die Flächenüberlassung auf Dauer ein positives Ergebnis erwirtschaftet. Die typisierende Annahme, dass Vermietung und Verpachtung immer auf ein positives Ergebnis abzielen, kann allerdings bei der Verpachtung von unbebauten Grundstücken nicht herangezogen werden. Insofern wird zur weiteren Begründung der Einkünfteerzielungsabsicht eine Prognoserechnung gefordert. Diese hat einen Betrachtungshorizont von 30 Jahren und stellt die in diesem Zeitraum erzielten Einnahmen den Ausgaben gegenüber. Zwar wurde dieser Betrachtungszeitraum von der Finanzverwaltung insbesondere für bebauten Grundstücke entwickelt, muss jedoch auch hier auf die ledigliche Flächenüberlassung an den Pächter

angewendet werden. Hierzu führt die Finanzverwaltung aus, dass bei unbebauten Grundstücken keine Abschreibungen vorgenommen werden können, also auch kein Wertverlust durch Nutzung entstehen kann, der einen verkürzten Betrachtungszeitraum zulassen würde.

### **Konsequenz**

Insbesondere die Anschaffung von unbebauten Grundstücken mit Fremdmitteln, die Werbungskosten in Form von Schuldzinsen verursachen, sollte detailliert geprüft werden. Durch die nunmehr bestätigte Prognoserechnung über 30 Jahren hinweg wäre vor Anschaffung zu ermitteln, ob insgesamt ein Überschuss zu erwirtschaften ist. Sollte dies nicht der Fall sein, wären sämtliche Werbungskostenüberschüsse steuerlich nicht zu beachten und könnten damit zu einer Liquiditätslücke im Rahmen der geplanten Refinanzierung führen.

## **Unternehmer und Freiberufler**

### **1. Vermietung des Arbeitszimmers an den Arbeitgeber**

#### **Kernproblem**

Der Arbeitnehmer kann sein Arbeitszimmer an seinen Arbeitgeber vermieten. Als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung kann der Arbeitnehmer dann 100 % der Kosten des Arbeitszimmers absetzen. Damit können die Abzugsbeschränkungen für ein häusliches Arbeitszimmer in bestimmten Fällen elegant umgangen werden.

#### **Sachverhalt**

Mietet der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer einen Büroraum an, so können die Zahlungen des Arbeitgebers unter bestimmten Umständen Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung sein. In diesen Fällen kann der Arbeitnehmer sämtliche Kosten als Werbungskosten absetzen. Die Oberfinanzdirektion Münster hatte folgenden Fall zu beurteilen: Aus Kostengründen teilen sich jeweils zwei Arbeitnehmer eines Versicherungsvereins einen Arbeitsplatz. Als Ausgleich dafür, dass sie die Hälfte ihrer Arbeitszeit in ihrem häuslichen Arbeitszimmer verrichten müssen, erhalten die Arbeitnehmer monatlich eine Pauschale von 30 EUR. Ein schriftlicher Mietvertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer wird nicht abgeschlossen.

#### **Verfügung der Oberfinanzdirektion Münster**

Ein anzuerkennendes Mietverhältnis liegt in diesen Fällen nicht vor, weil kein Mietvertrag abgeschlossen wurde. Wegen fehlender Mieteinnahmen können auch die Kosten des Arbeitszimmers nicht bei den Einkünften aus Vermietung abgezogen werden. Die Kosten der Arbeitnehmer für das Arbeitszimmer sind auch nicht als Werbungskosten abziehbar, weil die Arbeitnehmer maximal 50 % ihrer Arbeitszeit im Arbeitszimmer verbringen. Seit 2007 können aber Kosten für ein häusliches Arbeitszimmer nur noch abgezogen werden, wenn mehr als 50 % der Tätigkeit dort verrichtet werden (Mittelpunkt der gesamten betrieblichen und beruflichen Tätigkeit).

#### **Konsequenz**

Nur wer die strengen Bedingungen, die die Finanzverwaltung an die steuerlich anzuerkennende Anmietung von Büroräumen des Arbeitnehmers erfüllt, kann von dem Steuersparmodell profitieren. Jedenfalls muss die Vermietung unabhängig vom Dienstvertrag in einem gesonderten Mietvertrag geregelt sein. Aufgrund der Gesetzesänderung ab 2007 entfällt für viele Arbeitnehmer der Werbungskostenabzug für ein häusliches Arbeitszimmer komplett. Gegen die Gesetzesänderung sind zwei Klagen vor den Finanzgerichten anhängig, die der Deutsche Philologenverband unterstützt. Insbesondere Lehrer, denen in der Schule kein Arbeitsplatz zur Verfügung steht, sollten gegen ihren Einkommensteuerbescheid 2007 Einspruch einlegen und sich auf die anhängigen Klagen berufen.

### **2. Umsatzsteuerliche Behandlung des Sponsoring an NPO**

#### **Kernproblem**

Gemeinnützige Vereine sind bei der Finanzierung ihrer Tätigkeiten zunehmend auf Sponsoringeinnah-

men angewiesen. Aus ertragsteuerlicher Sicht stellt sich die Frage, ob diese Einnahmen steuerfrei oder steuerpflichtig vereinnahmt werden können. Aus umsatzsteuerlicher Sicht hat der Verein zu klären, ob die Einnahmen dem ermäßigten Umsatzsteuersatz oder dem Regelsteuersatz zu unterwerfen sind.

### **Verfügung**

Die OFD Karlsruhe nimmt in ihrer Verfügung zur umsatzsteuerlichen Einordnung des Sponsorings Stellung. Erbringt der Verein konkrete Gegenleistungen (= „klassische“ Werbung), findet der Regelsteuersatz von derzeit 19 % Anwendung. Beschränkt sich der Verein dagegen auf sog. Duldungsleistungen, ist der ermäßigte Umsatzsteuersatz auszuweisen. In beiden Fällen hat der Verein – sofern er kein Kleinunternehmer ist – entsprechende Rechnungen an den Sponsor zu stellen. Diese Einteilung gilt grundsätzlich auch für Sachleistungen des Sponsors. Als Bemessungsgrundlage für die Rechnung ist der gemeine Wert der Sach- oder Dienstleistung des Sponsors anzusetzen.

### **Konsequenz**

Die umsatzsteuerliche folgt der ertragsteuerlichen Handhabung: Werbeleistungen erfolgen im wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb und unterliegen somit dem Regelsteuersatz. Duldungsleistungen sind dagegen Bestandteil der Vermögensverwaltung; der ermäßigte Steuersatz ist anzuwenden. Eine Hilfestellung, wann welche Leistung vorliegt, gibt die Verfügung jedoch nur beispielhaft. Im Zweifel bleibt es weiterhin eine Einzelfallentscheidung. Wichtig für die Vereine ist jedoch nur an zweiter Stelle die Höhe des Umsatzsteuersatzes. Sie müssen zunächst lernen bzw. darauf achten, an ihre Sponsoren überhaupt Rechnungen mit Umsatzsteuerausweis zu stellen.

## **3. Behandlung von Investitionszuschüssen bei Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 3 EStG**

### **Kernproblem**

Die Einnahmen-Überschussrechnung ist eine reine Geldrechnung, der das Zu- und Abflussprinzip zugrunde liegt. Durchbrochen wird diese durch Vorschriften über die AfA, die den Ansatz der Anschaffungs- und Herstellungskosten voraussetzen. Für die AfA gelten daher bilanzsteuerrechtliche Grundsätze. Aber wie sind Investitionszuschüsse für Anlagevermögen zu behandeln? Dem BFH lag folgender Sachverhalt vor: Entstehung von Anschaffungskosten 1995 bis 1997, Bewilligung öffentlicher Zuschuss 1997, Zahlung des Zuschusses 1998 und 1999. Der Einnahmen-Überschussrechner hatte seine Anschaffungskosten erst bei Zahlung des Zuschusses gemindert; die bis 1997 bereits vorgenommene Sonderabschreibung von bis zu 50 % auf die ungeschmälernten Anschaffungskosten blieb daher unverändert. Aus Sicht des Zuflussprinzips durchaus denkbar, doch wie hat der BFH entschieden?

### **Bisherige Rechtsprechung**

Die Senate des BFH haben bereits unterschiedliche Auffassungen im Hinblick auf die grds. Behandlung der Zuschüsse verkündet. Öffentliche Investitionszuschüsse führen bei Bilanzierenden zu einer Minderung der Anschaffungs- oder Herstellungskosten der geförderten Wirtschaftsgüter, so eine Meinung. Nach einem davon abweichenden Urteil sind Zuschüsse im Zeitpunkt der Zuschussgewährung zunächst als Betriebseinnahme zu erfassen. Die Sofortversteuerung kann aber durch Ausübung eines Wahlrechts auf Minderung der Anschaffungs- oder Herstellungskosten vermieden werden.

### **Entscheidung**

Der staatliche Investitionszuschuss mindert bereits im Jahr der Bewilligung die Bemessungsgrundlage für die AfA. Für den Bilanzansatz eines erworbenen Wirtschaftsguts mit den Anschaffungskosten ist es unerheblich, ob die Anschaffungskosten bezahlt sind. Demgemäß kann es auch für die Minderung der Anschaffungs- oder Herstellungskosten nicht darauf ankommen, ob die betreffenden Zuschüsse bereits zugeflossen sind. Die Gewinnermittlungsart ist dafür unerheblich. Von daher waren hier die zunächst ungeschmäkert berücksichtigten Sonderabschreibungen entsprechend zu kürzen.

### **Konsequenz**

Weil der Steuerpflichtige sich durch Kürzung der Anschaffungskosten zumindest gegen die Sofortversteuerung entschieden hatte, konnte der BFH offen lassen, in welchem Jahr die Betriebseinnahme bei anderer Wahl zu erfassen gewesen wäre.

## **4. Neues zu Rechnungen**

## **Einführung**

Der Vorsteuerabzug setzt u. a. eine ordnungsgemäße Rechnung voraus. Dies klingt einfach, bereitet jedoch in der Praxis erhebliche Probleme.

## **Neue Verwaltungsanweisung**

Eine aktuelle Verfügung der OFD Karlsruhe gibt u. a. die folgenden Hinweise zur Rechnungsstellung: Kontoauszüge als Rechnungen: Rechnen Banken ihre Leistungen mittels der Kontoauszüge ab, so stellen diese Rechnungen dar. Ein Vorsteuerabzug auf Basis der Kontoauszüge setzt voraus, dass diese alle formalen Anforderungen erfüllen. Hier moniert die OFD, dass regelmäßig die Anschrift des Leistungsempfängers auf den Kontoauszügen fehlt. Dies soll unproblematisch sein, da sich die Anschrift „aus den übrigen vorhandenen Unterlagen“ ergeben soll. Fortlaufende Rechnungsnummer: Die OFD vertritt die Ansicht, dass eine fortlaufende Rechnungsnummer nicht zwingend eine „zahlenmäßige Abfolge der ausgestellten Rechnungsnummern“ erfordert. Es soll ausreichen, wenn die Einmaligkeit der Nummerierung gewährleistet ist.

## **Konsequenz**

Zu den aufgeführten Positionen trägt die Verfügung mehr zur Verwirrung bei, als dass sie eine Hilfe wäre. Hinsichtlich der Kontoauszüge wird zu Recht bemängelt, dass die Anschrift fehlt. Dies ist nach der UStDV nur unschädlich, wenn sich diese aus anderen Unterlagen ergibt, auf die im Abrechnungspapier verwiesen wird. Dies ist aber in der Praxis regelmäßig auch nicht gegeben. Kann man sich daher wirklich auf andere Unterlagen berufen, die nicht im Kontoauszug aufgeführt sind, oder muss die Bank zur Korrektur aufgefordert werden? Auch die Interpretation, dass eine fortlaufende Rechnungsnummer keine zahlenmäßige Abfolge, sondern Einmaligkeit gewährleisten muss, ist beachtlich. Bedeutet dies, dass jegliche Systematik fehlen kann, wenn Einmaligkeit gewährleistet ist? In Prüfungen wurden bisher komplette Buchführungen infrage gestellt, wenn Rechnungsnummern fehlten. Kann Prüfern nunmehr entgegen werden, dies sei zumindest umsatzsteuerlich ohne Bedeutung, mit Verweis auf die Einmaligkeit der vorhandenen Nummern? Der Praxis kann nur empfohlen werden, die eigene Finanzbuchhaltung nicht an dieser Verfügung zu orientieren. Sie kann jedoch eine Hilfe in der Abwehrberatung darstellen.

## **5. Vorsteuervergütung erfordert eigenhändige Unterschrift**

### **Einführung**

Im Ausland ansässige Unternehmer können sich auf Antrag die gezahlte deutsche Vorsteuer vergüten lassen. Häufig scheitert die Vergütung aufgrund formeller Mängel, z. B. dem Fehlen der eigenhändigen Unterschrift.

### **Neues Urteil**

Nach Ansicht des FG Köln müssen Vorsteuervergütungsanträge, die durch juristische Personen gestellt werden, von deren gesetzlichen Vertretern unterzeichnet werden. Die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten reicht nicht aus.

### **Konsequenz**

Ausländischen Unternehmern, die im Inland einen Vorsteuervergütungsantrag stellen wollen, kann nur geraten werden, sich strikt an die Anforderungen der hiesigen Finanzverwaltung zu halten, d. h. insbesondere: Nutzung des amtlichen Antragsformulars, Einreichung der Originalbelege, eigenhändige Unterschrift, Einreichung des Antrags bis zum 30.6. des auf die Entstehung des Vergütungsanspruchs folgenden Jahres (Ausschlussfrist). Leider ist es jedoch so, dass es in der Regel nicht am Willen der Unternehmen scheitert, die Formalien einzuhalten, sondern an deren Unkenntnis. Diese resultiert aus der mangelnden Kenntnis des nationalen UStG, aber auch aus dem Umstand, dass in anderen Ländern der Europäischen Union geringere Anforderungen an den Vergütungsantrag gestellt werden. Hier wäre eine Vereinheitlichung vonnöten.

## **6. Umsatzsteuerbefreiung für Greenfee-Gebühren**

### **Einführung**

Nach einem grundlegenden Urteil des EuGH steht Vereinen faktisch ein Wahlrecht zu, Mitgliedsbeiträge

der Umsatzsteuer zu unterwerfen oder diese umsatzsteuerfrei zu belassen. Die Ursache dieses Wahlrechts liegt in der unzureichenden Umsetzung der EU-Vorgaben in das nationale Recht.

### **Neues Urteil**

Das FG Köln hat nun entschieden, dass das Wahlrecht auch Nutzungsgebühren betrifft, die von Nicht-Mitgliedern erhoben werden. Konkret ging es um Greenfee-Einnahmen eines Golfclubs.

### **Konsequenz**

Bis es zu einer Anpassung der nationalen Regelung an die EG-Richtlinie kommt, ergeben sich grundsätzlich zwei Handlungsalternativen: 1. Deklaration steuerfreier Umsätze unter Berufung auf die EG-Richtlinie. 2. Deklaration umsatzsteuerpflichtiger Umsätze gemäß der nationalen Regelung, um korrespondierend den Vorsteuerabzug in Anspruch nehmen zu können. Hinsichtlich der Umsätze gegenüber Nicht-Mitgliedern ist allerdings zu beachten, dass das Urteil des FG Köln noch nicht rechtskräftig ist. Hier muss die weitere Rechtsentwicklung verfolgt werden.

## **7. Kündigung per Fax ist unwirksam**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Das Arbeitsrecht sieht als Voraussetzung an die Wirksamkeit einer Kündigung vor, dass diese in Schriftform erklärt werden und der anderen Vertragspartei zugehen muss. Dies erfordert regelmäßig, dass der jeweils anderen Partei das Kündigungsschreiben im Original zugehen muss. Ist das Formerfordernis nicht erfüllt, ist die Kündigung unwirksam. Das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz hatte nunmehr darüber zu entscheiden, ob eine per Fax übersandte Kündigung dem Schriftformerfordernis genügt und ob derjenige, der die Kündigung per Fax ausgesprochen hat, sich auf die Unwirksamkeit wegen eines möglichen Formmangels berufen kann.

### **Entscheidung**

Die Klägerin war Arbeitnehmerin der Beklagten. Nachdem die Beklagte den bereits bewilligten Jahresurlaub der Klägerin wenige Tage vor dem planmäßigen Urlaubseintritt widerrufen hatte, kündigte die Klägerin das Arbeitsverhältnis per Fax zum nächstmöglichen Zeitpunkt. Später trug die Klägerin vor, dass ihre Eigenkündigung formunwirksam gewesen sei und die Beklagte sie deshalb weiterbeschäftigen müsse. Der Arbeitgeber wendete ein, er habe auf die ernsthaft und in einer unemotionalen Lage ausgesprochene Kündigung vertrauen dürfen. Das Landesarbeitsgericht gab der klagenden Arbeitnehmerin Recht. Diese habe ihr Arbeitsverhältnis nicht wirksam gekündigt, da ihre per Fax erklärte Kündigung nicht dem Schriftformerfordernis genüge. Dem stehe nicht entgegen, dass der Arbeitgeber mit der nicht formgerechten Kündigung einverstanden gewesen sei. Diese Billigung könne den Formmangel nicht heilen. Außerdem könne die Klägerin sich auf den Formmangel ihrer Eigenkündigung berufen. Zwar könne es aus Treu- und Glaubens-Gesichtspunkten unzulässig werden, sich auf den Formmangel einer selber ausgesprochenen Kündigung zu berufen. Dies sei aber nur dann der Fall, wenn die Unwirksamkeit der Kündigung für den anderen Teil schlechthin untragbar sei. Hierfür hätten im konkreten Fall aber keine Anhaltspunkte bestanden.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung zeigt einmal mehr die formellen Risiken im Bereich des Arbeitsrechts. Bestehen für den Arbeitgeber Anhaltspunkte dafür, dass die Kündigung eines Mitarbeiters Formfehler beinhaltet, dann sollte der Arbeitgeber sicherheitshalber selber versuchen, die Formmängel mit dem Arbeitnehmer zu heilen, bspw. indem die Kündigung formwirksam noch einmal bestätigt wird.

## **8. Kündigung wegen Schlechtleistung – jetzt einfacher möglich?**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Verhaltensbedingte Kündigungen wegen Schlechtleistung waren nur unter schwer einzuhaltenden und insbesondere schwer nachzuweisenden Voraussetzungen möglich. Grundsätzlich schuldet der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung in mittlerer Art und Güte. Es oblag dem Arbeitgeber nachzuweisen, dass der Arbeitnehmer fehlerhaft und für das Unternehmen nicht mehr tragbar seine Arbeit ausübte. Das Bundesarbeitsgericht hat in einer jüngeren Entscheidung erstmals Kriterien aufgestellt, nach denen eine verhaltensbedingte Kündigung wegen Schlechtleistung möglich sein soll.

### **Entscheidung**

Einer Versandkaufhaus-Mitarbeiterin, die Warensendungen auf der Grundlage von Kundenbestellungen fertigstellte, wurde nach zwei Abmahnungen wegen zu hoher Fehlerquote, die deutlich über derjenigen ihrer Kollegen lag, und damit wegen qualitativer Minderleistung fristgerecht gekündigt. Dagegen wehrte sich die Arbeitnehmerin mit Kündigungsschutzklage. Nachdem die ersten zwei Instanzen der Klägerin Recht gaben, hob das Bundesarbeitsgericht die Entscheidung der Vorinstanz auf und verwies diese zur erneuten Tatsachenfeststellung zurück, gab der Vorinstanz aber deutliche Vorgaben, nach denen die Kündigung gerechtfertigt gewesen sein könnte. Insbesondere könnten die tatsächliche Fehlerzahl sowie die Art, Schwere und Folgen der fehlerhaften Arbeitsleistung Anhaltspunkte dafür sein, dass der Arbeitnehmer vorwerfbar seine vertraglichen Pflichten verletze. Liege das Arbeitsergebnis langfristig mehr als ein Drittel unter dem der Vergleichsgruppe, kann der Arbeitgeber die verhaltensbedingte Kündigung aufgrund von Schlechtleistung aussprechen. Zwar könne der Arbeitnehmer einwenden, dass er trotz unterdurchschnittlicher Ergebnisse seine persönliche Leistungsfähigkeit ausgeschöpft habe. Für entsprechende Gründe, zum Beispiel altersbedingte Defizite, Krankheiten oder negative betriebliche Umstände, sei aber der Arbeitnehmer beweispflichtig.

### **Konsequenz**

Die Grundsätze, die das Bundesarbeitsgericht der Vorinstanz vorgegeben hat, stellen erstmals Richtpunkte dar, die für eine verhaltensbedingte Kündigung wegen Schlechtleistung erfüllt sein müssen. Dies entbindet den Arbeitgeber nicht von seinen erheblichen Beweispflichten im Hinblick auf das Vorliegen der Schlechtleistung und insbesondere die Vergleichswerte. Darüber hinaus wird eine vorherige Abmahnung erforderlich sein.

## **9. Praktikantenvergütung von 375 EUR monatlich kann sittenwidrig sein**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Insbesondere in „überlaufenen“ Branchen ist es üblich geworden, Tätigkeiten durch Praktikanten, die auf längere Zeit eingestellt werden, ausüben zu lassen. Üblicherweise wird hierzu ein Praktikumsvertrag geschlossen, dem Praktikanten aber Arbeitnehmertätigkeiten auf einem konkreten Arbeitsplatz zugewiesen. Da das Praktikum bereits begrifflich im Rahmen der Berufsausbildung erfolgt, wird keine übliche Vergütung gezahlt, sondern regelmäßig lediglich eine „Ausbildungspauschale“, die deutlich unter der Vergütung einer vergleichbaren Arbeitskraft liegt. Das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg hatte in einer jüngeren Entscheidung darüber zu befinden, ob die geringe Vergütung eines Praktikanten, der Arbeitnehmertätigkeiten übernimmt, sittenwidrig sein kann.

### **Entscheidung**

Die Klägerin hatte im Jahr 2005 ihr Studium beendet. Ende 2005 schloss sie mit der Beklagten, einem Fachverlag, einen Praktikantenvertrag, wonach die Klägerin in den kommenden sechs Monaten 35 Stunden in der Woche im Rahmen eines Praktikums arbeiten und eine monatliche Vergütung von 375 EUR erhalten sollte. Die Klägerin wurde ausschließlich mit Aufgaben im Rahmen der Organisation von Veranstaltungen betraut. Nach Ablauf der sechs Monate forderte die Klägerin eine angemessene Vergütung. Sie sei nicht als einfache Praktikantin tätig geworden, sondern habe als normale Arbeitskraft der jeweiligen Projektleitung zugearbeitet. Die vereinbarte Vergütung sei daher sittenwidrig. Das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg gab der Klage statt. Für die von der Klägerin ausgeübten Tätigkeiten sei eine monatliche Vergütung in Höhe von 1.500 EUR brutto angemessen gewesen. Die Klägerin sei nicht als Praktikantin, sondern als Arbeitnehmerin für die Beklagte tätig geworden. Denn die Klägerin war während des gesamten sechsmonatigen Praktikums nur in einer Abteilung der Beklagten eingesetzt. Zwar bedarf es für die Annahme eines Praktikums keiner (betrieblichen) systematischen Berufsausbildung, allerdings müsse die Ausbildung als Praktikumszweck im Vordergrund stehen, um ein Praktikumsverhältnis überhaupt annehmen zu können. Insbesondere müsse der Ausbildungscharakter die für das Unternehmen erbrachten Leistungen überwiegen.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung birgt erhebliche Risiken, und zwar auch dort, wo tatsächlich nur ein Praktikum gewollt war. Der Arbeitgeber wird dokumentieren können müssen, dass ein Ausbildungswert erzielt worden ist.

Wirtschaftlich bedeutet das Urteil nicht nur die Nachzahlung von Lohnansprüchen, sondern auch die vollumfängliche Sozialversicherungspflicht.

## GmbH-Gesellschafter/-Geschäftsführer

### 1. „Cold Calls“ zum Zwecke der Rückgewinnung von ehemaligen Kunden sind wettbewerbswidrig

#### **Einführung**

Nach der gesetzlichen Vorgabe (§ 7 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 UWG) werden Verbraucher durch Telefonwerbung ohne deren Einwilligung unzumutbar belästigt („Cold Calls“). Dieses stellt eine unlautere Handlung dar, gegen die ein Wettbewerber oder bestimmte Verbände vorgehen können. Darüber hinaus dürfen nach einer gesetzlichen Regelung Telefonanbieter die Daten von Telefonkunden ohne Einwilligung nicht zu Werbeanrufen nutzen (§§ 3 Nr. 3, 95 Abs. 2 TKG).

#### **Entscheidung**

Will der Inhaber eines Telefonanschlusses seinen Anbieter wechseln, muss er den bisherigen Anschluss kündigen. Die Kündigung wird in der Regel vom neuen Anbieter weitergeleitet. Dieses kann über eine Schnittstelle gemeinsam mit einem „Portierungsauftrag“ erfolgen. Mit diesem fragt der neue Anbieter die Anmietung einer entsprechenden Anschlussleitung an. Bestätigt der bisherige Anbieter den Portierungsauftrag, kann der neue Anbieter den Vertrag mit dem Kunden bestätigen. Im Zusammenhang mit dem Wechsel des Anbieters ist es wiederholt zu telefonischen Nachfragen durch den bisherigen Anbieter beim Kunden gekommen, mit denen versucht wurde, den Kunden zurückzugewinnen. In der Folge wurden vom bisherigen Anbieter häufig Portierungsaufträge abgelehnt mit der Begründung, dass der Kunde eine neue Willenserklärung abgegeben habe. Das Landgericht hat dem bisherigen Anbieter auf Antrag eines neuen Anbieters untersagt, die Informationen aus dem Portierungsauftrag zum Zwecke der Telefonwerbung zu verwenden und Endkunden zur Rückgewinnung anzurufen, sofern diese nicht zuvor ihr Einverständnis erklärt haben, zu Werbezwecken angerufen werden zu wollen. Der bisherige Anbieter sei aus vertraglichen Pflichten gegenüber dem neuen Anbieter zur Rücksichtnahme verpflichtet (Rücksichtspflichten des § 241 Abs. 2 BGB aus TAL-Vertrag) und dürfe deshalb die Informationen aus dem Portierungsauftrag nicht zu Werbeanrufen verwenden. Darüber hinaus handele es sich bei den Rückgewinnungsanrufen um unzumutbare Belästigungen von Verbrauchern (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG). Denn eine Einwilligung in solche Werbeanrufe habe nicht vorgelegen.

#### **Konsequenz**

Kundenrückgewinnungsanrufe stehen nicht mehr im Zusammenhang mit einer bestehenden Geschäftsverbindung, sondern sind Werbung. Gegen solche Werbeanrufe können Wettbewerber oder Verbände vorgehen. Geplant ist eine Verschärfung der gesetzlichen Regelungen zum Schutz der Verbraucher. So soll die Unterdrückung der Rufnummer bei Werbeanrufen verboten werden. Ein Verstoß hiergegen soll eine Ordnungswidrigkeit darstellen.

### 2. **Wirtschaftsprüfer haften bei verspätetem Insolvenzantrag aufgrund eines Falschtestats auf Schadensersatz**

#### **Kernproblem**

Wenn die Insolvenzreife einer Gesellschaft wegen eines unrichtigen Testats des Wirtschaftsprüfers erheblich später erkannt wird, als dies bei einer ordnungsgemäßen Prüfung der Fall gewesen wäre, kann der Wirtschaftsprüfer auf Schadensersatz haften, wenn er schuldhaft gegen seine Prüfpflichten verstoßen hat und die Gesellschaft bei einem früheren Insolvenzantrag keine weiteren Schulden angehäuft hätte.

#### **Sachverhalt**

Geklagt hatte der Insolvenzverwalter einer GmbH, deren Jahresabschluss im Jahr 2004 von der beklagten Wirtschaftsprüfungsgesellschaft geprüft worden war. Die Beklagte hatte einen uneingeschränkten Bestätigungsvermerk erteilt und prognostiziert, dass sich die Gesellschaft im folgenden Jahr weiterhin



positiv entwickeln werde. Tatsächlich aber musste die GmbH einige Monate später Insolvenz anmelden. Der Kläger machte geltend, die Beklagte habe fahrlässig ihre Pflicht zur gewissenhaften Prüfung verletzt, wodurch der GmbH ein erheblicher Schaden entstanden sei, denn bei ordnungsgemäßer Prüfung des Jahresabschlusses wäre die Insolvenzreife des Unternehmens Monate früher erkannt worden; dieses hätte dann keine weiteren Verbindlichkeiten in Millionenhöhe angehäuft. Das Landgericht gab der Klage statt.

### **Entscheidung**

Die Beklagte haftet bis zur gesetzlichen Höchstgrenze (1 Mio. EUR) auf Schadensersatz, weil sie zum einen nicht auf die sich schon aus den Zahlen des Jahresabschlusses selbst ergebende bedrohliche Liquiditätslage der Schuldnerin hingewiesen und andererseits auch nicht bemerkt hat, dass die mit einem Wert von 2,2 Mio. EUR (d. h. 12 % der Bilanzsumme) erstmalig aktivierten Patente nur als Patentanmeldungen existierten. Dass diese nicht erteilungsfähig waren und nur mit 75.000 EUR hätten angesetzt werden dürfen, wäre für die Beklagte aus dem Kaufvertrag sowie durch eine kurze Online-Recherche erkennbar gewesen. Durch das erteilte Testat hat die Beklagte ihre gesetzlichen Pflichten als Abschlussprüfer erheblich verletzt, was für die Darstellung der wahren wirtschaftlichen Lage der GmbH gravierend war. Statt des ausgewiesenen Gewinns von 475.000 EUR hätte ein Verlust von 1 Mio. EUR festgestellt werden müssen.

### **Konsequenz**

Kommt es durch das Falschtestat eines Wirtschaftsprüfers zur Verschleierung der Insolvenzreife einer Gesellschaft, haftet dieser auf Schadensersatz, wenn er seine gesetzlichen Pflichten schuldhaft verletzt hat.

## **3. Ansprüche gegen Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH wegen Verstoßes gegen ein Wettbewerbsverbot unterliegen der kurzen Verjährung nach HGB**

### **Kernproblem**

Ansprüche gegen den Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH wegen des Verstoßes gegen ein Wettbewerbsverbot unterliegen der kurzen Verjährungsfrist des § 113 Abs. 3 HGB und nicht der nach § 43 Abs. 4 GmbHG. Nichts anderes gilt für Ansprüche aus der sog. „Geschäftschancenlehre“.

### **Sachverhalt**

Die Parteien sind mit gleich hohen Anteilen die einzigen Kommanditisten der E GmbH & Co. KG, deren Komplementärin die E GmbH ist. Auch an der Komplementärin, deren alleiniger Geschäftsführer der Beklagte ist, sind die Parteien im gleichen Verhältnis beteiligt. Unternehmensgegenstand der KG ist der Bau von Gewerbeimmobilien. Die Satzungen der beiden Gesellschaften enthalten selbst kein geschriebenes Wettbewerbsverbot, sehen jedoch die Möglichkeit vor, den Gesellschaftern die Befreiung von einem Wettbewerbsverbot zu erteilen. Lediglich der Anstellungsvertrag des Beklagten bei der Komplementärin enthält ein solches Verbot. Von der Beteiligung des Beklagten an der F GmbH & Co. KG im Oktober 2002, die zum Zwecke eines Hotelbaus gegründet wurde, erfuhr der Kläger im Oktober 2005. Er erhob im August 2006 Stufenklage (Auskunftsansprüche und Schadensersatz), diese hatte weder vor dem Landgericht noch vor dem Oberlandesgericht Erfolg.

### **Entscheidung**

Die dem Kläger grundsätzlich gegen den Beklagten zustehenden Ansprüche sind nach § 113 Abs. 3 HGB verjährt. Die Regelung des § 165 HGB, wonach Kommanditisten nicht dem gesetzlichen Wettbewerbsverbot der §§ 112 ff. HGB unterliegen, gilt nicht uneingeschränkt. Ein Wettbewerbsverbot trifft jeden Gesellschafter gleichermaßen, wenn er wie ein Komplementär bestimmenden Einfluss auf die Geschicke der KG nehmen kann. Dies konnte der Beklagte aufgrund seiner mittelbaren Stellung als Geschäftsführer der KG. Ferner ergab sich aus seinem Anstellungsvertrag, der als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten der KG wirkte, ebenfalls ein Wettbewerbsverbot. Die Verjährung richtet sich nach § 113 Abs. 3 HGB und beträgt 3 Monate ab Kenntnis vom Wettbewerbsverbot. Die Anwendbarkeit der Vorschrift ergibt sich daraus, dass das Wettbewerbsverbot aus der unmittelbaren oder analogen Anwendung des § 112 HGB auf den Beklagten als Geschäftsführer der Komplementärin resultiert. Nichts anderes ergibt sich bei Heranziehung der Geschäftschancenlehre. Auch auf das Verbot, Geschäftschancen der

Gesellschaft wahrzunehmen und dieser zu entziehen, ist die Verjährungsfrist des § 113 HGB anwendbar; die Regelung würde ansonsten weitgehend leerlaufen.

#### **Konsequenz**

Die Bestimmung des § 43 Abs. 4 GmbHG, nach der die Ansprüche in 5 Jahren verjähren würden, ist entgegen einer teilweise vertretenen Ansicht nicht anwendbar.

### **4. Realisierung von Körperschaftsteuerguthaben**

#### **Kernproblem**

Beim Übergang vom körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahren zum Halbeinkünfteverfahren verfügten deutsche Kapitalgesellschaften noch in großem Umfang über Gewinnrücklagen, die mit dem hohen Thesaurierungssteuersatz belastet waren. Bei einer Weitergeltung des Anrechnungsverfahrens wäre es bei einer späteren Ausschüttung dieser Rücklagen zu einer Körperschaftsteuerminderung gekommen. Aus diesem Grund wurde ein Körperschaftsteuerguthaben festgestellt, das auch nach dem Systemwechsel durch Ausschüttungen mobilisiert werden konnte. Zwei noch offene Anwendungsfragen wurden kürzlich durch den Bundesfinanzhof entschieden.

#### **Entscheidung I**

Die BFH-Richter entschieden, dass das Körperschaftsteuerguthaben erstmals für Gewinnausschüttungen genutzt werden konnte, die nach der erstmaligen Ermittlung des Guthabens, also nach dem 31.12.2001 bei kalendergleichem Wirtschaftsjahr bzw. dem Ende des abweichenden Wirtschaftsjahres 2001/2002, erfolgt sind. Dabei ist auf den Tag des Abflusses der Ausschüttung abzustellen. Problematisch ist dies insbesondere für Vorabauschüttungen, die im Wirtschaftsjahr 2001 bzw. 2001/2002 für dieses Jahr beschlossen wurden und abgefließen sind, sowie für verspätet abgefließene Vorabauschüttungen (Beschluss in früherem Wirtschaftsjahr und Abfluss erst in 2001 bzw. 2001/2002). Für diese Ausschüttungen ist keine Körperschaftsteuerminderung nach neuem Recht zu gewähren, gleichzeitig findet auch das alte Recht hierauf keine Anwendung. Die dadurch entstehende „Minderungspause“ von einem Jahr habe der Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen und sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

#### **Entscheidung II**

Schüttete eine Kapitalgesellschaft an eine andere Kapitalgesellschaft aus, so führte die Körperschaftsteuerminderung bei der einen zu einer entsprechenden Nachversteuerung bei der anderen Gesellschaft. Die empfangende Gesellschaft konnte das Guthaben aus der Nachversteuerung wiederum durch eigene Ausschüttungen nutzen. Der BFH hat nun entschieden, dass die Nutzung des Nachsteuerguthabens auch möglich ist, wenn beide Ausschüttungen im selben Jahr erfolgen. Auch die zeitliche Reihenfolge der im selben Jahr vorgenommenen Ausschüttungen spiele für die Mobilisierung des Guthabens keine Rolle. Die abweichende Auffassung der Finanzverwaltung lehnte der BFH ab.

#### **Konsequenz**

Beide Urteile betreffen eine inzwischen nicht mehr bestehende Rechtslage. Soweit Altfälle im Hinblick auf die anhängigen Verfahren offen gehalten worden sind, können diese nunmehr abgeschlossen werden. Hierdurch können sich Auswirkungen auf die „Restguthaben“ ergeben, die in zehn gleichen Raten in den Jahren 2008 bis 2017 an die Unternehmen ausgezahlt werden.

### **5. Doppelte USt durch Rechnung und Gutschrift**

#### **Einführung**

In einigen Branchen (z. B. Schrott- und Viehhandel) ist es üblich, dass der Abnehmer einer Lieferung diese prüft und anschließend mit einer Gutschrift gegenüber dem Lieferanten den endgültigen Preis abrechnet. Was ist aber nun, wenn der Lieferant schon eine Rechnung für die Lieferung ausgestellt hat?

#### **Neue Verwaltungsanweisung**

Zur Beantwortung dieser Frage verweist das Thüringer Finanzministerium auf ein Schreiben des BMF zu einer Anfrage des Verbandes Deutscher Metallhändler. Demnach liegen nach Ansicht des BMF in diesem Fall 2 Abrechnungspapiere für eine Lieferung vor. Dies ist eins zuviel. Der Lieferant schuldet daher sowohl die Umsatzsteuer aus der Rechnung als auch aus der Gutschrift. Dies kann verhindert werden,

wenn die Rechnung oder die Gutschrift durch den Rechnungsaussteller mit dem folgenden Vermerk versehen wird: „Bei diesem Beleg handelt es sich nicht um eine Rechnung/Gutschrift im umsatzsteuerlichen Sinn. Diese Rechnung kann nicht zum Vorsteuerabzug genutzt werden“.

### **Konsequenz**

Die Auffassung des BMF ist in allen Fällen zu beachten, in denen Gutschriften im Sinne des UStG erstellt werden. Das UStG versteht hierunter die Abrechnung einer Lieferung oder Leistung durch deren Empfänger. Nicht betroffen sind hingegen interne, aus EDV-technischen Gründen erstellte Gutschriften sowie Rechnungskorrekturen des Leistenden, die umgangssprachlich regelmäßig als Gutschriften bezeichnet werden. Um den doppelten Ausweis der Umsatzsteuer zu verhindern, gibt es folgende Alternativen: a) der Aussteller der Rechnung korrigiert diese, b) eine Gutschrift durch den Leistungsempfänger wird nicht erstellt, c) es wird keine Rechnung, sondern nur eine Gutschrift des Kunden erstellt, d) Rechnung oder Gutschrift werden mit dem vom BMF geforderten Vermerk versehen.

## **6. Nachweis einer innergemeinschaftlichen Lieferung**

### **Einführung**

Der EuGH hatte jüngst entschieden, dass die von der UStDV geforderten Belege zwecks Nachweises einer innergemeinschaftlichen Lieferung lediglich formeller Natur sind. Liegt daher zweifelsfrei eine innergemeinschaftliche Lieferung vor, so ist diese steuerbefreit, unabhängig von der Erbringung der Nachweise gemäß der UStDV. Für die Praxis allerdings wesentlich relevanter ist die Frage, welche Nachweispflichten zu erfüllen sind, um bei Betrug durch den Abnehmer die Steuerbefreiung nicht zu verlieren.

### **Fall**

Ein Kfz-Händler veräußerte hochwertige Kfz an die Firma Z in Portugal. Die Kfz holte B ab, der als Bevollmächtigter der Z auftrat. B legte eine Vollmacht der Z in portugiesischer Sprache vor und versicherte, die Kfz in das übrige Gemeinschaftsgebiet zu befördern. Die USt-ID-Nr. der Z ließ sich der Kfz-Händler über eine qualifizierte Abfrage beim Bundesamt für Finanzen bestätigen. Im Rahmen einer Außenprüfung ergab sich durch Nachfrage bei den portugiesischen Finanzbehörden, dass die Firma Z niemals Kfz erworben hatte. Vielmehr wurde u. a. dem „tatsächlichen Besitzer“ B eine Vollmacht erteilt. Das Finanzamt unterwarf die Verkäufe der Umsatzsteuer, da der Kfz-Händler mit der Z den falschen Abnehmer aufgezeichnet hätte.

### **Urteil**

Der BFH gibt dem Finanzamt Recht. Demnach muss der Kfz-Händler die gesamten Umsätze nachversteuern. Der BFH weist darauf hin, dass die Kontrolle der USt-ID-Nr. alleine nicht ausreicht, die Identität des Abnehmers zu bestimmen. Tritt ein Bevollmächtigter für den Abnehmer auf, so ist auch die Vollmacht des Vertreters nachzuweisen. Die tatsächlich vorgelegte Vollmacht reichte dem BFH nicht, da diese von der Z bestritten wurde und zudem in portugiesisch abgefasst war. Dem Kfz-Händler wurde ferner ein Gutgläubenschutz versagt, da er seinen Nachweispflichten nicht ordentlich nachgekommen war.

### **Konsequenz**

Dem Urteil der Vorinstanz ist zu entnehmen, dass der Kfz-Händler eigentlich alle formellen Anforderungen erfüllt hatte. Ihm wurde letztendlich zum Verhängnis, dass er aufgrund der bestrittenen Vollmacht den falschen Abnehmer aufgezeichnet hatte. Um derartigen Risiken zu entgehen, muss im Zweifel auch die Bevollmächtigung des Abnehmers überprüft werden.

## **7. Fristlose Kündigung ohne Abmahnung: nur bei exzessiver privater PC-Nutzung**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Häufiger Streitpunkt im Rahmen von Arbeitsverhältnissen entbrennt um die private Nutzung betrieblich gewährten Internetzugangs. Häufig erfolgt die fristlose Kündigung, wenn der Arbeitgeber feststellt, dass der betriebliche PC für privates Internetsurfen genutzt wird. Die Rechtsprechung zur Wirksamkeit dieser Kündigungen ist unübersichtlich und einzelfallabhängig. Die Tendenz geht wohl dahin, dass bei exzessiver Internetnutzung und dem Aufrufen pornografischer und strafbarer Internetseiten eine fristlose Kündigung zulässig sein soll. Ständiger Streitpunkt ist aber, ob eine vorherige Abmahnung erforderlich sein

soll. Das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz hatte in einer jüngeren Entscheidung wieder über die Zulässigkeit einer fristlosen Kündigung ohne vorherige Abmahnung zu entscheiden.

### **Entscheidung**

Geklagt hatte ein Arbeitnehmer, dem fristlos gekündigt worden war, weil er angeblich an mehreren Tagen von seinem Dienst-PC Internetseiten mit erotischem Inhalt aufgerufen und entsprechende Dateien heruntergeladen und Videos angesehen hatte. Der Kläger bestritt die Vorwürfe und gewann vor dem Landesarbeitsgericht. Kernpunkt der Entscheidung war, dass sich das Gericht nicht mit den Inhalten, die der Arbeitnehmer von seinem Dienst-PC aufgerufen hatte, auseinandersetzte, sondern alleine auf die Frage der vorherigen Abmahnung abstellte. Das Gericht verwies darauf, dass es an der erforderlichen Abmahnung fehle. Zwar sei nach den Aufzeichnungen des Arbeitgebers die umstrittene Nutzung an mehreren Tagen erfolgt. Dies aber nur minutenweise. Von einer ausschweifenden Nutzung könne daher keine Rede sein, sodass auf eine vorherige Abmahnung nicht verzichtet werden könnte.

### **Konsequenz**

In letzter Konsequenz bringt auch diese Entscheidung keine Klärung, ab wann eine fristlose Kündigung wegen privater Internetnutzung zulässig ist. Allerdings werden sich folgende Grundsätze festhalten lassen: Der Inhalt der aufgerufenen Seiten alleine rechtfertigt die fristlose Kündigung wohl nur dann, wenn diese in den Bereich von Straftaten reichen (bspw. Kinderpornografie, Menschenverachtung). Ansonsten ist sowohl eine zeitliche als auch inhaltliche Komponente erforderlich. Für die zeitliche Komponente gibt es keine starren Zeitregelungen. Um wirksam kündigen zu können, sollte stets der Erstverstoß abgemahnt werden, wobei unseres Erachtens die Frage, ob der Arbeitnehmer die Zeit des Internetsurfens als Arbeitszeit deklariert, mit beachtet werden muss. Zu erwägen ist auch ein grundsätzliches Verbot der privaten Internetnutzung.

## **8. Mit „i. A.“ unterschriebene Kündigung genügt regelmäßig nicht der Schriftform**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Das Arbeitsrecht sieht als Voraussetzung an die Wirksamkeit einer Kündigung vor, dass diese in Schriftform erklärt werden und der anderen Vertragspartei zugehen muss. Dies erfordert regelmäßig, dass der jeweils anderen Partei das Kündigungsschreiben im Original zugehen muss. Ist das Formerfordernis nicht erfüllt, ist die Kündigung unwirksam. Die Anforderungen an das Original des arbeitgeberseitigen Kündigungsschreibens sehen vor, dass dieses entweder vom Arbeitgeber selber oder von einem zur Kündigung von Arbeitsverhältnissen berechtigten Stellvertreter des Arbeitgebers unterschrieben ist. Wird die Kündigung durch eine andere Person als den Arbeitgeber gezeichnet, ist die Vertretungsbefugnis des Unterzeichners regelmäßiger Streitpunkt der Kündigung. Im Rahmen dieses Streitpunktes kommt es entscheidend darauf an, ob die Kündigung mit „i. A.“ oder „i. V.“ gezeichnet wird.

### **Entscheidung**

Der Kläger war bei dem Beklagten als Kraftfahrer und Monteur beschäftigt. Mit Schreiben vom 5.12.2006 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fristlos. Das Kündigungsschreiben war von einer Mitarbeiterin des Beklagten unterschrieben. Die Unterschrift enthielt den Zusatz „i. A.“. In der Zeile vor der Unterschrift sowie in der Zeile danach befand sich der maschinenschriftlich geschriebene Namen des Beklagten. Im Rahmen der Kündigungsschutzklage machte der Kläger die Unwirksamkeit der Kündigung wegen Formmangels geltend. Das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz gab dem Kläger Recht. Das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger sei nicht wirksam gekündigt worden, da das Kündigungsschreiben nicht dem Schriftformerfordernis genüge. Es fehle insoweit an einer eigenhändigen Unterschrift des Beklagten. Zwar könne sich der Arbeitgeber bei der Kündigungserklärung grundsätzlich von dem Mitarbeiter, der die Kündigung unterzeichnet hat, vertreten lassen. Das setze aber voraus, dass die Kündigungserklärung im Namen des Beklagten abgegeben worden sei; es müsse ein Vertreterhandeln erkennbar werden. Dies sei aber nur dann erfüllt, wenn der Zusatz „i. V.“ verwendet werde, denn der Zusatz „i. A.“ indiziere nur ein Auftragsverhältnis. Unerheblich sei, dass der Geschäftsverkehr oftmals zwischen den Kürzeln „i. A.“ und „i. V.“ nicht unterscheide.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung zeigt einmal mehr die besonderen Anforderungen an die formalen Voraussetzungen

einer wirksamen Kündigung. Als Konsequenz aus der Entscheidung muss festgehalten bleiben, dass der Zusatz „i. A.“ zur Unwirksamkeit der Kündigung führt.

## 9. **Gesellschafter können einem gegenüber Dritten unredlichen Geschäftsführer die Geschäftsführungsbefugnis entziehen**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts sind grundsätzlich zur gemeinsamen Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet. Sie können allerdings auch einem einzelnen Gesellschafter gegenüber die Geschäftsführungsbefugnis erteilen. Dies erfolgt durch Beschluss der Gesellschafterversammlung. In Abhängigkeit zu den gesellschaftsvertraglichen Regelungen sind die Abberufung und Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis eines solchen Gesellschafter-Geschäftsführers insbesondere dann, wenn es sich um den „starken“ Gesellschafter handelt, ggfls. nur aus wichtigem Grund möglich. Der Bundesgerichtshof hatte in einer jüngeren Entscheidung darüber zu befinden, ob auch Verfehlungen eines Gesellschafter-Geschäftsführers gegenüber Dritten eine Abberufung und Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis rechtfertigen könne.

### **Entscheidung**

Die Parteien sind alleinige Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Nachdem der Verdacht aufgekommen war, dass der Kläger, der Gesellschafter-Geschäftsführer, sich finanziell übernommen und Geldbeträge in den anderen Gesellschaften veruntreut hatte, beschlossen die Beklagten, die weiteren Gesellschafter, einstimmig die sofortige Abberufung des Klägers als Geschäftsführer der Gesellschaft aus wichtigem Grund. Der Verdacht der Veruntreuung bestätigte sich währenddessen. Der Kläger klagte gegen seine Abberufung. Der Bundesgerichtshof gab den beklagten Gesellschaftern Recht. Die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts könnten dem bestellten Geschäftsführer die Geschäftsführungsbefugnis aus wichtigem Grund entziehen. Ein wichtiger Grund für die Abberufung eines Geschäftsführers liege vor, wenn das Verhältnis zu ihm nachhaltig zerstört sei, was bereits bei einem begründeten Verdacht strafbarer Handlungen erfüllt sein könne. Auch wenn die Gesellschafter selbst nicht unmittelbar durch die Pflichtverstöße des Geschäftsführers betroffen seien, müssen sie nicht abwarten, bis sie selbst durch das Handeln des Geschäftsführers zu Schaden kämen.

### **Konsequenz**

Steht fest, dass sich ein geschäftsführender Gesellschafter in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer anderer Gesellschaften finanziell unredlich verhalten hat, so rechtfertigt dies die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis. Die Gesellschafter müssen nicht darauf warten, dass es durch ihn in der eigenen Gesellschaft zu Unregelmäßigkeiten kommt.