



## Mandanten-Brief November 2008

Sehr geehrte Damen und Herren,

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. Gleichheitswidrige Begünstigung von Bundestagsabgeordneten?
2. Grundsteuererlass bei strukturell bedingter Ertragsminderung
3. Gebühr für Kirchenaustritt verfassungsgemäß
4. Impfschadensversorgung nach Polio-Schluckimpfung nur bei Rechtsschein einer öffentlichen Empfehlung
5. Unterhaltsabfindungszahlungen an den geschiedenen Ehegatten nur begrenzt als außergewöhnliche Belastung berücksichtigungsfähig

#### Unternehmer und Freiberufler

1. Personengesellschaft: Grundstücksübertragung auf Gesamthänder und dessen Ehefrau
2. Fun-Games: Bei der Umsatzsteuer hört der Spaß auf
3. Ist die Vermietung von Campingplätzen steuerfrei?
4. Alleine altersabhängige Entlohnung ist diskriminierend
5. Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers bei Nichtverlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses mit einer Schwangeren
6. Überlassung von Werbemobilen
7. Auch Darlehenskonto kann Eigenkapital der KG sein
8. Phantomlohn für Sonderzahlung bei Mini-Job
9. Büroetage als wesentliche Betriebsgrundlage einer Steuerberater-Sozietät
10. Bewirtungskosten des AN – Dienstherr als Bewirtender
11. Nachträglicher Vorsteuerabzug für Photovoltaikanlagen?
12. Kein ermäßigter Steuersatz für Carsharing
13. Finanzverwaltung interpretiert Vorschrift gegen Steuerumgehung
14. Erfolgshonorar ist bei reiner Inkassotätigkeit des Anwalts – auch künftig – unzulässig!



15. Arzthaftungsrecht: Neuer Befund während der OP begründet in der Regel eine erneute Aufklärung des Patienten
16. EuGH weist Klage der Kommission gegen deutsches Apothekengesetz ab
17. Seeling Modell: Steuerfreiheit für Grundstücksentnahmen
18. Kleinunternehmerregelung bei überoptimistischer Prognose
19. Konkurrentenklage im Krankenhausrecht nur in Ausnahmefällen zulässig
20. Keine USt-Erstattung bei der Honorierung eines Befundberichts ohne nähere gutachtliche Äußerung
21. Banken: Umsatzsteuer durch Outsourcing

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

1. GmbH-Reform in Kraft
2. ABM-Kräfte schädlich für Schwellenwertberechnung bei Investitionszulage
3. Anrechnungsüberhänge sind verfassungsgemäß
4. Ausübung eines Bilanzierungswahlrechts
5. Keine Gewinnauswirkung durch Körperschaftsteuerguthaben
6. GmbH-Geschäftsführer haben nur bei anstellungsvertraglicher Vereinbarung Anspruch auf Karenzentschädigung
7. Geschäftsführer müssen zur Vermeidung strafrechtlicher Verfolgung fällige Leistungen an Sozialkassen erbringen
8. Haftung bei existenzvernichtendem Eingriff

## **Privatbereich**

### **1. Gleichheitswidrige Begünstigung von Bundestagsabgeordneten?**

#### **Einführung**

Den Bundestagsabgeordneten steht neben der Abgeordnetenentschädigung eine monatliche Kostenpauschale für Aufwendung zu, die ihnen aufgrund ihres Abgeordnetenstatus typischerweise entstehen (z. B. für Bürokosten, Mehraufwendungen am Sitz des Deutschen Bundestages, Aufwendungen für Wahlkreisbetreuung). Diese Kostenpauschale ist steuerfrei (§ 3 Nr. 12 Satz 1 EStG).

#### **Fall**

Ein Richter (Kläger) begehrte die Anerkennung von Berufsausgaben als Werbungskosten im Rahmen seiner Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit in pauschaler Höhe, um eine Gleichbehandlung mit den Bundestagsabgeordneten zu erreichen, die eine steuerfreie Kostenpauschale erhalten.



### **Entscheidung**

Der BFH lehnte die vom Kläger beehrte pauschale Berücksichtigung von Werbungskosten ab, da er als Richter nicht zu der Gruppe von Steuerpflichtigen gehört, die im Hinblick auf den Zweck der steuerfreien Kostenpauschale mit den Bundestagsabgeordneten vergleichbar ist. Außerdem unterscheiden sich die in der steuerfreien Kostenpauschale zusammengefassten mandatsbedingten Aufwendungen der Abgeordneten in ihrer Struktur grundlegend von den Aufwendungen anderer Berufsgruppen. Der BFH hielt es nicht für geboten, dem BVerfG die Frage vorzulegen, ob in der Gewährung einer steuerfreien Kostenpauschale an die Abgeordneten eine gleichheitswidrige Begünstigung liegt. Eine Entscheidung des BVerfG ist nur dann einzuholen, wenn ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig hält und die Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Norm für den Kläger die Chance offen hält, eine für ihn günstigere Regelung durch den Gesetzgeber zu erreichen. Eine Vorlage an das BVerfG schied im Streitfall aus, weil es bei der Entscheidung über einen pauschalen Werbungskostenabzug auf die Gültigkeit von § 3 Nr. 12 Satz 1 EStG nicht ankommt. Somit bleibt die Frage offen, ob hinsichtlich der steuerfreien Kostenpauschale der Gleichheitsgrundsatz verletzt wird. BFH, Urteil v. 11.09.2008, VI R 13/06.

## **2. Grundsteuererlass bei strukturell bedingter Ertragsminderung**

### **Kernproblem**

Bei wesentlicher Ertragsminderung eines Grundstücks – normaler Rohertrag ist um mehr als 20 % gemindert – kann die Grundsteuer auf Antrag teilweise erlassen werden. Der Antrag ist bis zum 31.3. des Folgejahres zu stellen (Ausschlussfrist). Bisher wurde der Grundsteuererlass nur in Fällen atypischer und vorübergehender Ertragsminderung gewährt.

### **Entscheidung**

Der BFH hat nun entschieden, dass eine wesentliche Ertragsminderung auch dann zu einem Erlass der Grundsteuer führt, wenn sie strukturell bedingt und nicht nur vorübergehender Natur ist. Ein struktureller Leerstand liegt bspw. vor, wenn die Ertragsminderung auf die allgemeine Wirtschaftslage zurückzuführen ist und der Vermieter sich nachhaltig um eine Vermietung zu einem marktgerechten Mietzins bemüht hat. Die wesentliche Ertragsminderung von mehr als 20 % bemisst sich bei zu Beginn des Erlasszeitraums leer stehenden Räumlichkeiten an der üblichen Miete. Bei vermieteten Räumlichkeiten ist die vereinbarte Miete die Bezugsgröße, solange die Miete nicht um mehr als 20 % von der üblichen Miete abweicht.



### **Konsequenz**

Die Rechtsprechung erweitert den Erlassrahmen für die Grundsteuer. Immobilienbesitzer sollten nunmehr immer bis zum 31.3. des Folgejahres prüfen, ob nicht ggf. ein Erlass für sie in Frage kommt.

## **3. Gebühr für Kirchenaustritt verfassungsgemäß**

### **Kernproblem**

Wer in Nordrhein-Westfalen aus der Kirche austritt, muss das mit Wirkung für den staatlichen Bereich beim Amtsgericht erklären. Der Kirchenaustritt ist mit einer Gebühr von 30 EUR verbunden. Gegen das formalisierte Verfahren und die Erhebung der Gebühr wurde Verfassungsbeschwerde eingelegt. Begründung: Die grundgesetzlich garantierte Religionsfreiheit sei eingeschränkt.

### **Entscheidung des BVerfG**

Die Verfassungsbeschwerde hatte keinen Erfolg. Im Wesentlichen wurde ausgeführt, das Verfahren diene dem legitimen Ziel, die geordnete Verwaltung der Kirchensteuer sicherzustellen. Eine formlose oder in der Form vereinfachte Austrittserklärung wäre nicht in gleicher Weise geeignet, die staatlichen Wirkungen der Kirchenmitgliedschaft verlässlich zu beenden. Das Verfahren selbst und die Gebühr seien dem Betroffenen auch zumutbar. Nach der Gesetzesbegründung betrage der Arbeitsaufwand für jeden Fall der Bearbeitung mindestens 15 Minuten, so dass die Gebühr kostendeckend sei.

## **4. Impfschadensversorgung nach Polio-Schluckimpfung nur bei Rechtsschein einer öffentlichen Empfehlung**

### **Kernproblem**

Wer durch eine Schutzimpfung, die von der zuständigen Landesbehörde empfohlen und in deren Bereich vorgenommen wurde, eine gesundheitliche Schädigung erlitten hat, erhält nach dem Infektionsschutzgesetz (früher: Bundesseuchengesetz) Versorgung nach den Grundsätzen der Kriegsopferversorgung.

### **Entscheidung**

Das Bundessozialgericht hat seine Rechtsprechung bestätigt, dass der öffentlichen Impfempfehlung der von der zuständigen Behörde verursachte Rechtsschein einer solchen Empfehlung gleichsteht. Nachdem die Ständige Impfkommission seit dem Jahr 1998 nicht mehr die Schluckimpfung gegen Poliomyelitis, sondern nur noch die Impfung durch Injektion empfiehlt, fehlte es an einer wirksamen öffentlichen Empfehlung für den im Dezember 1998 beim Kläger verwendeten Impfstoff.



Allein der Umstand, dass für die Schluckimpfung zuvor jahrzehntelang ge-  
worben worden war, reicht nicht aus, um den Rechtsschein einer noch vor-  
handenen Empfehlung zu bejahen. Es kommt vielmehr maßgeblich auf das  
Verhalten des mit der Impfung befassten Mediziners und der zuständigen  
Behörde an. Zunächst muss der Impfarzt beim Patienten den Eindruck er-  
weckt haben, die Schluckimpfung sei weiterhin öffentlich empfohlen. Ferner  
ist zu fordern, dass die zuständige Behörde entweder dieses Verhalten ge-  
kannt hat oder es hätte kennen können bzw. damit rechnen müssen.  
Schließlich kommt es darauf an, ob die Behörde die Wirkung dieses Ver-  
haltens hätte verhindern können.

## 5. **Unterhaltsabfindungszahlungen an den geschiedenen Ehegatten nur begrenzt als außergewöhnliche Belastung berücksichtigungsfähig**

### **Kernproblem**

Typische Unterhaltsleistungen an den geschiedenen Ehegatten sind unter  
den Voraussetzungen des § 33a Abs. 1 EStG bis zu einem Höchstbetrag von  
derzeit 7.680 EUR als außergewöhnliche Belastungen steuerlich berücksich-  
tigungsfähig. Hiervon zu unterscheiden sind sog. untypische Unterhaltslei-  
stungen, die gemäß § 33 EStG in vollem Umfang als außergewöhnliche Be-  
lastung steuermindernd geltend gemacht werden können.

### **Sachverhalt**

Der Kläger verpflichtete sich im Hinblick auf die bevorstehende Ehe-  
scheidung vertraglich, an seine Noch-Ehefrau im Falle der Scheidung einen  
einmaligen Geldbetrag von 1.458.000 DM zu zahlen, der teilweise kredit-  
finanziert wurde. Gleichzeitig stellten sich die Eheleute von gegenseitigen  
Unterhaltsansprüchen frei. Im Jahr der Ehescheidung machte der Steuer-  
pflichtige in seiner Einkommensteuererklärung neben den Scheidungskosten  
den im Notarvertrag als Unterhaltsleistung bezeichneten Betrag von  
1.458.000 DM sowie die angefallenen Darlehenszinsen als außergewöhnliche  
Belastungen nach § 33 EStG steuermindernd geltend. Er führte an, dass die  
Zahlung auf den Kapitalabfindungsanspruch der Ehefrau unfreiwillig erfolgte  
und damit als untypische Unterhaltsleistung in vollem Umfang als außerge-  
wöhnliche Belastung steuermindernd zu berücksichtigen sei.



### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof folgte der Auffassung des Klägers nicht. Das Gericht sah in der Zahlung des Klägers eine Leistung für den typischen Unterhaltsbedarf der Ehefrau. Die Abgrenzung der typischen von den untypischen Unterhaltsleistungen richte sich ausschließlich nach deren Anlass und Zweckbestimmung, nicht aber danach, ob sie regelmäßig oder einmalig anfallen und ob sie für den laufenden Veranlagungszeitraum oder im Voraus zur Abgeltung zukünftigen Bedarfs bzw. künftiger Ansprüche geleistet werden. Die Leistung als Einmalbetrag begründe auch keine gesteigerte Zwangslage des Klägers.

### **Konsequenz**

Mit seinem Urteil hat der Bundesfinanzhof erneut eine klare Abgrenzung der typischen von den untypischen Unterhaltsleistungen vorgenommen. Untypische Unterhaltsleistungen liegen somit nur dann vor, wenn mit den Leistungen ein außergewöhnlicher Bedarf abgedeckt wird, z. B. die Übernahme von Krankheits- und Pflegekosten, und der Unterhaltsberechtigte außerstande ist, diese Aufwendungen selbst zu tragen.

## **Unternehmer und Freiberufler**

### **1. Personengesellschaft: Grundstücksübertragung auf Gesamthänder und dessen Ehefrau**

#### **Einführung**

Bei Grundstücksübertragungen zwischen Personengesellschaften und ihren Gesellschaftern wird die Grunderwerbsteuer (GrESt) insoweit nicht erhoben, als der Gesellschafter an der Gesellschaft beteiligt ist. Daneben gibt es Steuerbefreiungen für bestimmte Übertragungen zwischen Angehörigen. Besonders kompliziert wird es, wenn diese (Befreiungs-) Tatbestände zusammentreffen.

#### **Fall**

A, B und C waren zu je 1/3 Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR). Das Gesellschaftsvermögen bestand aus einem Grundstück. Im Jahr 2003 übertrug die GbR das Grundstück je hälftig auf A und dessen Ehefrau (EF) und löste sich auf. Die Eheleute zahlten B und C je 60.000 DM und übernahmen Verbindlichkeiten in Höhe von 90.000 DM. Das Finanzamt errechnete als Gegenleistung für das Grundstück 270.000 DM. Hierbei wurde zusätzlich zu den genannten Beträgen, der Verzicht des A auf sein Auseinandersetzungsguthaben (60.000 DM) berücksichtigt. Auf A und EF entfielen hiervon jeweils 135.000 DM. 1/3 dieses Betrages (45.000 DM) behandelte das Finanzamt als steuerfrei.



Während die Festsetzung gegenüber EF bestandskräftig wurde, beantragte A, als Steuerbefreiung 1/3 der gesamten Gegenleistung (90.000 DM), statt der hälftigen, zu berücksichtigen. Seine Argumentation beruhte auf dem Umstand, dass er wertmäßig schon zu 1/3 an der Gesellschaft beteiligt gewesen sei und somit nur 1/6 hinzu erworben habe.

### **Neues Urteil**

Der BFH schließt sich der Rechtsauffassung des A an. Demnach wird von A nur GrESt für den hinzu erworbenen Anteil erhoben ( $1/6 = 45.000$  DM). Dabei ist der Mehrerwerb auf das gesamte Grundstück zu beziehen und nicht auf den hälftigen Teil, den A letztendlich erhält. Die Befreiung für EF wurde dem BFH zur Folge zu Unrecht gewährt. Ihr steht kein begünstigter Erwerb vom Ehegatten zu, da die ursprüngliche vermögensmäßige Beteiligung des A am Grundstück in seinem Miteigentumsanteil fortbesteht. Dem Erwerb des A ist als gesellschaftsrechtlichem Vorgang der Grundstückswert als Bemessungsgrundlage zugrunde zu legen, dem Erwerb der EF hingegen die Gegenleistung.

### **Konsequenz**

Im Gegensatz zu anderen Fallkonstellationen sieht der BFH in diesem Fall keinen Spielraum für die Berücksichtigung der Befreiung für Ehegatten-erwerbe. Dies hatte im vorliegenden Fall, aufgrund der Bestandskraft der Veranlagung von A, allerdings keine Konsequenz. A wurde hiervon unabhängig die erstrittene Steuerbefreiung gewährt. Die Eheleute zahlten damit im Endeffekt weniger GrESt, als Sie bei korrekter Veranlagung im Sinne des BFH hätten zahlen müssen.

## **2. Fun-Games: Bei der Umsatzsteuer hört der Spaß auf**

### **Einführung**

Bei der Aufstellung von Automaten in Spielhallen wird zwischen Geldspiel- und Unterhaltungsgeräten differenziert. An Unterhaltungsgeräten werden Fun-Games gespielt, bei denen der Spieler maximal seinen Einsatz wiedererlangen kann. Im Gegensatz hierzu besteht bei Geldspielgeräten die Möglichkeit eines über den Einsatz hinausgehenden Gewinnes.

### **Rechtslage**

Bis zum 5.5.2006 enthielt das UStG eine Befreiung für Glücksspiele, die von öffentlich zugelassenen Spielbanken betrieben wurden. Der EuGH sah hierin eine unzulässige Begünstigung der öffentlichen Spielbanken. Aufgrund des Urteils konnten andere Unternehmer, z. B. Betreiber von Spielhallen, unter Berufung auf die EU-Richtlinie ebenfalls die Steuerbefreiung beantragen. Um dies für die Zukunft zu verhindern, wurde die Regelung mit Wirkung vom 6.5.2006 aufgehoben. Nunmehr sind nach dem nationalen Gesetz lediglich Umsätze befreit, die unter das Rennwett- und Lotteriegesezt fallen.



### **Fall**

Ein Spielhallenbetreiber deklarierte unter Berufung auf die Rechtsprechung des EuGH seine gesamten Umsätze des Jahres 2001 aus dem Betrieb von Automaten als steuerfrei. Sofern die Umsätze Fun-Games (hier: Token-spiele) betrafen, behandelte das Finanzamt diese als steuerpflichtig. Die Finanzverwaltung sah in dem Betreiben von Unterhaltungsgeräten keinen Anwendungsfall der EU-Richtlinie, da diese nur Glücksspiele mit Geldgewinn von der Umsatzsteuer befreie. Das angesprochene EuGH-Urteil half insoweit nicht weiter, da es explizit nur die Umsätze aus Geldspielgeräten betraf.

### **Neues Urteil**

Unter Berufung auf weitere Rechtsprechung des EuGH subsumiert der BFH nur solche Umsätze unter die Befreiung der EU-Richtlinie, die dem Spieler die Möglichkeit einer Vermögensmehrung lassen. Da die vom Kläger betriebenen Tokenspiele aber lediglich ein Weiterspielen bzw. maximal die Auszahlung des geleisteten Geldeinsatzes zulassen, kommt eine Befreiung dieser Umsätze nicht in Betracht.

### **Konsequenz**

Nach der heutigen Rechtslage sind Umsätze von Spielhallenbetreibern nur befreit, wenn sie unter das Rennwett- und Lotteriegesez fallen. Für Umsätze bis zum 5.5.2006 besteht nur bei Geldspielgeräten noch die Möglichkeit einer Steuerbefreiung. Allerdings ist hier immer zu prüfen, ob sich die Berufung auf die EU-Richtlinie lohnt, da mit der Umsatzsteuerbefreiung auch eine Versagung bzw. Korrektur des Vorsteuerabzuges einhergeht.

## **3. Ist die Vermietung von Campingplätzen steuerfrei?**

### **Einführung**

Die Vermietung und Verpachtung von Grundstücken ist grundsätzlich von der Umsatzsteuer befreit. Ausgenommen von der Befreiung ist u. a. die kurzfristige Vermietung von Campingplätzen.

### **Fall**

Ein Campingplatzbesitzer klagte gegen die Steuerbefreiung, da er hierin einen Verstoß gegen die EU-Richtlinie sah. Hintergrund der Klage waren erhebliche Investitionen des Klägers in seinen Campingplatz, für die er den Vorsteuerabzug begehrte. Das Finanzamt versagte den Vorsteuerabzug mit Verweis auf die Steuerbefreiung, die diesen ausschließt.





### **Neues Urteil**

Entgegen dem Urteil der Vorinstanz hält der BFH die Befreiung für gemeinschaftsrechtskonform. Da das Finanzgericht bisher nicht geprüft hatte, ob die strittige Vermietung kurz- oder langfristig war, verwies der BFH das Verfahren an die Vorinstanz zurück.

### **Konsequenz**

Es bleibt alles wie bisher. Die langfristige Vermietung von Campingplätzen ist steuerbefreit, ein Vorsteuerabzug für Leistungen die hiermit in Verbindung stehen ist ausgeschlossen. Wichtig bleibt insofern unverändert die Differenzierung zwischen kurz- und langfristiger Vermietung. Dies gilt sowohl hinsichtlich für die Rechnungsstellung als auch für den Vorsteuerabzug. Eine langfristige Vermietung setzt eine Mietdauer von mindestens 6 Monaten voraus.

## **4. Alleine altersabhängige Entlohnung ist diskriminierend**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz verbietet unter anderem die Diskriminierung wegen des Alters. Dabei wirkt der Schutz bei Altersdiskriminierung nicht nur zugunsten älterer sondern auch zugunsten jüngerer Arbeitnehmer. Zwar besteht ein gesetzlicher Katalog, nach dem Altersdiskriminierungen gerechtfertigt sein können. Den dort genannten Fallgruppen ist aber gemein, dass ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung wegen des Alters vorliegt. So können z. B. Altersgrenzen festgelegt oder Mindestanforderungen an das Alter bei bestimmten Berufen gestellt werden. Übliche Regelungen für Arbeitsbedingungen und Arbeitsvertragsklauseln sind nicht im Katalog der Rechtfertigungsgründe enthalten. Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hatte nunmehr am Beispiel der Vergütungsstruktur des Bundesangestelltentarifes zu entscheiden, ob eine am Alter des Arbeitnehmers ausgerichtete Vergütungsstruktur zulässig sein kann.

### **Entscheidung**

Ein 39 jähriger Heimleiter war aufgrund seines Alters in die Lebensaltersstufe 39 der Vergütungsregelung des Bundesangestellten-Tarifes eingruppiert. Diese Vergütungsregelung baut auf Lebensaltersstufen auf und führt alle zwei Jahre zu einer Erhöhung der Vergütung, bis die höchste Lebensaltersstufe, nämlich 47, erreicht ist. Mit seiner Klage begehrte er Vergütung auf der Grundlage der höchsten Lebensalterstufe, obwohl er noch keine 47 Jahre alt ist.



Da das Vergütungssystem des Bundesangestellten-Tarifes, das in Berlin über einen Anwendungstarifvertrag gelte, eine unterschiedliche Vergütung alleine wegen des Lebensalters gewähre, liege eine unzulässige Altersdiskriminierung vor. Nachdem das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen hatte, gab das Landesarbeitsgericht ihr statt. Eben weil es für die Eingruppierung in die aufsteigenden Lohnklassen des Bundesangestellten-Tarifes, die zu einer unterschiedlichen Vergütung führt, alleine auf das Lebensalter ankäme, liege eine unzulässige Altersdiskriminierung vor. Dies gelte jedenfalls, soweit die Grundvergütung betroffen sei. Zuschläge (hier konkret der Ortszuschlag) könnten abweichend gewährt werden.

### **Konsequenz**

Auch wenn die Entscheidung noch nicht rechtskräftig ist, ist sie (zunächst) richtungsweisend. Mit der Entscheidung ist erstmals eine Kernregelung, die über den Bundesangestellten-Tarif hinaus nicht unüblich ist, als diskriminierend eingestuft worden. Die Entscheidung macht eine Tendenz in der Rechtsprechung deutlich, solche Regelungen, die für eine Vielzahl von Arbeitnehmern verallgemeinert werden können, als diskriminierend einzustufen, wenn ein Diskriminierungsmerkmal dafür (mit)verantwortlich gemacht werden kann, dass Arbeitnehmer unterschiedlich behandelt werden. Ein weiteres Beispiel könnten unterschiedliche Urlaubszeiten sein. Ob es eine Alternative darstellen kann, anstelle des Alters auf die Betriebszugehörigkeit abzustellen, wird wohl auch Gegenstand einer gerichtlichen Überprüfung werden, nachdem auch das Abstellen auf die Betriebszugehörigkeit tendenziell ältere Arbeitnehmer besser stellt.

## **5. Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers bei Nichtverlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses mit einer Schwangeren**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz schützt insbesondere vor einer Diskriminierung wegen des Geschlechts. Dabei gilt, dass eine Diskriminierung wegen einer Schwangerschaft stets eine Geschlechterdiskriminierung darstellt. Nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz ist der benachteiligende Arbeitgeber verpflichtet, dem Arbeitnehmer bei entsprechendem Verschulden den konkret entstandenen Schaden zu ersetzen sowie verschuldensunabhängig eine Entschädigung zu zahlen. Allerdings hat der benachteiligte Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Einstellung bzw. Beschäftigung. Das Arbeitsgericht Mainz hatte in einer jüngeren Entscheidung zum Schadensersatz sowie zu den Beweisanforderungen einer Schwangeren zu entscheiden, deren befristetes Arbeitsverhältnis nicht verlängert worden war.



### **Entscheidung**

Die Klägerin wurde im Laufe eines befristeten Arbeitsverhältnisses schwanger. Nachdem der Arbeitgeber die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses abgelehnt hatte, verlangte die Klägerin von ihm Schadensersatz und eine Entschädigung wegen einer Benachteiligung aufgrund ihres Geschlechts. Zur Begründung machte sie geltend, dass der Beklagte das Arbeitsverhältnis nur wegen ihrer Schwangerschaft nicht verlängert habe. Das ergebe sich aus einem Telefongespräch, das ihre Mutter mit dem Beklagten geführt habe. Auf ihre Frage nach den Gründen für die Nichtverlängerung habe der Beklagte ihr mitgeteilt, dass der Grund hierfür die Schwangerschaft der Klägerin sei. Das Arbeitsgericht sprach der Klägerin sowohl einen Schadensersatz- als auch einen Entschädigungsanspruch zu. Dabei richte sich der Schadensersatzanspruch auf das entgangene Arbeitseinkommen, der Entschädigungsanspruch auf den immateriellen Schaden. Arbeitgeber, die ein befristetes Arbeitsverhältnis nur wegen der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin nicht verlängern, verstoßen gegen das Verbot der Benachteiligung aufgrund des Geschlechts. Ob Grund für die Nichtverlängerung tatsächlich die Schwangerschaft der Arbeitnehmerin gewesen sei, müsse zwar grundsätzlich die klagende Arbeitnehmerin darlegen und beweisen. Habe sie aber, wie hier durch das Telefonat der Mutter, eine Indiztatsache beigebracht, so trage der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass kein Verstoß vorgelegen habe, was im konkreten Fall nicht gelungen sei.

### **Konsequenz**

Das Urteil ist in zweierlei Hinsicht beachtlich. Zum einen zeigt es das wirtschaftliche Risiko, das sich im Rahmen des Schadensersatzes auf das entgangene Arbeitseinkommen realisieren kann. Hätte ein weiterer befristeter Arbeitsvertrag in Rede gestanden, dann entspräche dessen Entlohnung dem Schaden. Zum anderen wird das Beweisrisiko, das sich auf Seiten des Arbeitgebers realisiert, nochmals deutlich.

## **6. Überlassung von Werbemobilen**

### **Einführung**

Werbefirmen überlassen häufig mit Werbeflächen versehene Fahrzeuge an Institutionen (Vereine, Kommunen etc.). Die Überlassung erfolgt kostenlos. Die Institution verpflichtet sich lediglich das Fahrzeug zu nutzen und die Werbung zu dulden.

### **Rechtslage**

Die Auffassung der Finanzverwaltung wird ausführlich in einer aktuellen Verfügung der OFD Karlsruhe dargestellt. Demnach wird die Überlassung des Werbemobils als tauschähnlicher Umsatz qualifiziert.



Die Werbefirma liefert bzw. überlässt das Kfz an die Institution, die im Gegenzug eine Werbeleistung erbringt. Dabei wird die Überlassung des Kfz als Lieferung seitens der Werbefirma qualifiziert, wenn letzterer das wirtschaftliche Eigentum am Fahrzeug überlassen wird, ansonsten als Nutzungsüberlassung. Das wirtschaftliche Eigentum soll z. B. auf die Institution übergehen, wenn die betriebsgewöhnliche Nutzung des Kfz der Dauer der Überlassung entspricht und nach Vertragsende das Kfz auf die Institution übertragen wird. Ferner soll eine Orientierung an den im Ertragsteuerrecht entwickelten Grundsätzen zur Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums beim Leasing erfolgen. Seitens der Institution wird grundsätzlich eine steuerbare Werbeleistung erbracht; Ausnahmen hiervon gelten allerdings für juristische Personen des öffentlichen Rechts.

### **Neues Urteil**

Der BFH bestätigt, dass derartige Gestaltungen tauschähnliche Umsätze darstellen, unabhängig davon, ob die Vertragsparteien dies auch als entgeltliche Leistung bezeichnen. Eine Lieferung des Kfz setzt die Übertragung von Substanz, Wert und Ertrag voraus. Der BFH betont, dass dies immer anhand der Gesamtumstände des Einzelfalls zu beurteilen ist. Eine pauschale Anwendung der zum Leasing entwickelten Grundsätze lehnt der BFH ab. Als Entgelt für die Lieferung bzw. Nutzungsüberlassung ist der Wert der Werbeleistung anzusetzen. Dieser bemisst sich nach den Anschaffungskosten des Kfz. Aufwendungen für das Anbringen der Werbung auf dem Kfz zählen nicht hierzu.

### **Konsequenz**

Die Vertragsparteien müssen berücksichtigen, dass solche Verträge regelmäßig der Umsatzsteuer unterliegen. Für die korrekte Deklaration der Umsatzsteuer seitens der Werbefirma ist entscheidend, ob diese das Kfz liefert oder zur Nutzung überlässt. Bei einer Lieferung entsteht die Umsatzsteuer mit Übergabe des Kfz, bei Nutzungsüberlassung hingegen mit Ende der Vertragslaufzeit. Angesichts des Ansatzes der Anschaffungskosten des Kfz als Bemessungsgrundlage für die Überlassung des Kfz ist es fraglich, ob sich derartige Gestaltungen aus Sicht des UStG lohnen.

## **7. Auch Darlehenskonto kann Eigenkapital der KG sein**

### **Kernproblem**

Der Kommanditist einer KG kann Verluste „seiner“ KG nur mit anderen Einkünften aus Gewerbebetrieb oder mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten ausgleichen, wenn und soweit hierdurch nicht ein negatives Kapitalkonto entsteht oder sich erhöht (§ 15a EStG). Andernfalls sind Verluste nur mit späteren Gewinnen der KG verrechenbar. Dem Begriff und dem Umfang des „Kapitalkontos“ kommt daher entscheidende Bedeutung zu.



### **Sachverhalt**

Klägerin in einem jüngst entschiedenen Verfahren war eine KG, die nach den Regelungen ihres Gesellschaftsvertrages für ihre Kommanditisten jeweils vier Gesellschafterkonten führte: Festkapitalkonto, Rücklagenkonto, Verlustvortragskonto und Darlehenskonto. Die KG erwirtschaftete in den Streitjahren Verluste, die auf die Verlustvortragskonten gebucht wurden und die Bestände auf den Festkapital- und Rücklagenkonten überstiegen. Gleichzeitig hatten die Kommanditisten noch in größerem Umfang Guthaben auf ihren Darlehenskonten. Der Gesellschaftsvertrag sah eine Verrechnung der laufenden Verluste mit den Darlehenskonten nicht vor. Vielmehr waren auf dem Darlehenskonto im Wesentlichen Gewinnanteile und Entnahmen zu verbuchen. Allerdings sah der Gesellschaftsvertrag für den Fall des Ausscheidens eines Kommanditisten vor, dass dieser nur den Saldo seiner vier Konten als Abfindung erhält. Somit kommt es beim Ausscheiden zur Verrechnung eines positiven Darlehenskontos mit ggf. noch bestehenden und nicht ausgeglichenen Verlusten.

### **Entscheidung**

Für die Frage, ob ein Gesellschafterkonto zum steuerlichen Kapitalkonto im Sinne des § 15a EStG gehört, stellt die Rechtsprechung bereits seit Längerem darauf ab, ob auf dem jeweiligen Konto auch Verluste verrechnet werden. Nunmehr hat der BFH entschieden, dass es hierzu nicht erforderlich sei, dass eine Verrechnung laufender Verluste erfolgt. Ausreichend sei vielmehr, dass eine solche Verrechnung irgendwann erfolge, im Streitfall beim Ausscheiden des Gesellschafters. Gegen die Annahme von steuerlichem Eigenkapital spreche zwar die gewinnunabhängige Verzinsung der Darlehenskonten, hierin sei jedoch keine zwangsläufige Schlussfolgerung zu sehen. Die Verlustverrechnung bei Ausscheiden wiege als Indiz für die Annahme von Eigenkapital stärker. Zu beachten ist noch, dass im Streitfall die Kommanditisten nur die Zinsen für ihre Darlehenskonten und die auf ihre Gewinnanteile entfallenden Steuern jederzeit von ihren Darlehenskonten entnehmen durften. Darüber hinausgehende Entnahmen mussten von der Gesellschafterversammlung genehmigt werden. Der BFH hat es ausdrücklich offen gelassen, wie der Fall bei Vorliegen von unbegrenzten Entnahmerechten zu entscheiden wäre.

### **Konsequenz**

Die Verlustausgleichsbeschränkung des § 15a EStG führt – insbesondere in Krisensituationen einer KG – oftmals zu ungewünschten Ergebnissen. Aber auch bei Kapitalanlagen in Form geschlossener Fonds wird die steuerliche Attraktivität häufig beeinträchtigt. Die Problematik dürfte sich in Zukunft weiter verschärfen, denn der vorliegende Entwurf für ein Jahressteuergesetz 2009 sieht vor, dass Einlagen der Gesellschafter bei negativem Kapitalkonto nicht mehr das Verlustausgleichsvolumen künftiger Jahre erhöhen.



Das aktuelle BFH-Urteil bietet hier den Ansatz für interessante Gestaltungen: Zum einen sollten (vermeintliche) § 15a-Fälle der Vergangenheit daraufhin untersucht werden, ob vor dem Hintergrund der neuen Rechtsprechung tatsächlich negative Kapitalkonten vorliegen. Andererseits gibt der Urteilstext sehr konkrete Hinweise, wie ein KG-Gesellschaftsvertrag angepasst werden kann, um für die Zukunft ein höheres Verlustausgleichspotenzial zu schaffen.

## 8. Phantomlohn für Sonderzahlung bei Mini-Job

### **Kernproblem**

Bis zum 1.4.2003 war das Arbeitsentgelt aus einer geringfügigen Beschäftigung bis zu einem regelmäßigen Entgelt von monatlich 325 EUR steuerfrei. Anschließend ist an die Stelle der Steuerfreiheit die noch heute geltende Pauschalierung der Einkommensteuer mit 2 % für Mini-Jobs getreten (zusammen mit pauschalen Beiträgen für Renten- und Krankenversicherung, die an die Bundesknappschaft gezahlt werden). Zurzeit gilt das bis zu einem regelmäßigen Entgelt von monatlich 400 EUR. Alt- und Neuregelung haben gemeinsam: Wird das regelmäßige Arbeitsentgelt überschritten, besteht Sozialversicherungs- und Steuerpflicht. Der BFH war mit einem Fall in den Streitjahren 1999 bis 2001 betraut, in dem noch ein Höchstbetrag von 630 DM monatlich galt. Wie das auch heute häufig angetroffen wird, wurde genau der Höchstbetrag monatlich ausgezahlt. Doch dann kam der Lohnsteuerprüfer: Weil nach dem Tarifvertrag Urlaubsgeld in Höhe eines halben Monatsgehalts zustand, war nach Verteilung auf alle Monate der Höchstbetrag regelmäßig überschritten. Das Urlaubsgeld wurde aber weder den Aushilfen gezahlt noch von diesen eingefordert (sog. Phantomlohn). War das für die festgesetzten Steuernachzahlungen von Bedeutung?

### **Bisherige Rechtsprechung**

Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) gehören zu dem regelmäßig im Monat erzielten Arbeitsentgelt auch unregelmäßige Sonderzahlungen, wie z. B. Urlaubs- und Weihnachtsgeld, soweit sie bei vorausschauender Betrachtung mit hinreichender Sicherheit innerhalb eines Beschäftigungszeitraums von einem Jahr zu erwarten sind.

### **Entscheidung des BFH**

Der BFH entschied, dass sich die Voraussetzungen der geringfügigen Beschäftigung ausschließlich nach sozialversicherungsrechtlichen Maßstäben beurteilen. Nach der Rechtsprechung des BSG ist in den Streitjahren allein auf das tariflich geschuldete Arbeitsentgelt abzustellen. Zwar sollen nach der ab 1.1.2003 geltenden Norm Beitragsansprüche für Sonderzahlungen nur noch dann entstehen, wenn das Arbeitsentgelt ausgezahlt worden und damit zugeflossen ist. Vorher war jedoch die Anwendung des Entstehungs-



prinzips vom Gesetzgeber ausdrücklich beabsichtigt. Die Höhe des steuerpflichtigen Lohns bestimmt sich davon abweichend allein nach dem Einkommensteuerlichen Zuflussprinzip.

### **Konsequenz**

Die steuerliche Beachtung des Zuflussprinzips führt nicht zu einer wesentlichen Verbesserung, denn damit bleibt nur das ohnehin nicht ausgezahlte Urlaubsgeld von der Steuerpflicht verschont. Viel wichtiger ist, worauf auch der BFH hinweist: Ab 2003 hat sich das Gesetz geändert. Einmalige Einnahmen werden nur noch dann berücksichtigt, wenn sie auch tatsächlich gezahlt werden. Bei laufenden Zahlungsansprüchen bleibt es beim „Phantomlohn“.

## **9. Büroetage als wesentliche Betriebsgrundlage einer Steuerberater-Sozietät**

### **Kernproblem**

Bis einschließlich zum Jahr 2001 war auch noch die Veräußerung des Bruchteils eines Mitunternehmeranteils (Sozietätsanteil) generell tarifbegünstigt möglich (früher halber Steuersatz/zuletzt Fünftelregelung). Anschließend konnte nur noch die Übertragung des gesamten Gesellschaftsanteils zu einem begünstigten Veräußerungsgewinn führen. Die Steuervergünstigung setzte jedoch die anteilige Mitveräußerung des Sonderbetriebsvermögens voraus, soweit dieses wesentliche Betriebsgrundlagen enthielt. Die Rechtsprechung zur zwingenden Berücksichtigung des Sonderbetriebsvermögens war jedoch erst im Jahr 2001 durch eine Entscheidung des BFH endgültig abzusehen. Damit zu spät für einen Steuerberater, der in den Jahren 1996 und 1997 nach der Einbringung seiner Einzelpraxis in eine Gemeinschaftspraxis in Vertrauen auf die Tarifiermäßigung scheinbar seine Anteile veräußerte, dabei aber die Büroräume in seinem Alleineigentum behielt. Aber damit nicht genug; denn etwa zeitgleich verfestigte sich immer mehr die Auffassung, dass auch ein Bürogebäude wesentliche Betriebsgrundlage sein kann. Das meinte dann nach einer BP auch das Finanzamt und verweigerte im Nachhinein die Tarifiermäßigung.

### **Bisherige Rechtsprechung**

Nach der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung des BFH ist ein Betriebsgrundstück allein dann keine wesentliche Betriebsgrundlage, wenn es für den Betrieb keine oder allenfalls eine geringe Bedeutung besitzt. Eine wirtschaftliche Bedeutung ist bereits dann anzunehmen, wenn der Betrieb auf das Betriebsgrundstück angewiesen ist, weil er ohne ein Grundstück dieser Art nicht fortgeführt werden könnte. Unerheblich ist es, ob das Grundstück auch von anderen Unternehmen genutzt werden könnte, ob ein vergleichbares Grundstück gemietet oder gekauft werden oder ob die betriebliche Tätigkeit auch auf einem anderen Grundstück weitergeführt werden könnte. Auch ein Bürogebäude kann wesentliche Betriebsgrundlage sein, wenn es



die räumliche und funktionale Grundlage für die Geschäftstätigkeit des Unternehmens bildet.

### **Entscheidung des BFH**

Der BFH hat die bisherige Rechtsprechung zur wesentlichen Betriebsgrundlage bestätigt. Insoweit war hier nichts Neues zu erwarten. Interessanter war die Frage nach dem Vertrauensschutz. Denn bei einer Aufhebung oder Änderung eines Steuerbescheides darf nicht zu Ungunsten des Steuerpflichtigen berücksichtigt werden, dass sich die Rechtsprechung eines obersten Gerichtshofes des Bundes geändert hat, die bei der bisherigen Festsetzung durch die Finanzbehörde angewandt worden ist. Sowohl bei der Frage des Sonderbetriebsvermögens als auch der wesentlichen Betriebsgrundlage war der Senat jedoch der Auffassung, dass sich die Rechtsprechung zwar fortentwickelt, nicht aber geändert habe.

### **Konsequenz**

Das Urteil zeigt einmal mehr, wie selten die Berufung auf Vertrauensschutz im Steuerrecht zum gewünschten Erfolg führt.

## **10. Bewirtungskosten des AN – Dienstherr als Bewirtender**

### **Kernproblem**

Bewirtungsaufwendungen für Personen aus geschäftlichem Anlass können eingeschränkt in Höhe von 70 % der entstandenen Kosten als Betriebsausgaben oder Werbungskosten abgezogen werden. Dabei muss der Arbeitnehmer noch die ein oder andere Hürde nehmen, um dem Finanzamt die Zweifel an der beruflichen Veranlassung zu nehmen (z. B. Indiz der erfolgsabhängigen Vergütung). Hat er das Misstrauen genommen, sind zum weiteren Nachweis auch Angaben zu Ort, Tag, Teilnehmer und Anlass der Bewirtung sowie Höhe der Aufwendungen zu machen. Findet die Bewirtung in einer Gaststätte statt, genügen Angaben zu dem Anlass und den Teilnehmern der Bewirtung. Zudem ist die Rechnung über die Bewirtung beizufügen.

### **Sachverhalt**

Der BFH hatte den Streitfall eines Generals der Bundeswehr zu beurteilen. Dieser wurde in den Ruhestand verabschiedet, wobei dessen Dienstgeschäfte im Rahmen einer militärischen Veranstaltung auf einen Nachfolger übertragen wurden. Anschließend gab es einen Empfang im Offiziersheim. Bewirtet wurden Bundeswehrangehörige und andere geladene Gäste. Es wurden Speisen und Getränke für etwa 400 Personen von 1.996 DM gereicht; hiervon übernahm der Dienstherr einen Anteil von 1.200 DM. Den Rest wollte der General beim Finanzamt zum Abzug bringen. Der BFH hatte im ersten Rechtsgang bereits die berufliche Veranlassung der Bewirtungskosten bejaht, aber wegen der Höhe der Aufwendungen die Sache an das FG zurückverwiesen. Dieses verweigerte den Abzug, weil der General die gesetzlichen





Nachweisanforderungen zu Angabe, Anlass und den Teilnehmern der Bewirtung nicht gemacht hatte.

### **Entscheidung des BFH**

Der BFH ließ den ungekürzten Abzug der Aufwendungen als Werbungskosten zu. Die sonst üblichen Nachweisanforderungen sowie die Kappung auf 70 % kam nicht zum Tragen. Für den Senat war entscheidend, dass der Dienstherr als Bewirtender auftrat. Er legte die Gästeliste fest, in seinen Räumlichkeiten fand die Veranstaltung statt, Organisation und Ablauf der Veranstaltung waren von ihm vorgegeben. Mit dieser Entscheidung konnte der BFH offen lassen, ob überhaupt von einer Bewirtung auszugehen war. Ein weiteres Argument hätte nämlich sein können, dass die militärische Veranstaltung im Vordergrund stand und nicht die Überlassung von Speisen und Getränken.

### **Konsequenz**

Noch vor einigen Jahren wäre der Fall wohl anders entschieden worden. Denn warum sollte ein Arbeitnehmer mit Festgehalt Bewirtungsaufwendungen tätigen? Die Tendenz, solche Aufwendungen von vornherein den nicht abzugsfähigen Kosten der privaten Lebensführung zuzuordnen, wird mittlerweile durch die Rechtsprechung aufgeweicht. Chancen bietet hier ein „überbetriebliches Interesse des Arbeitgebers“, auch wenn dieses mit einem persönlichen Anlass des Arbeitnehmers verbunden sein sollte.

## **11. Nachträglicher Vorsteuerabzug für Photovoltaikanlagen?**

### **Einführung**

Betreiber von Photovoltaikanlagen nutzen den erzeugten Strom regelmäßig sowohl für ihren privaten Bedarf als auch zur Einspeisung in das öffentliche Netz. Umstritten ist, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen diesen ansonsten privaten Betreibern der Vorsteuerabzug aus den Anschaffungskosten der Anlage zusteht.

### **Fall**

Die Eheleute K errichteten im Jahr 1997 eine Photovoltaikanlage auf ihrem privat genutzten Einfamilienhaus. Von 1997 bis zum Mai 2000 verbrauchten die Eheleute den produzierten Strom zunächst selbst und speisten nur die Überschüsse ins öffentliche Netz ein. Ab Mai 2000 wurde der gesamte Strom eingespeist. Ursache hierfür war eine höhere Einspeisevergütung durch das In-Kraft-Treten des Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) vom 29.3.2000. Im Jahr 2002 gaben die Eheleute erstmals Umsatzsteuererklärungen für die Jahre 1997 bis 2001 ab. Für das Jahr 1997 machten sie den Vorsteuerabzug aus der Anschaffung der Anlage geltend. Finanzamt und nachfolgend das Finanzgericht versagten den Vorsteuerabzug mit dem Argument, dass die Eheleute nicht als Unternehmer anzusehen seien. Das Finanzamt erkannte die Unternehmereigenschaft erst ab Mai 2000 an, da bis zu diesem Zeit-



punkt nicht der komplette Strom eingespeist wurde. Das Finanzgericht bemängelte, dass die Anschaffung der Anlage ideell und nicht wirtschaftlich motiviert war.

### **Neues Urteil**

Der BFH versagt den Vorsteuerabzug, nicht jedoch, weil er den Eheleuten die Unternehmereigenschaft nicht zubilligt, sondern weil sie die Anlage nicht zeitnah dem Unternehmensvermögen zugeordnet hatten.

### **Konsequenz**

Für die Eheleute ist der Vorsteuerabzug verloren, eine Korrektur der Vorsteuer zugunsten der Eheleute nach § 15a UStG ab Mai 2000 ist nicht möglich, da diese die Zuordnung der Anlage zum Unternehmensvermögen voraussetzt. Positiv ist zu bewerten, dass der BFH die Auffassung des Finanzgerichtes hinsichtlich der Anforderungen an die Unternehmereigenschaft offensichtlich nicht teilt, wenn er auch letztendlich hierzu keine endgültige Aussage trifft. Betreiber von Photovoltaikanlagen müssen daher so früh wie möglich durch Abgabe von Umsatzsteuervoranmeldungen die Zuordnung der Anlage zum Unternehmensvermögen dokumentieren. Unter Verweis auf die aktuelle Rechtsprechung sollten sie sich dabei auch nicht von Verwaltungsanweisungen irritieren lassen, die ihnen die Unternehmereigenschaft und damit den Vorsteuerabzug versagen.

## **12. Kein ermäßigter Steuersatz für Carsharing**

### **Einführung**

Entgeltliche Leistungen, die Vereine gegenüber ihren Mitgliedern erbringen, sind steuerbar. Werden mit den Leistungen gemeinnützige Zwecke verfolgt, so kommt grundsätzlich der ermäßigte Steuersatz zur Anwendung. Dies gilt jedoch nicht, wenn die Leistungen im Rahmen eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs ausgeführt werden, es sei denn, es handelt sich um einen Zweckbetrieb.

### **Fall**

Ein Carsharing Verein bezweckte gemäß seiner Satzung „die Förderung eines umweltschonenden Verhaltens und die Verminderung der durch das Auto verursachten Umweltbelastung“. Dieser Zweck sollte durch diverse in der Satzung aufgeführten Maßnahmen verwirklicht werden, so u. a. durch die entgeltliche Überlassung vereinseigener Kfz an seine Mitglieder. Der Verein unterwarf die Umsätze dem ermäßigten Steuersatz, da er annahm, die Leistungen im Rahmen eines Zweckbetriebes zu erbringen.

### **Neues Urteil**

Der BFH geht davon aus, dass die Tätigkeit eines Carsharing Vereines grundsätzlich gemeinnützig sein kann. Die entgeltliche Überlassung der Kfz stellt einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb dar. Dieser ist jedoch nur als Zweckbetrieb anzusehen, wenn der steuerbegünstigte Zweck nur durch den



wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb erreicht werden kann. Nach Ansicht des BFH mangelte es hieran im vorliegenden Fall, da der Satzungszweck auch durch die anderen in der Satzung enthaltenen Maßnahmen erreicht werden könne. Das Carsharing unterliegt daher dem Regelsteuersatz.

### **Konsequenz**

Entgeltliche Leistungen, mit denen gemeinnützige Zwecke verfolgt werden, können dem ermäßigten Steuersatz unterliegen, müssen dies jedoch nicht zwingend. Der Fall zeigt, dass die Steuerbegünstigung letztendlich auch an der Ausgestaltung der Satzung scheitern kann. Gemeinnützigen Organisationen kann daher nur geraten werden, sich bei der Abfassung von Satzungen beraten zu lassen.

## **13. Finanzverwaltung interpretiert Vorschrift gegen Steuerumgehung**

### **Kernproblem**

Mit dem Jahressteuergesetz 2008 wurde die Missbrauchsvorschrift § 42 der Abgabenordnung (AO) neu gefasst. Liegt ein Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten vor, entsteht die Steuer – wie auch schon vor der Gesetzesänderung – so, wie er bei einer angemessenen Gestaltung entstanden wäre. Zwei wesentliche Änderungen betreffen jeden Steuerpflichtigen, der seine rechtlichen Verhältnisse auch zur Steueroptimierung ändert: 1. Wenn die Finanzverwaltung eine Gestaltung für missbräuchlich hält, ist der Steuerpflichtige verpflichtet, den Gegenbeweis anzutreten. 2. Die Finanzverwaltung will die Vorschrift als Hintertür benutzen: wenn speziellere Missbrauchsvorschriften nicht anwendbar sind, soll im zweiten Schritt § 42 AO greifen.

### **Neufassung des Anwendungserlasses zur AO**

Vor Änderung der Missbrauchsvorschrift musste das Finanzamt nachweisen, dass der Steuerpflichtige Vorschriften zur Erlangung eines Steuervorteils missbraucht hatte und dass die Gestaltung nicht durch außersteuerliche Gründe zu rechtfertigen war. Nach der Änderung muss die Finanzverwaltung nur noch beweisen, dass eine unangemessene rechtliche Gestaltung vorliegt, die zu einem Steuervorteil führt. Dazu findet sich im Anwendungserlass eine Liste von Indizien. Der Steuerpflichtige soll nachweisen, dass bei der Wahl seiner Gestaltung beachtliche außersteuerliche Gründe vorlagen. Die Finanzverwaltung wird dann abschließend bewerten, ob die außersteuerlichen Gründe nach dem Gesamtbild der Verhältnisse tatsächlich beachtlich sind. Neben dieser Beweislastumkehr schafft die Finanzverwaltung im neuen Anwendungserlass den Vorrang von Sondervorschriften zur Abwehr von Steuerumgehungen ab. Dieser Vorrang war bislang unstrittig. Jetzt soll § 42 AO anwendbar sein, wenn entweder keine speziellere Missbrauchsvorschrift existiert oder die Tatbestandsmerkmale einer spezielleren Missbrauchsvorschrift nicht erfüllt sind. Dies entspricht zwar der Gesetzesbegründung, nicht



aber der über Jahre entwickelten Rechtsprechung und erst recht nicht der Gesetzessystematik.

### **Konsequenz**

Der Steuerpflichtige hat das Recht, seine Angelegenheiten steueroptimiert einzurichten. Dieses Recht wird durch die Neufassung des § 42 Abgabenordnung und der noch weitergehenden Auslegung der Finanzverwaltung erheblich eingeschränkt. Derjenige, der seine rechtlichen Verhältnisse auch zur steuerlichen Optimierung verändert, steht unter dem Generalverdacht des Missbrauchs. Will er dem Generalverdacht durch Einholung einer verbindlichen Auskunft von vorneherein entgegentreten, muss er – der Gebührenpflicht sei Dank – dafür auch noch tief in die Tasche greifen.

## **14. Erfolgshonorar ist bei reiner Inkassotätigkeit des Anwalts – auch künftig – unzulässig!**

### **Einführung**

Nach einer gesetzlichen Vorschrift (§ 49b Abs. 2 BRAO) sind Vereinbarungen, durch die eine Vergütung oder ihre Höhe vom Ausgang der Sache oder vom Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit abhängig gemacht wird oder nach denen der Rechtsanwalt einen Teil des erstrittenen Betrages als Honorar erhält (Erfolgshonorar) grundsätzlich unzulässig. In diesem Zusammenhang war streitig, ob einem Rechtsanwalt die Vereinbarung eines Erfolgshonorars auch bei außergerichtlicher Inkassotätigkeit verboten ist.

### **Entscheidung**

Ein Rechtsanwalt hat seinen Mandanten außergerichtliche Inkassotätigkeiten einschließlich Mahnverfahren und Vollstreckungshandlungen zu folgenden Konditionen angeboten: „Grundgebühr: Jeder Fall wird mit einer Grundgebühr von 35 EUR vergütet. Für den Fall, dass wir Ihre Forderung nicht erfolgreich verwirklichen, sind Ihre Kosten auf diesen Betrag begrenzt. Erfolgsgebühr: Im Erfolgsfall berechnen wir Ihnen bei Beträgen bis 3.000 EUR 5 % des eingezogenen Betrages und bei Beträgen ab 3.000 EUR 3 % des eingezogenen Betrages als erfolgsabhängige Vergütung. (...)“ Das Anwaltsgericht hat gegen den Rechtsanwalt wegen schuldhafter Verletzung seiner anwaltlichen Pflichten einen Verweis und eine Geldbuße verhängt. Der BGH hat das Urteil in der Begründung bestätigt. Auch die auf jeden Fall vom Mandanten zu zahlende Grundgebühr ändere nichts daran, dass es grundsätzlich unzulässig sei, die Vergütung an sich und auch ihre Höhe vom Ausgang der Sache oder vom Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit abhängig zu machen. Soweit für außergerichtliche Inkassotätigkeiten nach § 4 Abs. 1 RVG niedrigere als die gesetzlichen Gebühren vereinbart werden dürfen, müssten aber – was der Anwalt gerade nicht berücksichtigt habe – Leistung, Verantwortung und Haftungsrisiko berücksichtigt werden. Es sei nach § 4 Abs. 2 RVG verboten, bei Durchführung des Mahn- und Vollstreckungsverfahrens die gesetzlichen Gebühren zu unterschreiten. Der BGH weist zugleich darauf



hin, dass das beanstandete Erfolgshonorar auch gegen den zum 1.7.2008 neu eingeführten § 4a RVG verstoßen würde, weil ein solches nur für den Einzelfall und zudem nur dann zulässig sei, wenn der Auftraggeber aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse bei verständiger Betrachtung ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung Abstand nehmen würde.

### **Konsequenz**

Das Erfolgshonorar wird auf wenige Einzelfälle beschränkt bleiben. Es ist davon auszugehen, dass der BGH die neuen Regeln zum Erfolgshonorar sehr restriktiv auslegen wird.

## **15. Arzthaftungsrecht: Neuer Befund während der OP begründet in der Regel eine erneute Aufklärung des Patienten**

### **Kernproblem**

Eine Operation stellt dann einen rechtswidrigen Eingriff dar, wenn der Chirurg den Patienten vor der Operation nicht hinreichend aufgeklärt hat und dadurch mangels wirksamer Einwilligung schuldhaft die Gesundheit des Patienten und sein Selbstbestimmungsrecht verletzt hat.

### **Sachverhalt**

Die 49-jährige Klägerin war entsprechend den äußeren Geschlechtsmerkmalen zunächst als Junge aufgewachsen. Später wurde anlässlich einer Blinddarmoperation festgestellt, dass sie über innere weibliche Geschlechtsorgane verfügte; ihr wurde mitgeteilt, dass sie zu 60 % „Frau“ sei. Nach langem Leidensweg bis hin zu Suizidgedanken entschloss sich die intersexuelle Klägerin zur operativen Anpassung an ihr äußeres männliches Erscheinungsbild. Bei dem im Jahr 1977 durchgeführten Eingriff sollten die angeblich gemischtgeschlechtlichen inneren Geschlechtsorgane entfernt werden. Der beklagte Chirurg entfernte indes die intakten Eierstöcke sowie die intakte Gebärmutter. Der spätere Befund ergab eine völlig normale weibliche Anatomie. Die Klägerin forderte vom Beklagten Schmerzensgeld in Höhe von 100.000 EUR; sie machte geltend, der beklagte Chirurg hätte die weibliche Anatomie erkennen und die Operation abbrechen müssen. Landgericht und Oberlandesgericht gaben der Klage dem Grunde nach statt, die Höhe steht noch zur Klärung aus.

### **Entscheidung**

Das Gericht entschied, dass der beklagte Mediziner schon während der Operation Zweifel an der Richtigkeit der vorherigen Indikation und an einer ordnungsgemäßen Aufklärung der Klägerin hätte haben müssen, denn diese war, entsprechend der Auskünfte der Ärzte, vor dem Eingriff von einem ganz anderen Befund ausgegangen. Ohne eine erneute Aufklärung hätte die Klägerin nicht weiter operiert werden dürfen. Wegen des neuen Befundes, der sich erst während des laufenden Eingriffs herausstellte und den auch der



Beklagte nach Auffassung des Gerichts als Chirurg ohne Weiteres hätte erkennen müssen, habe er sich auch nicht darauf verlassen dürfen, dass die Klägerin durch die vorbehandelnden und überweisenden Ärzte umfassend aufgeklärt worden sei.

### **Konsequenz**

Ergibt sich während einer Operation ein für den Arzt sofort erkennbarer neuer Befund, darf er in der Regel nicht ohne neue Aufklärung des Patienten weiter operieren. Er darf sich auch nicht darauf verlassen, dass durch die vorbehandelnden und überweisenden Ärzte umfassend aufgeklärt wurde.

## **16. EuGH weist Klage der Kommission gegen deutsches Apothekengesetz ab**

### **Kernproblem**

Die im deutschen Apothekengesetz gestellten kumulativen Anforderungen an einen Arzneimittelversorgungsvertrag, die dazu führen, dass die reguläre Versorgung eines Krankenhauses durch Apotheken aus anderen Mitgliedstaaten als Deutschland praktisch unmöglich gemacht wird, sind rechtmäßig.

### **Sachverhalt**

Aufgrund von § 14 Abs. 5 und 6 des Apothekengesetzes (ApoG), das Bestimmungen über die Arzneimittelversorgung von Krankenhäusern enthält, dürfen diese wählen, ob sie die Versorgung einer internen, d. h. der Öffentlichkeit nicht zugänglichen Apotheke oder der eines anderen Krankenhauses oder einer externen Apotheke außerhalb eines Krankenhauses anvertrauen. Bei der Inanspruchnahme externer Apotheken muss eine Versorgung aus einer Hand gewährleistet sein. Darüber hinaus müssen spezielle vertragliche Bedingungen erfüllt sein, wie z. B. die fortwährende Überprüfung der Krankenhausvorräte, die gesicherte Belieferung in Notfällen und verschiedene Beratungspflichten. Die EU-Kommission klagte wegen Vertragsverletzung und machte geltend, die Regelungen würden einen Verstoß gegen den freien Warenverkehr in der EU bedeuten. Der EuGH wies die Klage ab.

### **Entscheidung**

Zwar bejahte der EuGH, dass das deutsche Apothekengesetz dem Grunde nach den EU-weiten Handel mit Arzneimitteln behindere. Dennoch sei die Regelung gerechtfertigt, weil sie dem angestrebten Gesundheitsschutz der Bevölkerung diene und eine hochwertige und sichere Versorgung der Krankenhäuser mit Arzneimitteln gewährleiste. Die Bestimmungen sind nach Ansicht des Gerichts auch erforderlich, um das Ziel zu erreichen, für die Volksgesundheit ein hohes Schutzniveau sicherzustellen. Schließlich dürfe jeder Mitgliedstaat selbst bestimmen, wie das Ziel des Gesundheitsschutzes erreicht werden kann. Unter den genannten Aspekten erweist sich das Erfordernis, dass einem Apotheker in der Nähe des Krankenhauses die Verant-



wortung über sämtliche Aufgaben übertragen wird, die zur Arzneimittelversorgung der betreffenden Klinik gehören, auch nicht als Maßnahme, die über das angestrebte Ziel hinausgeht.

### **Konsequenz**

Die gesetzlichen Bestimmungen, nach denen für Geschäfte zwischen Krankenhäusern und Apotheken strenge Auflagen gelten, sind gerechtfertigt durch den hohen Rang des Gesundheitsschutzes.

## **17. Seeling Modell: Steuerfreiheit für Grundstücksentnahmen**

### **Einführung**

Unternehmer können die gesamte Vorsteuer aus der Errichtung eines zumindest 10 % unternehmerisch genutzten Gebäudes geltend machen, wenn sie das Gebäude ihrem Unternehmensvermögen zuordnen. Im Gegenzug müssen sie die private Nutzung des Gebäudes als unentgeltliche Wertabgabe der Umsatzsteuer unterwerfen (Seeling Modell). Hierdurch ergibt sich der Effekt eines zinslosen Darlehens: Die komplette Vorsteuer, die auf die private genutzten Gebäudeteile entfällt, wird zunächst erstattet und anschließend, über 10 Jahre verteilt, an den Fiskus zurückgezahlt. Da allerdings Rechtsunsicherheit darüber bestand, ob die Entnahme des Grundstückes, ebenfalls der Umsatzsteuer zu unterwerfen sei, wurde in der Praxis vielfach auf den Einsatz des Modells verzichtet.

### **Rechtslage**

Wohl rein fiskalisch motiviert, behandelte die Finanzverwaltung Grundstücksentnahmen mit Aufkommen des Seeling Modells als steuerbar und steuerpflichtig. Hiermit stand sie, nach Auffassung des Schrifttums, im Widerspruch zu den Vorgaben der EU-Richtlinie. Die EU-Kommission sah dies ebenso und leitete diesbezüglich ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland ein.

### **Neue Verwaltungsanweisung**

Die Finanzverwaltung hat nun unter dem Druck der EU ihre Rechtsauffassung aufgegeben. Die Entnahme eines Grundstückes aus dem Unternehmensvermögen ist somit nach wie vor steuerfrei. Die entgegenstehende Regelung der UStR 2008 ist nicht mehr anzuwenden. Für Entnahmen, die vor dem 1.10.2008 erfolgten, wird den Unternehmern das Wahlrecht zugestanden die nunmehr überholte Verwaltungsauffassung weiter anzuwenden.

### **Konsequenz**

Mit der Beseitigung der Gefahr einer Besteuerung der Grundstücksentnahme im Seeling Modell wird dieses wieder deutlich an Attraktivität gewinnen. Ist die Errichtung eines Gebäudes geplant, so ist das Seeling Modell als Gestaltungsvariante zu prüfen. Dabei ist zu beachten, dass die notwendige Zuordnung des Gebäudes zum Unternehmensvermögen voraussetzt, dass diese



---

zeitnah erfolgt. Die steuerliche Gestaltung muss daher schon in der Planungsphase einsetzen.

## 18. Kleinunternehmerregelung bei überoptimistischer Prognose

### Einführung

Von Unternehmen, deren Umsatz im vorangegangenen Kalenderjahr 17.500 EUR nicht überstiegen hat und im laufenden Kalenderjahr 50.000 EUR nicht übersteigen wird, wird auf die Erhebung von Umsatzsteuer verzichtet (Kleinunternehmerregelung). Bei Neugründungen wird hinsichtlich der Grenze von 17.500 EUR der prognostizierte Umsatz des Erstjahres zugrunde gelegt.

### Fall

Der Kläger gründete in 2006 einen Elektronikhandel. Im Fragebogen zur steuerlichen Erfassung schätzte er seinen Umsatz für 2006 mit 45.000 EUR und 2007 mit 50.000 EUR. Die Schätzung beruhte auf einem Businessplan, den der Kläger erstellen lassen hatte, um von der Bundesanstalt für Arbeit als Existenzgründer gefördert zu werden. Tatsächlich betrug der Umsatz des Jahres 2006 auf brutto 13.315,64 EUR. Der Kläger beantragte daraufhin mit der Umsatzsteuerjahreserklärung die Anwendung der Kleinunternehmerregelung, um einer drohenden Nachzahlung zu entgehen. Das Finanzamt lehnte diesen Antrag mit dem Argument ab, dass er an seine Prognose gebunden sei.

### Neues Urteil

Das FG Düsseldorf bestätigt zunächst, dass Unternehmen hinsichtlich der Anwendung der Kleinunternehmerregelung grundsätzlich an ihre eigenen Prognosen gebunden sind. Bei neu gegründeten Unternehmen soll dies aber nur gelten, wenn der Umsatzprognose realistische Erwartungen zugrunde liegen. Dies war nach Ansicht des FG im vorliegenden Fall nicht gegeben. Zur Begründung verweist das FG sowohl auf die erhebliche Diskrepanz zwischen prognostizierten und tatsächlichem Umsatz als auch auf den Umstand, dass der Kläger selbst nicht mit einem Erreichen der prognostizierten Umsätze rechnete, da er in seinen Rechnungen auf den Ausweis der Umsatzsteuer verzichtete.

### Konsequenz

Für den Kläger ist das Urteil positiv zu bewerten. Allerdings begünstigt das Urteil einseitig Unternehmer, die bei der steuerlichen Erfassung vollkommen unrealistische Angaben machen. Im vorliegenden Fall offensichtlich sogar noch wider besseren Wissens. Dem Urteil zur Folge müsste ein Unternehmer, der im vorliegenden Fall eine realistischere Prognose von z. B. 18.000 EUR für das Jahr 2006 abgegeben hätte, wohl die Umsatzbesteuerung erdulden. Existenzgründer sollten sich daher nicht darauf verlassen, dass dieses Urteil über den entschiedenen Einzelfall hinaus Anwendung finden wird.





## 19. Konkurrentenklage im Krankenhausrecht nur in Ausnahmefällen zulässig

### Kernproblem

Das Bundesverwaltungsgericht hat entschieden, dass Plankrankenhäuser die Aufnahme eines weiteren Krankenhauses in den Krankenhausplan des Landes nur ausnahmsweise vor Gericht anfechten dürfen.

### Sachverhalt

Die von der Beigeladenen betriebene orthopädische Fachklinik mit 20 Betten ist zur ambulanten Versorgung von Kassenpatienten zugelassen. Sie beabsichtigt die Errichtung einer weiteren Klinik mit 150 Betten zur stationären Versorgung, für die sie seit 2001 die Aufnahme in den Krankenhausplan des beklagten Landes begehrt. Die Aufnahme ist Voraussetzung für den Erhalt öffentlicher Investitionsmittel sowie für die Zulassung zur Versorgung gesetzlich versicherter Patienten. Gemäß einem Vergleich, der in einem vorangegangenen Verpflichtungsprozess geschlossen worden war, stellte der Beklagte die Aufnahme der neuen Klinik der Beigeladenen mit 30 Betten in den Krankenhausplan fest. Begründet wurde der Bescheid damit, dass die Neuaufnahme zu einer Überversorgung führe, die durch anteilige Kürzung bei allen regionalen Plankrankenhäusern ausgeglichen werden müsse. Die Kläger betreiben ebenfalls Krankenhäuser in der Region und machen geltend, ihre eigene Planposition sei gefährdet. Die Klage war in den Vorinstanzen erfolglos, auf die Revision der Kläger wurde die Klage als unzulässig abgewiesen.

### Entscheidung

Grundsätzlich ist es zulässig, dass ein Krankenhausträger gegen die Aufnahme eines konkurrierenden Krankenhauses in den Krankenhausplan gerichtlich vorgeht. Dies setzt indes voraus, dass die Behörde eine Auswahlentscheidung zwischen seinem Krankenhaus und dem des Konkurrenten getroffen hat und dass ein wichtiger Grund vorliegt, über die Klage um die Planaufnahme des eigenen Krankenhauses hinaus eine zusätzliche Klage gegen die Begünstigung des Konkurrenten zu erheben. Diese Voraussetzungen waren hier nicht erfüllt, denn der Beklagte hat eine Auswahlentscheidung nur angekündigt, aber nicht getroffen. Den Klägern war es zuzumuten, abzuwarten, ob in ihren Krankenhäusern tatsächlich Betten gestrichen werden sollten. Ohne eine tatsächliche Kürzung kann sich ein Plankrankenhaus gegen das Hinzutreten eines weiteren nicht zur Wehr setzen.

### Konsequenz

Eine Klage ist nur zulässig, wenn den Klägern wegen der Aufnahme eines anderen Plankrankenhauses tatsächlich Betten gestrichen werden, nicht jedoch bei einer bloßen Gefährdung der eigenen Position. Es gibt kein Abwehrrecht gegen zusätzliche Konkurrenten oder gegen eine Überversorgung mit öffentlich geförderten Krankenhausbetten.



## 20. **Keine USt-Erstattung bei der Honorierung eines Befundberichts ohne nähere gutachtliche Äußerung**

### **Kernproblem**

Das Bundessozialgericht hat entschieden, dass das beklagte Bundesland berechtigt war, bei der Honorierung eines ärztlichen Befundberichts, der keine nähere gutachterliche Äußerung enthielt, den Ersatz der geltend gemachten Umsatzsteuer abzulehnen. Das pauschale Honorar war als Zeugenentschädigung zu bewerten, die nicht der Umsatzsteuer unterliegt, so dass der Staat diese nicht erstatten muss. Das Bundessozialgericht verwies hierbei auf das vom Bundesfinanzministerium mitgeteilte Ergebnis einer Erörterung dieser Frage mit den obersten Finanzbehörden der Länder.

### **Entscheidung der Finanzgerichte muss noch abgewartet werden**

Da es in dem Fall an einer Entscheidung des Bundesfinanzhofes fehlt, hat das Bundessozialgericht das beklagte Land verpflichtet, die angefochtene Kostenfestsetzung dahin zu ändern, dass nachträglich Umsatzsteuer erstattet wird, sofern durch eine unanfechtbare finanzgerichtliche Entscheidung festgestellt werden sollte, dass die Klägerin diese Steuer zu entrichten hatte.

## 21. **Banken: Umsatzsteuer durch Outsourcing**

### **Einführung**

Viele der von den Banken angebotenen Dienstleistungen sind regelmäßig umsatzsteuerfrei. Gliedern die Banken diese Dienstleistungen auf externe Unternehmen aus, so ist fraglich, ob die externen Dienstleister ebenfalls der Steuerbefreiung unterliegen. Für die Banken ist diese Frage von erheblicher Bedeutung, da sie insoweit nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt sind. Eine etwaig anfallende Umsatzsteuer würde den Bezug der Dienstleistungen verteuern.

### **Fall**

Strittig waren die Umsätze eines Rechenzentrums, das die Datenverarbeitung für Banken übernahm. Genutzt wurde es von den Banken insbesondere zur Abwicklung des steuerfreien Überweisungsverkehrs.

### **Neues Urteil**

Der BFH orientiert sich an der Rechtsprechung des EuGH. Demnach ist die Erbringung steuerfreier Finanzumsätze nicht alleine auf den Banken vorbehalten. Auch andere Unternehmer können solche Dienstleistungen steuerfrei erbringen. Voraussetzung hierfür ist, dass „jeweilige Leistung als eigenständiges Ganzes die spezifischen und wesentlichen Funktionen der steuerfreien Bank- oder Finanzdienstleistung erfülle“. Das Betreiben eines automatisierten Überweisungssystems durch einen externen Dienstleister kann daher



grundsätzlich steuerfrei sein. Im konkreten Fall versagte der BFH jedoch die Steuerbefreiung, da die steuerfreien Leistungen des Rechenzentrums nicht ausreichend eindeutig von den übrigen, steuerpflichtigen Leistungen des Rechenzentrums zu trennen seien. Zur Begründung verweist der BFH auf das Leistungsverzeichnis des Rahmenvertrages zwischen dem Rechenzentrum und den Banken. Dieses beinhaltete insgesamt 2.623 Einzelpositionen mit eigenständigen Vergütungsregelungen, von denen lediglich 145 für eine Steuerbefreiung in Betracht kämen.

### **Konsequenz**

Das Urteil bestätigt vom Grundsatz her, dass Banken steuerfreie Dienstleistungen ausgliedern können ohne gleichzeitig zusätzliche Kosten in Form von nicht abzugsfähiger Vorsteuer in Kauf nehmen zu müssen. Allerdings hilft das Urteil der Praxis nicht viel weiter, da es die vom EuGH gesetzten Voraussetzungen für die Steuerbefreiung nicht konkretisiert. Es stellt sich z. B. die Frage, ob der BFH zu einem anderen Urteil gekommen wäre, wenn der Rahmenvertrag anders abgefasst worden wäre, z. B. durch Zusammenfassen der potentiell steuerfreien Dienstleistungen. Sofern die bestehende Ungewissheit nicht durch ein Schreiben der Finanzverwaltung beseitigt wird, kann gegebenenfalls eine verbindliche Auskunft beim Finanzamt Licht ins Dunkel bringen.

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

### **1. GmbH-Reform in Kraft**

#### **Kernproblem**

Die weitreichendste GmbH-Reform seit Bestehen des GmbH-Gesetzes, das MoMiG, ist nach einem zähen Gesetzgebungsverfahren am 1.11.2008 in Kraft getreten. Neben der Deregulierung und Modernisierung sind Ziele der Reform insbesondere die Erleichterung der Gründung und die Stärkung der GmbH im internationalen Vergleich. Insoweit sind Teile der Reform die Antwort des deutschen Gesetzgebers auf den als stark empfundenen Druck durch die englische Limited.

#### **Inhalt des MoMiG**

Entgegen ersten Planungen bleibt das Mindeststammkapital der klassischen GmbH bei 25.000 EUR und wird nicht herabgesetzt. Auch eine GmbH-Gründung ohne notarielle Beurkundung wird es nicht geben. Die wichtigsten Eckpunkte des Gesetzes sind die folgenden Neuerungen:

- Einführung einer Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt). Sie ist eine GmbH, die aber ohne bestimmtes Stammkapital gegründet werden kann (mindestens 1 EUR). Für sie gelten Sonderregelungen. Insbesondere



re darf sie ihre Gewinne nicht voll ausschütten. Die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) ist das deutsche Pendant zur Limited.

- Einführung der Gesellschaftsgründung für kleine Gesellschaften durch Mustersatzung. Die Beurkundungspflicht der GmbH-Gründung bleibt aber erforderlich.
- Die verdeckte Sacheinlage wird für zulässig erklärt. Der Wert der verdeckten Sacheinlage wird auf die tatsächliche Bareinlageverpflichtung angerechnet.
- Der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen wird ermöglicht, indem die beim Handelsregister liegende Gesellschafterliste guten Glauben vermittelt.
- Das Cash Pooling, also die Querfinanzierung von Konzerngesellschaften, wird auf gesicherte rechtliche Grundlage gestellt.
- Das Eigenkapitalersatzrecht wird vereinfacht, indem es in der Insolvenzordnung neu geregelt wird. Daneben sieht das MoMiG weitere Neuerungen vor. Unter anderem wird die Einteilung und Übertragung von Geschäftsanteilen vereinfacht. Die GmbHs können ihren Sitz ins Ausland verlegen. Das Eintragsverfahren wird dadurch beschleunigt, dass Unterlagen nachgereicht werden können. Die Rechtsverfolgung gegenüber der Gesellschaft wird erleichtert, indem eine zustellungsfähige Adresse im Handelsregister eingetragen wird.

## 2. **ABM-Kräfte schädlich für Schwellenwertberechnung bei Investitionszulage**

### **Kernproblem**

Nach dem im Jahr 1996 geltenden Gesetz war eine Verdoppelung der Investitionszulage möglich, wenn der geförderte Betrieb zu Beginn des Wirtschaftsjahrs, in dem die Investitionen vorgenommen wurden, nicht mehr als 250 Arbeitnehmer in einem gegenwärtigen Dienstverhältnis beschäftigte, die Arbeitslohn, Kurzarbeitergeld, Schlechtwettergeld oder Winterausfallgeld bezogen. Da drohte Ärger für den Insolvenzverwalter eines Unternehmens, das 240 „reguläre“ Arbeitnehmer und zusätzlich 12 weitere im Rahmen von Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen (ABM) nach dem Arbeitsförderungs-Gesetz für eine Produktionshallensanierung einsetzte. Der Lohn der ABM-Kräfte wurde dem Unternehmen weitestgehend von der damaligen Bundesanstalt für Arbeit erstattet. Finanzamt und Finanzgericht waren der Auffassung, die ABM-Kräfte seien Arbeitnehmer, so dass die vorläufig ausgezahlte Investitionszulage anteilig zurückzahlen war. Das klingt ungerecht; aber was sagt der BFH dazu?

### **Bisherige Rechtsprechung**

Das InvZulG definiert den Begriff des Arbeitnehmers nicht. Nach ständiger Rechtsprechung des BFH sind die im Investitionszulagenrecht verwendeten



Begriffe nach den für die Einkommensbesteuerung maßgebenden Grundsätzen auszulegen, soweit sich nicht aus dem InvZulG, seinem Zweck und seiner Entstehungsgeschichte etwas anderes entnehmen lässt.

### **Entscheidung des BFH**

Der BFH ist dem im Lohnsteuerrecht gesetzlich definierten Arbeitnehmerbegriff gefolgt und hat die Revision abgewiesen. Arbeitnehmer sind danach u. a. Personen, die in privatem Dienst angestellt oder beschäftigt sind und dem Arbeitgeber ihre Arbeitskraft schulden; dies ist der Fall, wenn die Personen in der Betätigung ihres geschäftlichen Willens unter der Leitung des Arbeitgebers stehen oder im geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers dessen Weisungen zu folgen verpflichtet sind. Die Besonderheiten der ABM führen nach Auffassung des Senats nicht zu einer abweichenden Beurteilung. Auch die gegenüber den „regulären“ Arbeitnehmern deutlich herabgesetzten Einsatzmöglichkeiten und eine niedrigere Wertschöpfung würden es nicht rechtfertigen, ABM-Kräfte bei der Prüfung des Schwellenwertes nicht mitzuzählen.

### **Konsequenz**

Dass die Finanzverwaltung Auszubildende bei der Ermittlung des Schwellenwertes anscheinend nicht als Arbeitnehmer behandelt, bindet den BFH nicht bei seiner Auslegung.

## **3. Anrechnungsüberhänge sind verfassungsgemäß**

### **Kernproblem**

Gewerbetreibende und Gesellschafter von gewerblichen Personengesellschaften sind gegenüber den Beziehern anderer Einkunftsarten dadurch benachteiligt, dass ihre Einkünfte einer Zweifachbelastung mit Gewerbesteuer und Einkommensteuer unterliegen. Für Abhilfe sorgt hier die Vorschrift des § 35 EStG, die eine Einkommensteuerermäßigung für gewerbliche Einkünfte vorsieht. Eine vollständige Entlastung in Höhe der gewerbesteuerlichen Vorbelastung wird hierdurch jedoch nicht in allen Fällen erreicht.

### **Sachverhalt**

Die Klägerin erzielte im Jahr 2001 u. a. gewerbliche Einkünfte aus der Beteiligung an einer Personengesellschaft. Auf Ebene der Personengesellschaft fiel auch Gewerbesteuer an, so dass für die Klägerin ein anteiliger Gewerbesteuermessbetrag festgestellt wurde, der grundsätzlich zur Steuerermäßigung berechtigt. Allerdings betrug die festgesetzte Einkommensteuer im Jahr 2001 0 EUR, weil die Klägerin noch über Verlustvorträge verfügte. Eine Ermäßigung erfolgte daher nicht. Die Klägerin hielt dies für verfassungswidrig und beantragte eine Einkommensteuererstattung.

### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof hält den Verfall so genannter Anrechnungsüberhänge in Konstellationen wie denen des Streitfalls für verfassungsgemäß. Nach



Auffassung der Richter hatte der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des § 35 EStG einen großen Freiraum. Die Entscheidung des Gesetzgebers, nicht in allen Fällen eine vollständige Entlastung von der Gewerbesteuer herbeizuführen, sondern lediglich eine kumulative Belastung von Gewerbe- und Einkommensteuer zu vermeiden, bedeute keinen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz der Verfassung. Eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht lehnten die Richter daher ab.

### **Konsequenz**

Zu Anrechnungsüberhängen kann es nicht nur durch Verlustvorträge, sondern auch durch negative Einkünfte (z. B. aus Vermietung und Verpachtung) im selben Jahr kommen. Die Problematik der Anrechnungsüberhänge hat durch die Unternehmensteuerreform 2008 an Bedeutung gewonnen, da die Gewerbesteuer nicht mehr als Betriebsausgabe abgezogen werden kann und eine Entlastung somit nur noch im Rahmen des § 35 EStG erreicht werden kann.

## **4. Ausübung eines Bilanzierungswahlrechts**

### **Grundlagen**

Wird ein Mitunternehmeranteil in eine unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtige Kapitalgesellschaft im Wege der Sacheinlage eingebracht und erhält der Einbringende dafür neue Anteile an der Gesellschaft, so darf die Kapitalgesellschaft das eingebrachte Betriebsvermögen mit seinem Buchwert oder mit einem höheren Wert, höchstens mit dem Teilwert ansetzen (steuerliches Wahlrecht).

### **Sachverhalt**

Eine Komplementär GmbH einer KG hat ihr Kapital durch Ausgabe neuer Anteile erhöht. Die neuen Geschäftsanteile wurden von den Kommanditisten der KG übernommen, die im Wege der Sacheinlage ihre Kommanditbeteiligungen in die GmbH als Sacheinlage einbrachten. Die GmbH übernimmt die Buchwerte der KG und führt in der Folge das Geschäft der KG weiter. In der beim Finanzamt eingereichten Steuererklärung nebst Jahresabschluss, der noch nicht festgestellt war, führte die GmbH die Buchwerte fort. Später beantragte die GmbH den Ansatz von Zwischenwerten und berief sich auf den nunmehr festgestellten Jahresabschluss.

### **Entscheidung**

Mit der Einreichung der Steuererklärung nebst des noch nicht festgestellten Jahresabschlusses hat die GmbH das Wahlrecht zugunsten des Buchwertansatzes wirksam ausgeübt. Eine Einbringungsbilanz war nicht erforderlich. Die fehlende Feststellung des Jahresabschlusses ist nur ein Erfordernis für die Handelsbilanz, welches für die Steuerbilanz nicht bedeutsam ist. Das Wahlrecht für die Steuerbilanz muss zudem nicht in Übereinstimmung mit der Handelsbilanz ausgeübt werden. Eine nachträgliche andere Ausübung



des Wahlrechtes ist nicht möglich, da die nachträgliche Erhöhung der Wertansätze weder die Berichtigung einer fehlerhaften Bilanz noch eine Bilanzänderung darstellt, sondern eine unzulässige rückwirkende Sachverhaltsgestaltung ist, nämlich die Änderung des Einbringungsverganges in eine gewinnrealisierende Betriebsveräußerung.

### **Konsequenz**

Die Ausübung von steuerlichen Wahlrechten gehört zu den Pflichten der Geschäftsführer der GmbH. Die vorbehaltlose Erklärung des Geschäftsführers gegenüber dem Finanzamt ist daher auch wirksam, wenn ein entsprechender Beschluss der Gesellschafterversammlung nicht vorliegt.

## **5. Keine Gewinnauswirkung durch Körperschaftsteuerguthaben**

### **Kernproblem**

Kapitalgesellschaften, die noch über ein Körperschaftsteuerguthaben aus der Zeit des Anrechnungsverfahrens verfügen, müssen dieses als „sonstigen Vermögensgegenstand“ in ihrer Bilanz aktivieren. Da das Guthaben unverzinslich ist und in zehn gleichen Jahresraten ausgezahlt wird, ist zu jedem Bilanzstichtag der Barwert neu zu ermitteln. Aus der Auf- und Abzinsung ergeben sich jährlich Aufwendungen und Erträge.

### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof hat bestätigt, dass die Aufwendungen und Erträge im Zusammenhang mit dem Körperschaftsteuerguthaben nicht zu den steuerpflichtigen Einkünften der Kapitalgesellschaft zählen. Das gilt sowohl für den Ertrag aus der erstmaligen Aktivierung des Guthabens (regelmäßig zum 31.12.2006) als auch für die Erträge und Aufwendungen durch die Abzinsung. Im Streitfall hatte die Klägerin das Guthaben zunächst in Höhe des Nominalbetrages aktiviert und aufgrund der Unverzinslichkeit anschließend eine Teilwertabschreibung vorgenommen. Diese Abschreibung wollte die Klägerin mit steuerlicher Wirkung vornehmen. Diesem Anliegen erteilte der Bundesfinanzhof eine klare Absage und erklärte die Rechtslage für eindeutig.

### **Konsequenz**

In diesen Tagen wird die erste Jahresrate des Körperschaftsteuerguthabens an die Unternehmen ausgezahlt. Die hiermit im Zusammenhang stehenden Aufwands- und Ertragsbuchungen beeinflussen das steuerpflichtige Einkommen von Kapitalgesellschaften nicht. Anders sieht es aus, wenn die Kapitalgesellschaft zwischenzeitlich in eine Personengesellschaft umgewandelt wurde. In diesem Fall sind die Erträge aus der Aufzinsung der Forderung bei den Gesellschaftern wie Ausschüttungen zu besteuern, d. h. nach dem Halbeinkünfteverfahren bzw. ab 2009 nach dem Teileinkünfteverfahren.



## 6. **GmbH-Geschäftsführer haben nur bei anstellungsvertraglicher Vereinbarung Anspruch auf Karenzentschädigung**

### **Kernproblem**

Aus der in einem Geschäftsführeranstellungsvertrag getroffenen Vereinbarung eines (nachvertraglichen) Wettbewerbsverbotes ohne Karenzentschädigung kann – unabhängig von der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Vereinbarung – jedenfalls ein Anspruch auf Karenzentschädigung nicht abgeleitet werden.

### **Sachverhalt**

Der Kläger ist Geschäftsführer der beklagten GmbH. In seinem Anstellungsvertrag war ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot verankert, bei dem für den Fall einer fristlosen Kündigung der Anspruch auf eine Karenzentschädigung ausgeschlossen war. Der Kläger begehrte die Feststellung der Unwirksamkeit des Wettbewerbsverbotes; das Landgericht wies die Klage ab. Mit der Berufung und der Revision machte der Kläger nur noch eine Karenzentschädigung für das rechtskräftig festgestellte nachvertragliche Wettbewerbsverbot geltend.

### **Entscheidung**

Die Revision blieb erfolglos. Aus einem Geschäftsführeranstellungsvertrag kann nach Meinung des BGH ein Anspruch auf Karenzentschädigung nicht abgeleitet werden. Der im Anstellungsvertrag niedergelegte Ausschluss der Entschädigung war wirksam, denn die an dem arbeitsrechtlichen Schutz von Handlungsgehilfen orientierten Vorschriften der §§ 74 ff. HGB gelten nicht für Geschäftsführer einer GmbH. Dieser hat nur kraft wirksamer Vereinbarung einen Anspruch auf Karenzentschädigung. Insbesondere das Wahlrecht eines Handlungsgehilfen (§ 75 d HGB), der einen Arbeitgeber an einem nach § 74 Abs. 2 HGB unverbindlichen Wettbewerbsverbot festhalten und eine Karenzentschädigung verlangen kann, gilt für einen Geschäftsführer nicht. Ferner handelt es sich bei der für die fristlose Kündigung ausgeschlossenen Karenzentschädigung weder um den Wegfall einer vereinbarten Entschädigung nach § 75 Abs. 3 HGB noch um den nachträglichen Wegfall einer vereinbarten Karenzentschädigung infolge eines Verzichts der GmbH auf das Wettbewerbsverbot.

### **Konsequenz**

Der BGH hat sich mit der vorliegenden Entscheidung erneut gegen die Gleichsetzung von GmbH-Geschäftsführern und Handlungsgehilfen ausgesprochen. Damit wurde zugleich der Meinung in der Literatur, die die §§ 74 ff. HGB analog auf sozial abhängige oder arbeitnehmerähnliche Fremdgeschäftsführer anwenden wollten, eine Absage erteilt.

## 7. **Geschäftsführer müssen zur Vermeidung strafrechtlicher Verfolgung fällige Leistungen an Sozialkassen erbringen**





---

### **Kernproblem**

Mit den Pflichten eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters ist es vereinbar, wenn er zur Vermeidung strafrechtlicher Verfolgung fällige Leistungen an die Sozialkasse erbringt.

### **Sachverhalt**

Die Klägerin beehrte ursprünglich die Leistung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen für die Monate Dezember 2000 (26.111 DM) und Januar 2001 (36.266 DM). Der Beklagte, der Geschäftsführer einer GmbH, die im November 2000 zahlungsunfähig geworden war und über deren Vermögen im März 2001 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, hatte die Beträge nicht abgeführt. Die Klägerin beantragte einen Vollstreckungsbescheid, in dem der Anspruch als Schadensersatz nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266a StGB tituliert war. Die Klägerin meldete den Anspruch im Insolvenzverfahren als Forderung aus „vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung“ an; der Insolvenzverwalter stellte den Anspruch gegen den Widerspruch des Beklagten fest. Die Klägerin beantragte die Feststellung der angemeldeten Bezeichnung der Forderung. Das LG gab der Klage statt, das OLG wies sie ab. Die Revision der Klägerin vor dem BGH hatte Erfolg.

### **Entscheidung**

Der Klägerin steht der Anspruch zu, der Beklagte haftet auf Schadensersatz aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung, weil er als Geschäftsführer die Beiträge der Arbeitnehmer zur Sozialversicherung der Einzugsstelle vorenthalten hat. Er hätte den Anlass für die gebotenen Überwachungsmaßnahmen erkennen müssen, da ihm bekannt war, dass sich die GmbH in einer finanziellen Krise befand. Die Klägerin kann die Beiträge ebenfalls noch aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung gemäß § 302 Abs. 1 InsO fordern, denn der Beklagte hat vorsätzlich der Einzugsstelle die Beiträge zur Sozialversicherung vorenthalten und die Schädigung des Sozialversicherungsträgers in Kauf genommen. Er hat damit auch vorsätzlich bezüglich der Schadensfolge gehandelt.

### **Konsequenz**

Die Massesicherungspflicht gemäß § 64 Abs. 2 GmbHG steht der Haftung eines beklagten Geschäftsführers nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266a StGB nicht entgegen. Es kann von einem organschaftlichen Vertreter nicht verlangt werden, dass er die Massesicherungspflicht erfüllt und fällige Leistungen an die Sozialkasse nicht erbringt, wenn er sich dadurch strafrechtlicher Verfolgung aussetzt.

## **8. Haftung bei existenzvernichtendem Eingriff**

### **Kernproblem**

An einem die Haftung nach § 826 BGB begründenden existenzvernichtenden Eingriff fehlt es, wenn der Gesellschafter zwar Forderungen der GmbH ge-



gen Dritte auf ein eigenes Konto einzieht, mit diesen Mitteln jedoch Verbindlichkeiten der Gesellschaft begleicht und zusätzlich in beträchtlichem Umfang aus eigenem Vermögen weitere Gesellschaftsschulden tilgt.

### **Sachverhalt**

Die C-AG, deren alleiniger Vorstand der Beklagte ist, war die Muttergesellschaft und Alleingesellschafterin der Schuldnerin, einer GmbH. Der Beklagte hatte Forderungen der Schuldnerin auf das Konto der Mutter-AG eingezogen und damit Schulden der GmbH beglichen. Darüber hinaus wurden seitens der C-AG in umfangreichem Maße weitere Mittel aus eigenem Vermögen eingesetzt, um die Verbindlichkeiten der GmbH zu begleichen. Der Kläger, ein für die GmbH bestellter Insolvenzverwalter, machte gegen den Beklagten Ansprüche aus existenzvernichtendem Eingriff geltend. Das LG gab der Klage statt, das OLG wies sie ab. Die Revision des Klägers blieb vor dem BGH erfolglos.

### **Entscheidung**

Ein Anspruch des Klägers aus existenzvernichtendem Eingriff besteht nicht. Die das Basisschutzkonzept der §§ 30, 31 GmbHG ergänzende Existenzvernichtungshaftung betrifft nur missbräuchliche, zur Insolvenz der GmbH führende oder diese vertiefende kompensationslose Eingriffe in das der Zweckbindung zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger dienende Gesellschaftsvermögen. Die Voraussetzungen einer Haftung des Beklagten wegen existenzvernichtenden Eingriffs sind, auch unter dem Aspekt der Neuausrichtung des Haftungskonzepts des BGH im Sinne einer schadensersatzrechtlichen Innenhaftung wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung nach § 826 BGB, nicht erfüllt. Von einer sittenwidrigen, weil insolvenzverursachenden oder -vertiefenden Selbstbedienung des Gesellschafters vor den Gläubigern der Gesellschaft durch planmäßige Entziehung von – der Zweckbindung zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger unterliegenden – Gesellschaftsvermögen konnte keine Rede sein. Eine Haftung des Beklagten war sowohl unter dem Blickwinkel der fehlenden Kausalität als auch der fehlenden sittenwidrigen Schädigung zu verneinen, weil der Beklagte insgesamt Maßnahmen getroffen hat, die die Schuldnerin retten sollten. Die von der Muttergesellschaft eingezogenen Mittel sind zum einen zur Tilgung von Verbindlichkeiten der Schuldnerin eingesetzt worden. Zum anderen hat die C-AG noch zusätzlich in beträchtlichem Umfang aus „eigenem“ Vermögen weitere Schulden der GmbH getilgt.

### **Konsequenz**

Die Haftung eines Gesellschafters wegen existenzvernichtenden Eingriffs in das Gesellschaftsvermögen ist dann zu verneinen, wenn der Gesellschafter konkrete Rettungsversuche unternommen hat.