



Ulrich Lehmann  
Dipl. Betriebswirt (FH)  
Steuerberater

Weil im Schönbuch

Mandanten-Brief

---

## Mandanten-Brief

**April 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. Tabaksteuer bei Schmuggel
2. Rahmengebühr für Rechtsanwälte
3. Kindergeld: Private Krankenversicherung und Lohnsteuer nicht abziehbar
4. Unternehmer dürfen in AGB keine "Teillieferungen und Teilabrechnungen" erlauben
5. Schenkung einer Darlehensforderung an minderjährige Kinder

---

#### **Unternehmer und Freiberufler**

1. Katasterauszüge und Umsatzsteuerpflicht
2. Vorsteuerabzug bei Änderung der Verwendungsabsicht
3. Nachweis innergemeinschaftlicher Lieferungen
4. Pkw-Vermietung an Arbeitgeber - Vorsteuerabzug für Arbeitnehmer
5. Keine teuren Geschenke von Pharmaunternehmen an Ärzte
6. Keine Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts
7. Teilwertabschreibung bei börsennotierten Aktien
8. Urlaubs(abgeltungs)anspruch darf nicht wegen Krankheit verfallen
9. Erleichterte Anforderungen an die krankheitsbedingte Kündigung in Kleinbetrieben
10. Krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit von freigestellten Arbeitnehmern
11. Keine erweiterte Gewerbeertragskürzung für Zinseinkünfte
12. Sponsoring als wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb steuerpflichtig
13. Steuerpflichtige Umsätze durch Gutachtertätigkeit zur Feststellung der Pflegebedürftigkeit anderer Personen

---

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

1. Vorsteuerberichtigung für Umlaufvermögen
2. Ort der Lieferung bei Kauf auf Probe
3. Hinweispflicht der Rechtsanwälte auf Mandatsbeziehungen zum Gegner
4. Anfechtung eines Aufhebungsvertrags wegen Drohung mit fristloser Kündigung trotz Bedenkzeit
5. Zu den Aufklärungspflichten bei einem Betriebsübergang
6. Bei einer in verschiedene Ressorts unterteilten GmbH haben die jeweiligen Ressort-Geschäftsführer einen Informationsanspruch über ressortfremde Angelegen-



heiten

7. Bundesgerichtshof entscheidet über Prospekthaftung eines Wirtschaftsprüfers
8. Haftung des Geschäftsführers einer GmbH wegen Steuerhinterziehung
9. Verlustvorträge mindern die Basis für Tantieme
10. Zufluss von Arbeitslohn
11. Entschädigungsanspruch nach [AGG](#)
12. Bilanzielle Behandlung von Franchise-Werbebeiträgen
13. Verlängerung eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags nur bei unveränderten Arbeitsbedingungen
14. Blitzaustritt aus Arbeitgeberverband im Einzelfall möglich
15. Geldtransfers zwischen einer zyprischen Limited und ihrer deutschen Zweigniederlassung

## Privatbereich

### 1. Tabaksteuer bei Schmuggel

#### Einführung

Der Tabaksteuer unterliegen Tabakwaren und gleichgestellte Erzeugnisse. Werden Tabakwaren unzulässigerweise aus dem freien Verkehr anderer Mitgliedstaaten zu gewerblichen Zwecken nach Deutschland verbracht (z. B. geschmuggelt), so entsteht Tabaksteuer. Die Tabakwaren werden sichergestellt.

#### Fall

Ein Lkw-Fahrer transportierte Möbel von Polen nach Deutschland. Ohne sein Wissen waren Zigaretten aus dem freien Verkehr Polens auf dem Lkw versteckt. Es war strittig, ob der Lkw-Fahrer Schuldner der Tabaksteuer geworden war.

#### Neues Urteil

Nach Ansicht des BFH verbringt der Fahrer eines Lkw die Waren im Sinne des [TabStG](#) auch dann, wenn diese ohne sein Wissen in dem Fahrzeug versteckt worden sind. Der Lkw-Fahrer war daher Schuldner der Tabaksteuer.

#### Konsequenz

Das Urteil ist konform zur Rechtsprechung des EuGH hinsichtlich vergleichbarer Fälle zur Entrichtung des Zolls bei der Einfuhr aus Drittstaaten. Fazit daher, Unwissenheit schützt vor Strafe nicht.



## 2. Rahmengebühr für Rechtsanwälte

### **Kernaussage**

Gemäß [§ 14 RVG](#) bestimmt der Rechtsanwalt bei Rahmengebühren die Gebühr im Einzelfall unter Berücksichtigung aller persönlichen und sachlichen Umstände nach billigem Ermessen. Dabei können auch andere als die genannten Beispielfälle herangezogen werden.

### **5 gesetzliche Beispielskriterien**

Im Gegensatz zu § 12 BRAGO, der die Rahmengebühr vor dem Inkrafttreten des [RVG](#) regelte und nur 4 Kriterien für die Bemessung der Gebührenhöhe vorsah, gibt [§ 14 RVG](#) dem Rechtsanwalt 5 Beispielfälle an die Hand: Gleich geblieben sind die Bemessungskriterien des Umfangs und der Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit, der Bedeutung der Angelegenheit sowie der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Auftraggebers. Neu hinzugekommen ist mit dem [RVG](#) das Kriterium des besonderen Haftungsrisikos des Rechtsanwaltes.

### **Kein abschließender Kriterienkatalog**

In den seltensten Fällen wird allerdings die Höhe der Rahmengebühr mit anderen als den gesetzlich genannten Beispielfällen begründet; der Hinweis in § 14 "vor allem" vor den aufgeführten Bemessungsumständen wird vielfach missverstanden. Da es sich bei diesen Anhaltspunkten aber nur um Beispiele handelt, sind im Einzelfall noch weitere Gesichtspunkte zu beachten. Gemeint sind solche Umstände, die nicht unter die 5 namentlich genannten Kriterien fallen, im Einzelfall aber Einfluss auf die Bestimmung der Gebühr haben können. Alle vom Auftraggeber zu vertretenden Gegebenheiten, die die Arbeit des Rechtsanwaltes vermeidbar erschweren oder zeitlich belasten, sind als Umstände zu werten. Wird vom Auftraggeber beispielsweise eine Tätigkeit an Samstagen, Sonn- oder Feiertagen gewünscht, so berechtigt das zum Ansatz eines entsprechend erhöhten Rahmensatzes. Auch muss es sich auf die Gebühr auswirken, wenn der Rechtsanwalt unter besonderem Zeitdruck arbeiten muss, wie z. B. in einstweiligen Verfügungsverfahren, insbesondere in Wettbewerbssachen. Ferner ist eine erhöhte Rahmengebühr vertretbar, wenn der Rechtsanwalt den auswärts wohnenden Mandanten regelmäßig besuchen muss oder dieser wegen besonderer Skepsis, Wissbegierigkeit und hohem Misstrauen außerordentlichen Aufwand verursacht. Das gilt auch für die Notwendigkeit einer besonders behutsamen oder einfühlsamen Arbeitsweise z. B. in einer Familiensache. Berücksichtigungsfähig ist auch die Belastung der anwaltlichen Arbeit mit einem cholерischen Mandanten, der den Frust über Prozessgegner in der Kanzlei ausagiert, oder ein besonderer Erfolg der anwaltlichen Vorgehensweise.



### 3. Kindergeld: Private Krankenversicherung und Lohnsteuer nicht abziehbar

#### **Kernproblem**

Für ein volljähriges Kind besteht ein Anspruch auf Kindergeld nur dann, wenn es Einkünfte und Bezüge, die zur Bestreitung des Unterhalts oder der Berufsausbildung bestimmt oder geeignet sind, von nicht mehr als aktuell 7.680 EUR im Kalenderjahr erzielt. Der Begriff der Einkünfte ist zwar gesetzlich definiert. Nach einem Beschluss des BVerfG sind jedoch Beträge, die wie die gesetzlichen Sozialversicherungsbeiträge von Gesetzes wegen dem Einkünfte erzielenden Kind oder dessen Eltern nicht zur Verfügung stehen, einkunftsmindernd zu berücksichtigen. Von daher ist nach Auffassung des BVerfG jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob ein Gleichheitsverstoß gegenüber anderen Eltern vorliegt, deren Kinder die betreffenden Aufwendungen nicht haben. Der BFH hat bereits in der Vergangenheit unvermeidbare Beiträge für eine private Kranken- und Pflegeversicherung den Sozialversicherungsbeiträgen gleichgestellt. Jetzt gibt es eine weitere Entscheidung.

#### **Sachverhalt**

In Erweiterung zur bisherigen Rechtsprechung hatten die Eltern den Abzug von einbehaltenen Lohn- und Kirchensteuern, Beiträgen zu einer privaten Zusatzkranken- und Kfz-Haftpflichtversicherung sowie privaten Rentenversicherung beantragt.

#### **Entscheidung**

Nach der Entscheidung des BFH sind keine der beantragten Aufwendungen abzugsfähig. Beiträge für eine private Zusatzkrankenversicherung seien nicht unvermeidbar, da sie über die Mindestvorsorge hinausgingen, die dem Kind bereits als Mitglied in der gesetzlichen Krankenversicherung zukomme. Ebenso wenig seien die Einkünfte eines Kindes um die Beiträge zur privaten Rentenversicherung zu mindern, wenn es sich - wie im Streitfall - in Berufsausbildung befinde und bereits in der gesetzlichen Rentenversicherung pflichtversichert sei. Denn auch diese Beiträge seien für die aktuelle Existenzsicherung des Kindes nicht erforderlich. Gleiches gelte für die Beiträge zur Kfz-Haftpflichtversicherung, denn das Halten eines Kfz gehöre nicht zum lebensnotwendigen Bedarf. Weil auch Kinder mit nicht lohnsteuerpflichtigen Einkünften Einkommensteuer zu bezahlen hätten, wurde der Abzug von Lohn- und Kirchensteuern abgelehnt. Zudem würden Lohnsteuern (anders als die Beiträge zur Sozialversicherung) später wieder erstattet, wenn das zu versteuernde Einkommen den Grundfreibetrag nicht übersteige. Gleiches gelte für die Kirchensteuer.



### **Konsequenz**

Der BFH wollte seine und die Rechtsprechung des BVerfG leider nicht zugunsten der Eltern erweitern. Die Argumente hierfür scheinen plausibel. Im Streitfall wurde auch der Abzug von Krankheitskosten (Kontaktlinsen) beantragt. Diese interessante Frage brauchte der BFH nicht zu beantworten, weil auch der Abzug dieser Kosten nicht zum Unterschreiten der Unschädlichkeitsgrenze geführt hätte. Hier könnte zumindest bei unvermeidbaren Krankheitskosten Hoffnung bestehen. Bei Kontaktlinsen kann man sich eine Ablehnung sinngemäß mit den Worten "Kassengestell tut´s auch" durchaus vorstellen.

#### **4. Unternehmer dürfen in AGB keine "Teillieferungen und Teilabrechnungen" erlauben**

### **Einführung**

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss des Vertrags stellt. Der Gesetzgeber hat vorgesehen, dass die Vertragsparteien die vertraglichen Inhalte frei gestalten können. Hierbei können sie grundsätzlich auch von den gesetzlichen Regelungen abweichen oder diese ausdrücklich ausschließen. Lediglich über wesentliche Gesetzesbestimmungen können sich die Vertragsparteien nicht hinwegsetzen. Dieses gibt den Verwendern von AGB einen großen Gestaltungsspielraum. Deshalb sollen gesetzliche Vorschriften ([§§ 305 ff. BGB](#)) verhindern, dass der AGB-Verwender, der die Gestaltungsfreiheit allein in Anspruch nimmt, den anderen Teil unter Abbedingung des dispositiven Rechts unangemessen benachteiligt. In diesem Zusammenhang war umstritten, ob Wettbewerber unmittelbar gegen den Verwender unzulässiger AGB-Klauseln vorgehen können.

### **Entscheidung**

Die Antragsgegnerin bot Verbrauchern im Internet Latex-Kleidung an. In ihren AGB verwendete sie folgende Klausel: "Teillieferungen und Teilabrechnungen sind zulässig." Ein Wettbewerber sah in der Verwendung dieser Klausel eine unlautere Wettbewerbshandlung und beantragte den Erlass einer einstweiligen Verfügung. Das Gericht hat diesem Antrag stattgegeben. Die Teillieferungs- und Teilabrechnungsklausel sei mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen ([§ 323 Abs. 1](#), [Abs. 4 BGB](#)) unvereinbar und verstoße gegen das Klauselverbot in [§ 309 Nr. 2 a BGB](#). Soweit [§ 266 BGB](#) grundsätzlich dem Schuldner das Recht zu Teilleistungen abspreche, mag eine abweichende Regelung für sich noch nicht eine unangemessene Benachteiligung des Verbrauchers bedeuten. Denn [§ 266 BGB](#) wolle nur verhindern, dass der Gläubiger durch mehrfa-



Ulrich Lehmann  
Dipl. Betriebswirt (FH)  
Steuerberater

Weil im Schönbuch

Mandanten-Brief

che Leistungen und deren jeweilige Entgegennahme belästigt werde. Die Antragsgegnerin habe sich nicht mit der Vereinbarung von Teilleistungen begnügt, sondern weitergehend damit auch eine Berechtigung zur Abrechnung dieser Teilleistungen in ihren AGB geregelt. Diese Teillieferung und Teilabrechnung sollen uneingeschränkt zulässig sein. Dann könnten Teillieferungen und Teilabrechnungen die Verzugsfolgen zulasten des Käufers auslösen, ohne dass dieser sein Interesse an der Zurückhaltung des Kaufpreises bis zur Gesamtlieferung geltend machen könne, [§ 320 BGB](#). Ein schutzwürdiges Interesse an einer Gesamtlieferung könne auch in den vorliegend denkbaren Fällen der Bestellung einer Mehrheit von einzelnen Waren in Betracht kommen, wenn die Produkte - etwa nach Farbe, Material oder Form - aufeinander abgestimmt sein sollen. Auch gebe die Einrede des nicht erfüllten Vertrags bei einem Ausstehen größerer Teile der Bestellung ein wirksames Druckmittel zur beschleunigten Lieferung der ausstehenden Ware. Gemäß [§ 309 Nr. 2 a BGB](#) seien Regelungen in AGB schlechthin unwirksam, wenn das Leistungsverweigerungsrecht nach [§ 320 BGB](#) ausgeschlossen oder auch nur eingeschränkt werde. Darüber hinaus schränke diese AGB-Klausel auch das Recht des Verbrauchers ein, vom Vertrag insgesamt zurückzutreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse habe, [§ 323 Abs. 1, Abs. 5 BGB](#). Dies sei mit wesentlichen Grundgedanken dieser Regelung nicht vereinbar, [§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB](#). Diese Vorschriften seien dazu bestimmt, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, [§ 4 Nr. 11 UWG](#). Dies gelte jedenfalls dann, wenn die Unwirksamkeit der AGB-Regelung zugleich zu einem Verstoß gegen die Informationspflichten des [§ 312c Abs. 1 Satz 1 BGB](#), § 1 Abs. 1 BGB-InfoV führe. Die Verbandsklagebefugnis nach § 1 UKlaG für die Verfolgung unwirksamer AGB sei nicht abschließend. Es sei nicht ersichtlich, warum gerade bei unwirksamen AGB auf das wirksamste Instrument ihrer Verfolgung - die Unterlassungsklage des Mitbewerbers - verzichtet werden solle. Die neben dem UKlaG auch nach dem [UWG](#) gegebene Klagebefugnis der Verbände sei nicht überflüssig, weil sich Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Anspruchsverfolgung nach beiden gesetzlichen Regelungen erheblich unterscheiden könnten. Hinzu komme, dass die Umsetzungsfrist nach Art. 19 der Richtlinie [2005/29/EG](#) über unlautere Geschäftspraktiken bereits abgelaufen sei und deshalb eine richtlinienkonforme Auslegung geboten sei.

### **Konsequenz**

Unternehmer, die Verbrauchern Waren oder Dienstleistungen anbieten, sollten ihre AGB laufend überprüfen lassen. Zwar hat sich an der Rechtsfolge bei der Verwendung unwirksamer Klauseln nichts geändert. Für den vertraglichen Inhalt gelten in diesem Fall die - meistens für den Verwender ungünstigeren - gesetzlichen Regelungen. Jedoch hat sich der Kreis der Anspruchsberechtigten erheblich erweitert. Bislang konnten nur die





nach dem UKlaG zugelassenen Verbände gegen die Verwender unzulässiger AGB-Klauseln vorgehen. Nunmehr sollen auch die Wettbewerber zur Verfolgung berechtigt sein. Es ist daher mit einer verschärften Kontrolle durch diese zu rechnen. In der Folge wird es diesbezüglich verstärkt zu Abmahnungen, einstweiligen Verfügungen und Unterlassungsklagen kommen.

## 5. Schenkung einer Darlehensforderung an minderjährige Kinder

### Einführung

Vermögensübertragungen innerhalb einer Familie, insbesondere auf minderjährige Kinder, unterliegen besonderen zivil- und steuerrechtlichen Anforderungen. Das Finanzamt prüft hier im Regelfall sehr genau, ob die gewählten Gestaltungen fremdüblich und tatsächlich durchgeführt worden sind. Vielfach wird die bloße scheinbare Verschiebung von Einkunftsquellen zum Zwecke der Steuerersparnis vermutet.

### Sachverhalt

Der Kläger (Mehrheitsgesellschafter einer GmbH) hatte seinen drei Kindern Teilbeträge einer Darlehensforderung, die er gegenüber seiner GmbH besaß, geschenkt. Daraufhin schlossen die Kinder, von denen zwei noch minderjährig waren, neue Darlehensverträge mit der GmbH ab, in denen die Verzinsung und die Rückzahlungsmodalitäten geregelt wurden. Die Kinder wurden beim Abschluss der Darlehensverträge lediglich durch ihre Mutter vertreten. Das Finanzamt behandelte daraufhin die Zinszahlungen der GmbH an die Kinder als verdeckte Gewinnausschüttungen (vGA). Zur Begründung trug das Finanzamt vor, dass die Kinder keine tatsächliche Verfügungsmacht über die Darlehensforderungen erlangt hätten, da die Schenkungen mangels wirksamer Vertretung unwirksam seien.

### Entscheidung

Der BFH hat - ebenso wie die Vorinstanz - die Zinszahlungen an die Kinder als Betriebsausgaben anerkannt. Insbesondere die Frage der Wirksamkeit der Schenkungen beurteilt der BFH anders als das Finanzamt. So sind die Schenkungen der Darlehensforderungen wirksam, da diese den Kindern lediglich einen rechtlichen Vorteil gebracht haben. Für den Abschluss der neuen Darlehensverträge hätten die Kinder hingegen durch einen Ergänzungspfleger vertreten werden müssen, da die hierin geregelte Rückzahlung (Verlängerung der Laufzeit und der Kündigungsfrist) gegenüber der vorherigen Regelung für die Kinder nachteilig war. Damit waren die Verträge schwebend unwirksam, die Kinder aber trotzdem wirksam in den Besitz der Darlehensforderungen gelangt. Somit bestand auch eine wirksame Grundlage für die Zahlung der Zinsen.



### **Konsequenz**

Die GmbH als rechtlich selbstständige juristische Person und eigenes Steuersubjekt bietet deutlich mehr Schutz gegen einen steuerlichen Durchgriff des Finanzamts als eine Personengesellschaft. Allerdings sind die formellen und materiellen Kriterien des Fremdvergleichs zu beachten, um der Gefahr einer verdeckten Gewinnausschüttung zu entgehen.

## **Unternehmer und Freiberufler**

### **1. Katasterauszüge und Umsatzsteuerpflicht**

#### **Einführung**

Leistungen der Vermessungs- und Katasterbehörden, die auch von öffentlich bestellten Vermessungsingenieuren erbracht werden können, unterliegen der Umsatzsteuer. Die Erteilung von Auszügen aus dem Liegenschaftskataster fiel bisher nach Auffassung der Verwaltung nicht unter die unternehmerischen Tätigkeiten.

#### **Neue Verwaltungsanweisung**

In mehreren Bundesländern können neben den Vermessungs- und Katasterbehörden nunmehr auch Gemeinden und öffentlich bestellte Vermessungsingenieure Auszüge aus dem Liegenschaftskataster erteilen. Nach Ansicht des BMF unterliegen diese Leistungen damit in den betreffenden Bundesländern der Umsatzsteuer. Das BMF gewährt den Vermessungs- und Katasterbehörden sowie den Gemeinden jedoch eine Übergangsfrist bis zum 31.12.2008, in der die Leistungen weiterhin als nicht steuerbar behandelt werden können.

#### **Konsequenz**

Die Erteilung von Auszügen aus dem Liegenschaftskataster wird in Abhängigkeit vom jeweiligen Bundesland entweder zukünftig der Umsatzsteuer unterliegen oder weiterhin nicht steuerbar sein.





## 2. Vorsteuerabzug bei Änderung der Verwendungsabsicht

### Einführung

Der Umfang des Vorsteuerabzugs richtet sich nach der beabsichtigten Verwendung im Zeitpunkt des Leistungsbezugs. Weicht die spätere Verwendung von den für den ursprünglichen Vorsteuerabzug maßgeblichen Verhältnissen ab, so wird der Vorsteuerabzug regelmäßig nach [§ 15a UStG](#) korrigiert.

### Fall

Ein Ehepaar errichtete ein Einfamilienhaus mit Einliegerwohnung. Das Ehepaar meldete ein Gewerbe "Vermietung von 2 Ferienwohnungen" an. Eine Wohnung wurde zunächst für 3 Monate an Feriengäste vermietet und anschließend steuerfrei an die Mutter der Ehefrau. In die zweite Wohnung zog zeitgleich die Ehefrau ein. Das Finanzamt wollte den Vorsteuerabzug versagen, da es die Auffassung vertrat, dass die Eheleute von Anfang an keine Absicht hatten, umsatzsteuerpflichtig zu vermieten.

### Urteil

Das FG und ihm folgend der BFH gaben dem Finanzamt Recht. Nach Auffassung des BFH konnte das Ehepaar die behauptete ursprüngliche Verwendungsabsicht nicht durch objektive Anhaltspunkte nachweisen.

### Konsequenz

Das Urteil weist nochmals wichtige Grundsätze und Prüfungskriterien auf, die in derartigen Fällen zu beachten sind.

Der Vorsteuerabzug kann nur komplett versagt werden, wenn die ursprüngliche Verwendungsabsicht nicht in gutem Glauben erklärt wurde bzw. objektive Anhaltspunkte hierfür fehlen. Ist dies nicht der Fall, kann das Finanzamt nur nach [§ 15a UStG](#) korrigieren, auch wenn die Veranlagungen unter dem Vorbehalt der Nachprüfung stehen.

Insbesondere bei engem zeitlichem Zusammenhang zwischen Erklärung der Verwendungsabsicht und deren Änderung muss der Steuerpflichtige die Umstände plausibel darlegen, die zu einer geänderten Verwendung geführt haben. Ansonsten besteht die Vermutung, dass die tatsächliche Verwendung auch der ursprünglichen Verwendungsabsicht entspricht.



### 3. Nachweis innergemeinschaftlicher Lieferungen

#### Einführung

Die Inanspruchnahme der Steuerbefreiung für innergemeinschaftliche Lieferungen setzt deren buch- und belegmäßigen Nachweis voraus. Die Nachweispflichten sorgen regelmäßig für Konflikte mit der Finanzverwaltung. Besonders ärgerlich für die Unternehmer waren bisher die Fälle, in denen die Steuerbefreiung alleine an den fehlenden Nachweisen scheiterte.

#### Neues Urteil

Der BFH hat sich nun zugunsten der Unternehmer der Rechtsprechung des EuGH angeschlossen und seine Rechtsprechung diesbezüglich geändert. Demnach ist die Erbringung der Nachweise nicht mehr materielle Voraussetzung für die Gewährung der Steuerbefreiung.

#### Konsequenz

Steht zweifelsfrei fest, dass die Voraussetzungen einer innergemeinschaftlichen Lieferung vorliegen, ist diese trotz fehlender Nachweise steuerfrei. Der BFH weist allerdings ausdrücklich darauf hin, dass er diese Konstellation als Ausnahmefall ansieht. Im Regelfall besteht weiterhin die Vermutung, dass die Voraussetzungen für die Steuerbefreiung einer innergemeinschaftlichen Lieferung nicht gegeben sind, wenn der Beleg- und der Buchnachweis fehlen. Die Unternehmer müssen daher weiterhin ihren Nachweispflichten nachkommen, um die Steuerbefreiung nicht zu gefährden.

### 4. PkwVermietung an Arbeitgeber - Vorsteuerabzug für Arbeitnehmer

#### Einführung

Vermieten Arbeitnehmer z. B. ihren Pkw oder ihr Arbeitszimmer an ihren Arbeitgeber, so stellt sich umsatzsteuerlich die Frage, ob die Vermietung den Arbeitnehmer zum Vorsteuerabzug berechtigt.

#### Fall

Ein Arbeitnehmer kaufte einen Pkw und vermietete diesen an seinen Arbeitgeber. Dem Arbeitgeber wurden 190 EUR monatlich zzgl. USt in Rechnung gestellt. Gemäß Mietvertrag wurde der Pkw wiederum vom Arbeitgeber dem Arbeitnehmer und anderen Angestellten zur Nutzung überlassen. Die Nutzung betraf betriebliche und private Fahrten. Der Arbeitnehmer machte den vollen Vorsteuerabzug aus den Anschaffungskosten des Pkw geltend. Dies verweigerte das Finanzamt, da es den Arbeitnehmer entsprechend der lohnsteuerlichen Erfassung nicht als Unternehmer ansah.



### **Urteil**

Ebenso wie die Vorinstanz qualifiziert der BFH den Arbeitnehmer hinsichtlich der Vermietungstätigkeit als Unternehmer. Ertragsteuerliche Grundsätze spielen insoweit keine Rolle. Die Identität zwischen Vermieter und (Mit-)Nutzer stellt keinen schädlichen Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten ([§ 42 AO](#)) dar.

### **Konsequenz**

Die Finanzverwaltung wird nicht umhinkommen, derartige Vermietungen anzuerkennen. Vor Abschluss derartiger Verträge sollte allerdings steuerlicher Rat eingeholt werden, da auch ertragsteuerliche Konsequenzen derartiger Gestaltungen zu beachten sind.

## **5. Keine teuren Geschenke von Pharmaunternehmen an Ärzte**

### **Kernproblem**

Pharmaunternehmen dürfen Ärzten keine teuren Geschenke machen. Das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient gebietet es, dass der Arzt sich bei der Verschreibung von Medikamenten allein von den Interessen des Patienten leiten lässt und dabei nicht einmal in den Verdacht einer unsachlichen Beeinflussung durch den Hersteller der Medikamente kommt.

### **Sachverhalt**

Der Kläger ist ein Verband von Arzneimittelherstellern, der sich der Lauterkeit des Verhaltens der pharmazeutischen Industrie bei der Zusammenarbeit mit Ärzten angenommen hat. Seine Klage richtet sich gegen ein Pharma-Unternehmen, dass Ärzten im Internet neben einem 700 EUR teuren Wasserspender zum "exklusiven Vorzugspreis" - einer Ersparnis von bis zu 40 % bei Anschaffung und Wartung - auch kostenlose Beratungsleistungen externer Unternehmensberater (etwa zum Thema "betriebswirtschaftliches Praxismanagement") angeboten hatte. Der Kläger hielt dies für unlauteren Wettbewerb, der Beklagte verwies darauf, dass das Zuwendungsverbot des Heilmittelwerbegesetzes nur für produktbezogene Werbung, nicht aber für reine Imagewerbung gelte.

### **Entscheidung**

Das Landgericht gab der Klage statt und führte als Begründung aus, dass durch das Angebot des Beklagten ein nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Ärzte motiviert werde, als Gegenleistung für das kostenlose Beratungsangebot die Medikamente des Beklagten zu verschreiben. Mit den Zuwendungen des Beklagten beeinflusse dieser die Entscheidung der Ärzte bei der Medikation unangemessen und unsachlich und verstoße somit gegen [§ 4 Nr. 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb](#). Das hohe Gut des Vertrauensverhältnisses rechtfertige es, bereits Hand-



Ulrich Lehmann  
Dipl. Betriebswirt (FH)  
Steuerberater

Weil im Schönbuch

Mandanten-Brief

lungen, die geeignet seien, den bösen Schein einer unsachlichen Einflussnahme nahezulegen, als nicht mehr mit den guten Sitten im Wettbewerb vereinbar anzusehen. Im Übrigen entspreche das Verbot teurer Geschenke an Ärzte auch den Vorstellungen der Pharmaindustrie selbst; dies ergebe sich aus den "Verhaltensempfehlungen für die Zusammenarbeit der pharmazeutischen Industrie mit Ärzten". Auch die Pharmaindustrie gehe also davon aus, dass nach den "anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe und Handel" Geschenke, die über geringwertige produktbezogene Werbegaben hinausgingen, nicht gewährt werden dürfen.

### **Konsequenz**

Mit mehr als geringfügigen unentgeltlichen Geschenken an Ärzte nimmt ein Pharmaunternehmen unlautere Wettbewerbshandlungen vor, die die Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmer durch unangemessenen und unsachlichen Einfluss beeinträchtigen.

## **6. Keine Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts**

### **Kernproblem**

Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann nicht unter ihrem Namen ins Grundbuch eingetragen werden. Anderenfalls würden Eintragungen vorgenommen, bei denen die Gefahr bestünde, dass Rechte verlaublich wären, die nicht verkehrsfähig sind, weil sich die Identität der betroffenen Gesellschaft und die Vertretungsbefugnis, anders als bei einer registerpflichtigen GmbH, OHG oder KG, vom Grundbuchamt nicht zuverlässig beurteilen lassen.

### **Sachverhalt**

Die Beschwerdeführerin, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, beantragte wegen einer titulierten Forderung von rund 3.400 EUR eine Zwangshypothek auf dem Grundstück der Eigentümerin einzutragen. Das Grundbuchamt wies den Antrag zurück, weil die im Titel ausgewiesene Gläubigerin nicht grundbuchfähig sei. Die hiergegen gerichteten Rechtsmittel hatten keinen Erfolg.

### **Entscheidung**

Das OLG hält die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) für nicht fähig, unter ihrem Namen im Grundbuch eingetragen zu werden. Die grundbuchrechtlichen Vorschriften geben dafür keinen Raum. Die Bedenken, dass anderenfalls Eintragungen vorgenommen würden, bei denen die Gefahr bestünde, dass Rechte verlaublich wären, die nicht verkehrsfähig sind, werden auch durch die vorgeschlagene Eintragungsvoraussetzung, die GbR müsse nur einen unterscheidungskräftigen Namen führen, nicht ausgeräumt. Die Fähigkeit der GbR, Träger von Rechten und Pflichten zu



sein, ist nur notwendige, nicht aber auch hinreichende Bedingung für ihre Eintragungsfähigkeit in das Grundbuch nach geltendem Recht.

### **Konsequenz**

Der Widerspruch, der dadurch geschaffen ist, dass einerseits die Rechtsfähigkeit der GbR anerkannt ist, diese mithin Grundstückseigentümerin sein kann, andererseits nach geltendem Recht Bedenken gegen eine Eintragung der GbR als solche im Grundbuch bestehen, kann nur vom Gesetzgeber gelöst werden. Praktische oder rechtliche Schwierigkeiten bei der Eintragung in der herkömmlichen Weise - Eintragung der einzelnen Gesellschafter mit dem Zusatz "GbR" - ergeben sich nicht. Es wird dadurch unzweifelhaft zum Ausdruck gebracht, dass Eigentümerin der Liegenschaft die GbR ist.

## **7. Teilwertabschreibung bei börsennotierten Aktien**

### **Einführung**

Seit dem Jahr 1999 setzt eine Abschreibung auf den niedrigeren Teilwert in der Steuerbilanz voraus, dass der Teilwert aufgrund einer voraussichtlich dauernden Wertminderung niedriger ist als die (ggf. fortgeführten) Anschaffungs- oder Herstellungskosten eines Wirtschaftsgutes. Ob eine Wertminderung von Dauer ist, ist insbesondere bei solchen Wirtschaftsgütern schwierig zu beurteilen, deren Wert regelmäßigen Schwankungen unterworfen ist, wie z. B. bei börsennotierten Aktien.

### **Auffassung der Finanzverwaltung**

Eine voraussichtlich dauernde Wertminderung liegt vor, wenn der Teilwert nachhaltig unter den maßgeblichen Buchwert gesunken ist. Von einem nachhaltigen Sinken des Teilwertes ist auszugehen, wenn aus der Sicht des Bilanzstichtags aufgrund objektiver Anzeichen ernstlich mit einem langfristigen Anhalten der Wertminderung gerechnet werden muss. Hierüber bedarf es einer an der Eigenart des Wirtschaftsgutes ausgerichteten Prognose. Bei börsennotierten Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens betrachtet die Finanzverwaltung Kursschwankungen nur als vorübergehende Wertminderungen. Nur Kurseinbrüche aufgrund von gravierenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Gesellschaft sollen bei Aktien zu einer Teilwertabschreibung berechtigen.

### **Entscheidung des BFH**

Der BFH betrachtet den Fall differenzierter: Nach seiner Auffassung liegt eine voraussichtlich dauernde Wertminderung bei börsennotierten Aktien bereits dann vor, wenn der Börsenwert zum Bilanzstichtag unter die Anschaffungskosten gesunken ist und zum Zeitpunkt der Bilanzerstellung keine konkreten Anhaltspunkte für eine alsbaldige Wertaufholung vorliegen. Die BFH-Richter begründen ihre Entscheidung mit dem Argument,



dass Aktienkurse bereits die Erwartungen einer großen Zahl von Marktteilnehmern über die zukünftige Entwicklung des Kurses wiedergeben.

### **Konsequenz**

Für die Beurteilung, ob eine Wertminderung börsennotierter Aktien von Dauer ist, muss nach dem aktuellen BFH-Urteil nicht mehr zwischen Anlage- und Umlaufvermögen differenziert werden. Allerdings sind Teilwertabschreibungen auf Aktien bei Kapitalgesellschaften nicht mit steuerlicher Wirkung möglich. Werden die Aktien im Betriebsvermögen einer Personengesellschaft oder eines Einzelunternehmens gehalten, wirken sich die Abschreibungen steuerlich nur zu 50 % (ab 2009: 60 %) aus.

## **8. Urlaubs(abgeltungs)anspruch darf nicht wegen Krankheit verfallen**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Auch das deutsche Arbeitsrecht unterliegt in diversen Punkten dem höherrangigen europäischen Recht. Dies gilt auch für Fragen des Urlaubs, die national im [Bundesurlaubsgesetz](#) geregelt sind. Sind Gerichte der Auffassung, deutsches Recht kollidiere mit höherrangigem europäischem Recht legen sie die Streitfrage dem Europäischen Gerichtshof zur Entscheidung vor. Streitgegenstand dieses Verfahrens sind die Regelungen des Bundesurlaubsgesetzes, nach denen der Resturlaubsanspruch eines Kalenderjahres nur auf die ersten drei Monate des Folgejahres (= Übertragungszeitraum) übertragen werden kann. Nur wenn der Urlaub wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht gewährt werden kann, besteht ein Urlaubsabgeltungsanspruch. Im Ergebnis verfällt damit der (Rest)Urlaub, wenn er wegen Krankheit nicht bis zum Ende des Übertragungszeitraums genommen werden kann, ohne dass ein Abgeltungsanspruch in Geld besteht. Der Europäische Gerichtshof hat derzeit darüber zu entscheiden, ob dieser gesetzliche Mechanismus europarechtskonform ist.

### **Entscheidung**

Auf Urlaubsabgeltung der Jahre 2004 und 2005 in Geld hatte ein Arbeitnehmer geklagt, der bis zur Beendigung seines Arbeitsverhältnisses zum Ende September 2005 über ein Jahr hinweg arbeitsunfähig krankgeschrieben war. Der Arbeitgeber hatte die Urlaubsabgeltung verweigert, weil der Urlaubsanspruch wegen der Erkrankung nicht erfüllbar gewesen sei. Das Arbeitsgericht hatte die Klage zunächst noch abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht legte die Sache dem Europäischen Gerichtshof zur Entscheidung darüber vor, ob es mit den Regelungen der Arbeitszeitrichtlinie vereinbar sei, wenn der Urlaubsanspruch sowie der bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehende Urlaubsabgeltungsanspruch erlöschen, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ablauf des Urlaubs-





jahres und des sich anschließenden Übertragungszeitraums arbeitsunfähig erkrankt sei. Der Generalanwalt beim Europäischen Gerichtshof, der dem Gericht eine Entscheidungsempfehlung vorlegt, votiert in seinen Schlussanträgen zugunsten des Arbeitnehmers. Denn die Regelungen der Arbeitszeitrichtlinie seien so zu verstehen, dass der Arbeitnehmer in jedem Fall seinen Mindesturlaub erhalten müsse, und zwar auch dann, wenn der Urlaub tatsächlich auch aus Krankheitsgründen nicht genommen werden kann. In diesen Fällen sei der Urlaub später zu gewähren. Damit verstoße das automatische Erlöschen des Urlaubsanspruchs gegen europäisches Recht. Auch der Urlaubsabgeltungsanspruch dürfe daher nicht entfallen, weil der Arbeitnehmer seinen Urlaub wegen Erkrankung nicht nehmen konnte.

### **Konsequenz**

Die Meinung des Generalanwalts ist Entscheidungsempfehlung für den Europäischen Gerichtshof. Sollte der Gerichtshof entsprechend der Schlussanträge entscheiden, dann ist die bisherige gesetzlich vorgesehene Verfallklausel für den Urlaub unwirksam. Damit besteht auch die unmittelbare Gefahr, dass arbeitsvertragliche Verfallklauseln, die sich an der gesetzlichen Regelung orientieren, gleichzeitig unwirksam werden.

## **9. Erleichterte Anforderungen an die krankheitsbedingte Kündigung in Kleinbetrieben**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Kleinbetriebe im arbeitsrechtlichen Sinne sind solche, die nicht in den Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes fallen; das heißt (jedenfalls derzeit), dass Kleinbetriebe solche Betriebe sind, die regelmäßig weniger als zehn Arbeitnehmer beschäftigen. In Kleinbetrieben gelten Arbeitnehmerschutzrechte nur eingeschränkt. Insbesondere sind die Regelungen des Kündigungsschutzgesetzes auf Kleinbetriebe nicht anwendbar. Damit sind Kündigungen in Kleinbetrieben leichter auszusprechen. Für krankheitsbedingte Kündigungen, die im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes überhaupt nur unter sehr hohen Anforderungen, insbesondere einer negativen Genesungsprognose, wirksam werden können, bedeutet dies, dass sie in Kleinbetrieben nur im Hinblick auf Willkürgesichtspunkte überprüfbar sind. Das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz hatte in einer erst jüngst bekannt gewordenen Entscheidung über die Zulässigkeit einer krankheitsbedingten Kündigung in einem Kleinbetrieb zu entscheiden, die bereits in Ansehung einer kommenden Erkrankung ausgesprochen worden war.



### **Entscheidung**

Anfang 2007 teilte der Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber mit, dass er im März operiert und sich im Anschluss daran in eine bis zu achtwöchige Reha-Maßnahme begeben werden müsse. Der Arbeitgeber kündigte daraufhin das Arbeitsverhältnis krankheitsbedingt und stellte eine Ersatzkraft ein. Hiergegen wandte sich der Arbeitnehmer mit allgemeiner Kündigungsschutzklage. Das Gericht gab dem Arbeitgeber recht. Es urteilte, dass die allgemeinen Regelungen, die Kündigungen in Kleinbetrieben erleichtern, auch im Falle einer in Ansehung eines längeren krankheitsbedingten Ausfalls ausgesprochenen Kündigung anwendbar bleiben. Die Kündigung in Ansehung des bevorstehenden Arbeitsausfalls sei auch nicht sittenwidrig. Denn jedenfalls in der Krankheit sei die Kündigung zulässig. Gleichzeitig sehe das [Entgeltfortzahlungsgesetz](#) vor, dass der Entgeltfortzahlungsanspruch unabhängig davon besteht, ob der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt oder nicht. Daher sei auch die Kündigung in Ansehung des bevorstehenden krankheitsbedingten Arbeitsausfalls nicht von vornherein sittenwidrig. Dies müsse umso mehr gelten, wenn der Arbeitgeber eine Ersatzkraft einstellen musste.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung eröffnet jedenfalls in Kleinbetrieben die Möglichkeit, vor Eintritt eines langfristigen Ausfalls Personalmaßnahmen einleiten zu können. Für Betriebe, auf die das [Kündigungsschutzgesetz](#) Anwendung findet, wird die Aussage, eine Kündigung bereits in Ansehung eines langfristigen krankheitsbedingten Ausfalls sei zulässig, nicht übertragbar sein. Denn von solchen Betrieben erwartet der Gesetzgeber mehr Flexibilität.

## 10. **Krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit von freigestellten Arbeitnehmern**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall wird durch das [Entgeltfortzahlungsgesetz](#) geregelt. In der Regel schuldet der Arbeitgeber danach im Krankheitsfall für die Dauer von sechs Wochen die Fortzahlung des Arbeitsentgeltes, bevor die Zahlung von Krankengeld durch die Krankenkasse einsetzt. Die Zahlungspflicht des Arbeitgebers setzt erst dann wieder ein, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit wieder aufnimmt. Abweichungen von diesen gesetzlichen Regelungen sind nur zugunsten des Arbeitnehmers möglich. Diese grundsätzlichen Regelungen gelten auch dann, wenn der Arbeitnehmer zum Beispiel im Zeitraum bis zu einem Kündigungstermin von der Arbeitsleistung freigestellt ist, jedoch mit der Maßgabe, dass die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers dann wieder auflebt, wenn der Arbeitnehmer nachgewiesenermaßen wie-



Ulrich Lehmann  
Dipl. Betriebswirt (FH)  
Steuerberater

Weil im Schönbuch

Mandanten-Brief

der arbeitsfähig ist. Das Bundesarbeitsgericht hatte in einer jüngeren Entscheidung über die Voraussetzungen der Entgeltfortzahlung in einem Freistellungszeitraum zu befinden.

### **Entscheidung**

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Arbeitnehmer und Arbeitgeber hatten sich im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses dergestalt verglichen, dass das Arbeitsverhältnis zum 31.3.2004 sein Ende finden sollte. Ab dem 15.12.2003 sollte der Arbeitnehmer bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses von der Arbeitsleistung freigestellt sein. Das Arbeitsverhältnis sollte im Übrigen bis zum Beendigungstermin ordnungsgemäß abgerechnet werden. Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vergleichs war der Arbeitnehmer bereits mehr als sechs Wochen arbeitsunfähig krankgeschrieben. Der Arbeitnehmer behauptete nun, er sei ab dem 15.12.2003 wieder arbeitsfähig gewesen. Durch ärztliches Attest nachgewiesen wurde die Arbeitsfähigkeit aber tatsächlich erst ab dem 26.1.2004. Der Arbeitgeber zahlte daher für Dezember 2003 kein und für Januar 2004 nur ein anteiliges Gehalt ab dem 26.1.2004. Mit seiner Zahlungsklage machte der Kläger den Arbeitslohn für den Zeitraum zwischen dem 15.12.2003 und dem 25.1.2004 geltend und unterlag vor dem Bundesarbeitsgericht. Dabei führte das Bundesarbeitsgericht aus, dass die Freistellungsabrede aus dem Vergleich lediglich die Arbeitspflicht des Klägers entfallen lasse, sie wirke aber nicht als eine Vereinbarung, die den Arbeitgeber über die gesetzlichen Vorgaben hinaus verpflichtete. Daher sei der Arbeitgeber erst mit dem Eintritt der Arbeitsfähigkeit wieder zur Lohnzahlung verpflichtet. Da die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanzen nicht ausreichten, um endgültig zu klären, ob der Arbeitnehmer nicht doch bereits am 15.12.2003 arbeitsfähig gewesen ist, verwies das Bundesarbeitsgericht die Entscheidung zur weiteren Tatsachenfeststellung an die Vorinstanz zurück.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zeigt, dass die gesetzlichen Regelungen des Entgeltfortzahlungsgesetzes auch im Freistellungszeitraum greifen. Insbesondere muss der Arbeitnehmer auch im Freistellungszeitraum seine wiedererlangte Arbeitsfähigkeit gegenüber dem Arbeitgeber nachweisen, um seine Lohnzahlungsansprüche wieder aufleben zu lassen.



## 11. Keine erweiterte Gewerbeertragskürzung für Zinseinkünfte

### Kernproblem

Erzielt ein Grundstücksunternehmen Zinseinkünfte aus der Anlage von Mieterträgen, so handelt es sich um Erträge aus der Nutzung von Kapitalvermögen, die nicht von der erweiterten Kürzung des Gewerbeertrags nach [§ 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG](#) erfasst werden. Das gilt auch für Zinsen aus der Anlage von Mieten, die ein Mieter unter Vorbehalt gezahlt hat und mit deren Rückzahlung aufgrund eines für die Vergangenheit ergangenen Zivilgerichtsurteils gerechnet werden muss. Die von der Herausgabepflicht nach [§ 818 BGB](#) bedrohten Zinserträge sind jedoch um Betriebsausgaben in Höhe der wegen der möglichen Zinszahlungsverpflichtung vorgenommenen Zuführung zu den Rückstellungen zu kürzen.

### Sachverhalt

Gegenstand des Unternehmens der Klägerin sind der Erwerb, die Verwaltung und Vermietung von Grundstücken und Erbbaurechten und deren Bebauung. Die Klägerin ist u. a. Eigentümerin eines in einem Industriepark gelegenen Einkaufsmarktes, den sie anderweitig vermietet hat. Ab 1989 zahlte die Mieterin einen Teil des Nutzungsentgelts ausdrücklich unter dem Vorbehalt der Rückforderung. 1992 verurteilte das OLG die Klägerin wegen ungerechtfertigter Bereicherung zur Rückzahlung von rd. 2 Mio. DM nebst 8 % Zinsen seit Rechtshängigkeit für 1989. Wegen weiterer anhängiger Klagen drohte der Klägerin Ende 1992 neben der Rückzahlung der Vorbehaltszahlungen in Höhe von rd. 8 Mio. DM die Erstattung von Zinsen hierauf in Höhe von rd. 2 Mio. DM. Für die Folgejahre drohten ihr weitere Zinszahlungsverpflichtungen. In den Bilanzen der Jahre 1989 bis 1997 bildete die Klägerin deswegen Rückstellungen. In den Jahren 1993-1995 legte sie die Vorbehaltszahlungen der Mieterin auf Festgeldkonten an und erzielte Zinserträge in Höhe von rd. 2 Mio. DM. 1994 hob der BGH die Entscheidung des OLG auf, Mitte 1997 wurde der Rechtsstreit mit der Mieterin durch einen Vergleich beendet; danach verblieben der Klägerin die bisherigen Vorbehaltszahlungen endgültig. Die Klägerin hat die Zinserträge in den Jahresabschlüssen gesondert ausgewiesen. Sie beantragte in ihrer Gewerbebesteuererklärung die Einbeziehung dieser Zinserträge bis zum Vergleichsabschluss in die Gewerbebesteuerkürzung nach [§ 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG](#). Der erklärte Gewerbeertrag der Klägerin belief sich dadurch auf jeweils 0 DM. Die Einbeziehung lehnte das beklagte Finanzamt ab. Einspruch und Klage blieben ohne Erfolg. Die Revision der Klägerin war begründet.



### **Entscheidung**

Der BFH stellte fest, dass die Sache nicht entscheidungsreif war, weil die Vorinstanz keine Feststellungen dazu getroffen hatte, in welcher Höhe die Klägerin Rückstellungen wegen drohender Zinszahlungen gebildet hatte. Das Gericht führte in der Sache weiterhin aus, dass die erweiterte Kürzung nach [§ 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG](#) nur für den Teil des Gewerbeertrags in Anspruch genommen werden kann, der "auf die Verwaltung und Nutzung des eigenen Grundbesitzes entfällt". Diese Voraussetzung war im Streitfall indes nicht erfüllt, weil sich die Zinsen als Erträge aus der Nutzung von Kapitalvermögen darstellten. Dass Zinserträge nicht von der erweiterten Kürzung des Gewerbeertrags erfasst werden, gilt unabhängig davon, welche objektiven Sachzwänge oder subjektiven Gründe der Kapitalanlage zugrunde liegen. Dementsprechend hat die Rechtsprechung die Einbeziehung von Zinsen in die erweiterte Kürzung auch dann abgelehnt, wenn die Einkünfte aus der Anlage vereinnahmter Mietüberschüsse resultieren und die Anlage vorgenommen worden ist, um Grundstücksdarlehen tilgen zu können, oder wenn Zinsen aus einem Guthaben herrühren, das der Bestreitung regelmäßig wiederkehrender oder einmaliger Aufwendungen für die Erhaltung des Grundbesitzes dient. Die Einbeziehung ließ sich im Streitfall auch nicht damit rechtfertigen, dass die Zinsen aus der Anlage von Mietzahlungen herrührten, die die Mieterin unter Vorbehalt geleistet und auf deren Rückzahlung sie die Klägerin verklagt hatte: auch die unter Vorbehalt gezahlten Mieten wurden bei ihrem Eingang auf dem Bankkonto der Klägerin Kapitalvermögen. Bei der verzinslichen Anlage der Mieterträge handelt es sich - unter dem Blickwinkel des Teilgewerbeertrags "Nutzung eigenen Grundbesitzes" - um Einkommensverwendung. Des Weiteren waren die streitigen Zinseinnahmen entgegen der Ansicht des Beklagten um Betriebsausgaben in Höhe der wegen der möglichen Zinszahlungsverpflichtung vorgenommenen Zuführung zu den Rückstellungen ([§ 249 Abs. 1 HGB](#)) zu kürzen.

### **Konsequenz**

Zinseinkünfte eines Grundstücksunternehmens aus der Anlage von Mieterträgen werden nicht von der erweiterten Kürzung des Gewerbeertrages nach [§ 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG](#) erfasst; es handelt sich insoweit um Erträge aus der Nutzung von Kapitalvermögen.



## 12. **Sponsoring als wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb steuerpflichtig**

### **Kernproblem**

Für einen gemeinnützigen Verein ist es regelmäßig bedeutsam, ob etwaige Sponsorengelder steuerfrei oder steuerpflichtig sind. So sind sog. Duldungsleistungen bzw. Höflichkeitsgesten als Bestandteil der Vermögensverwaltung ertragsteuerfrei; die Leistungen unterliegen dem ermäßigten Umsatzsteuersatz. Bei konkreten Gegenleistungen - klassischer Werbung - liegt dagegen ein voll steuerpflichtiger wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb vor, der dem umsatzsteuerlichen Regelsatz unterliegt. Die Abgrenzung ist regelmäßig schwierig.

### **Urteil**

Nach Auffassung des BFH sind Sponsorengelder an einen gemeinnützigen Sportverein körperschaftsteuerpflichtig, wenn der Verein dem Sponsor im Gegenzug das Recht einräumt, in der Vereinszeitung Werbeanzeigen zu schalten, einschlägige sponsorbezogene Themen darzustellen und bei Veranstaltungen die Vereinsmitglieder über diese Themen zu informieren. Konsequenterweise unterliegen diese Leistungen dann auch dem umsatzsteuerlichen Regelsatz von derzeit 19 %. Der Verein hat die Werbeleistungen aktiv bewirkt. Er hat dem Unternehmen die Möglichkeit eingeräumt, in seiner Zeitung nicht nur Anzeigen zu schalten, sondern auch in Artikeln die eigenen Produkte zu bewerben. Die Grenze der Duldung - Hinweis auf die Sponsorenschaft - bzw. der Höflichkeitsgeste - "Wir danken unseren Sponsoren" - ist bereits überschritten worden.

### **Konsequenz**

Der Bundesfinanzhof liegt mit diesem Urteil auf seiner bisherigen Linie. Jeder Verein hat weiterhin anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu entscheiden, ob die Sponsoringeinnahmen steuerfrei oder steuerpflichtig vereinnahmt werden können. Zur Reduzierung des umsatzsteuerlichen Risikos kann es angebracht sein, entsprechende Steuerklauseln in den Sponsoringvertrag aufzunehmen. Die Entscheidung wird eine besondere Bedeutung für das sog. Verwaltungssponsoring haben. Danach stellt der Sponsor einer öffentlichen Einrichtung Geld- oder Sachleistungen zur Verfügung. Wechselseitig macht die Einrichtung auf die Förderung durch den Sponsor aufmerksam und ermöglicht dem Sponsor Werbemaßnahmen.





### 13. **Steuerpflichtige Umsätze durch Gutachtertätigkeit zur Feststellung der Pflegebedürftigkeit anderer Personen**

#### **Kernproblem**

Erstellt eine Krankenschwester im Auftrag des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung für Zwecke der Pflegebedürftigkeit der Versicherten Gutachten, ist die Tätigkeit nicht nach [§ 4 Nr. 14 UStG](#) umsatzsteuerfrei.

#### **Sachverhalt**

Die Klägerin, eine ausgebildete Krankenschwester mit einer Zusatzausbildung für medizinische Gutachtertätigkeit, erstellte im Streitjahr im Auftrag des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung (MDK) für Zwecke der Pflegeversicherung Gutachten zur Feststellung von Art und Umfang der Pflegebedürftigkeit von Versicherten. Die Klägerin behandelte die Umsätze aus dieser Tätigkeit als steuerfrei nach [§ 4 Nr. 14 UStG](#). Dem folgte das beklagte Finanzamt nicht und schätzte die Vorsteuer aufgrund der Einnahmen-Überschuss-Rechnung der Klägerin. Den Einspruch gegen den Steuerbescheid wies die Beklagte zurück.

Die hiergegen eingelegte Klage wurde als unbegründet abgewiesen. Der Senat hat die Revision zugelassen, da in der Literatur die Ansicht vertreten wird, dass es der Grundsatz der steuerlichen Neutralität verbiete, die Erstellung von Gutachten durch nicht angestellte Fachkräfte und durch angestellte Fachkräfte bei der Mehrwertsteuererhebung unterschiedlich zu behandeln.

#### **Entscheidung**

Die Leistungen, die die Klägerin durch das Erstellen von Gutachten gegenüber dem MDK erbracht hat, sind nicht steuerfrei. Nach [§ 4 Nr. 14 UStG](#) sind unter anderem die Umsätze aus einer heilberuflichen Tätigkeit nicht umsatzsteuerpflichtig. Gemäß dem Grundsatz, dass sämtliche Begriffe, mit denen Steuerbefreiungen umschrieben werden, eng auszulegen sind, müssen indes Leistungen, die keinem therapeutischen Ziel dienen, vom Anwendungsbereich der Vorschrift ausgeschlossen sein und unterliegen somit der Umsatzsteuer. Das Ziel einer ärztlichen Leistung ist mithin ausschlaggebend für die Befreiung von der Umsatzsteuer. Hauptzweck des Gutachtens der Klägerin war es aber, dem MDK eine Entscheidung darüber zu ermöglichen, in welche Pflegestufe die begutachtete Person einzustufen ist. Primäres Ziel der Tätigkeit war damit nicht der Schutz einschließlich der Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung der Gesundheit des Versicherten. Dem Leistungsverhältnis zwischen der Klägerin und dem MDK lag deshalb auch keine Tätigkeit im Zusammenhang mit einer Heilbehandlung zugrunde, denn das Gutachten wurde unab-



hängig davon erbracht, ob die versicherte Person sich bereits in ärztlicher Behandlung befand.

### **Konsequenz**

Das Finanzgericht stellt klar, dass eine Gutachtertätigkeit zur Feststellung der Pflegebedürftigkeit versicherter Personen nur dann von der Umsatzsteuer befreit ist, wenn die Erstellung des Gutachtens im unmittelbaren Zusammenhang mit einer heilberuflichen Behandlung steht und die medizinische Betreuung Hauptanlass des Tätigwerdens ist. Primärer Zweck solcher Gutachten ist es aber in der Regel, einem Dritten - hier dem MDK - den Erlass einer Entscheidung zu ermöglichen, die dem Betroffenen gegenüber Rechtswirkungen erzeugt.

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

### **1. Vorsteuerberichtigung für Umlaufvermögen**

#### **Einführung**

[§ 15a UStG](#) dient in der Systematik des [UStG](#) der Korrektur des Vorsteuerabzugs. Diese wird notwendig, wenn sich die Verhältnisse ändern, die im Zeitpunkt des Leistungsbezugs für den Vorsteuerabzug maßgebend waren. Zum 1.1.2005 wurde die Vorschrift an die [6. EG-Richtlinie](#) angepasst. U. a. erfolgte eine Erweiterung des Anwendungsbereichs auf Umlaufvermögen.

#### **Fall**

Ein Landwirt wechselte zu Beginn des Jahres 2003 zur Regelbesteuerung. Für Saatgut und Dünger, die er im Vorjahr ohne Vorsteuerabzug angeschafft hatte, beantragte er die Korrektur der Vorsteuer zu seinen Gunsten nach [§ 15a UStG](#).

#### **Neues Urteil**

Das Niedersächsische FG kommt zu dem Ergebnis, dass der Steuerpflichtige sich zu seinen Gunsten auf die [6. EG-Richtlinie](#) berufen kann.

#### **Konsequenz**

Unternehmer, die vor dem 1.1.2005 die Möglichkeit hatten, zu ihren Gunsten von [§ 15a UStG](#) Gebrauch zu machen, sollten prüfen, ob für sie nicht auch eine Korrektur bzgl. des Umlaufvermögens (z. B. Warenbestand) in Betracht kommt. Typische Fallkonstellationen, in denen eine Korrektur zugunsten des Unternehmers in Frage kommt, sind neben dem dargestellten Fall z. B.:



- relative Steigerung der zum Vorsteuerabzug berechtigenden Umsätze,
- relative Minderung der nicht zum Vorsteuerabzug berechtigenden Umsätze,
- Wechsel vom Kleinunternehmer zum regelbesteuerten Unternehmer.

## 2. Ort der Lieferung bei Kauf auf Probe

### **Einführung**

Lieferungen werden i. d. R. dort ausgeführt, wo die Beförderung oder Versendung beginnt. Fehlt es an einer Beförderung bzw. Versendung, erfolgt die Ausführung der Lieferung dort, wo sich der Gegenstand zur Zeit der Verschaffung der Verfügungsmacht befindet.

### **Fall**

Ein Unternehmen in den USA versendete über ein Verteilzentrum in der Schweiz Waren nach Deutschland. Die Besteller in Deutschland konnten vor Ablauf der Zahlungsfrist die Waren zurücksenden, ohne eine Verpflichtung einzugehen. Aufgrund des geringen Warenwertes pro Paket wurde die Verbringung der Waren zoll- und einfuhrumsatzsteuerfrei belassen. Im Gegensatz zum Unternehmen vertrat das Finanzamt die Auffassung, dass die Lieferungen in Deutschland steuerbar sind, da es sich um einen Kauf auf Probe handele.

### **Neues Urteil**

Nach Ansicht des BFH lag bei Versendung der Waren noch kein Leistungsaustausch vor. Zur Begründung verweist der BFH darauf, dass erst mit Billigung der Waren durch den Kunden ein Zusammenhang zwischen Lieferung und Kaufpreiszahlung entstehe. Daher liegt der Ort der Lieferung in Deutschland und ist hier der Umsatzsteuer zu unterwerfen.

### **Konsequenz**

Umsatzsteuerlich ist zwischen dem Kauf auf Probe und dem Kauf mit Rückgaberecht zu differenzieren. Beim Kauf auf Probe wird die Lieferung im Zeitpunkt der Billigung bzw. Kaufpreiszahlung ausgeführt. Beim Kauf mit Rückgaberecht erfolgt die Ausführung der Lieferung mit Zusendung. Die umsatzsteuerliche Erfassung ist damit abhängig von der Ausgestaltung der vertraglichen Rückgabemodalitäten.



### 3. **Hinweispflicht der Rechtsanwälte auf Mandatsbeziehungen zum Gegner**

#### **Kernproblem**

Wird eine Anwaltssozietät häufig von dem Gegner der Partei, die ihr ein neues Mandat anträgt, beauftragt, so muss sie auch dann auf diesen Umstand hinweisen, wenn ein tatsächlicher oder rechtlicher Zusammenhang mit den vom Gegner erteilten Aufträgen nicht besteht. Ist der Anwalt von Anfang an nicht bereit, den Mandanten auch gerichtlich gegenüber dem Gegner zu vertreten, so hat er dies ungefragt zu offenbaren. Steht fest, dass der Anwalt seine vorvertragliche Aufklärungspflicht über Mandatsbeziehungen seiner Sozietät zum Gegner der Partei oder über Grenzen seiner Vertretungsbereitschaft verletzt hat, so spricht der Beweis des ersten Anscheins dafür, dass das Mandat nicht erteilt worden wäre, wenn der Mandant das Auftragsverhältnis alsbald nach entsprechender Kenntnis beendet.

#### **Sachverhalt**

Der beklagte Anwalt hatte die Klägerin außergerichtlich gegen eine Großbank vertreten und dafür ein Stundenhonorar in Höhe von 500 EUR netto verlangt und auch erhalten. Als die Klägerin ihn beauftragte, gegen die Bank zu klagen, schrieb ihr der Beklagte, er könne dies nicht, weil sein Sozius die Bank regelmäßig vor Gericht vertrete und er "den stärksten Umsatzbringer" nicht vergraulen wolle. Die Klägerin kündigte das Mandat sofort und verlangte Schadensersatz. Das Oberlandesgericht hat wie zuvor das Landgericht die Klage abgewiesen, weil der Beklagte die Bank nicht gegen die Klägerin vertreten habe, also keinen Parteiverrat begangen habe. Auf die Revision der Klägerin hob der BGH das Urteil auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurück an das Berufungsgericht, weil der wirkliche Grund der Weigerung, für die Klägerin tätig zu werden, sowie die Schadenshöhe streitig waren.

#### **Entscheidung**

In seinem Grundsatzurteil stellt der BGH klar, dass die Wahrnehmung anwaltlicher Aufgaben einen unabhängigen, verschwiegenen und nur den Interessen des eigenen Mandanten verpflichteten Rechtsanwalt voraussetzt. Jegliche Umstände, die Zweifel an der Unabhängigkeit des Anwalts begründen können, habe dieser offenzulegen. Häufige Mandatsbeziehungen zum Gegner sind offenbarungspflichtig, weil sie zu besonderer Identifikation mit dessen Angelegenheiten und zu wirtschaftlicher Abhängigkeit führen können. Ist der Anwalt aus Rücksicht auf den Gegner von vornherein nicht bereit, einen Rechtsstreit zu führen, hat er erst recht darauf hinzuweisen, damit der Auftraggeber entscheiden kann, ob er diesen oder doch einen anderen Anwalt beauftragen will.



---

### **Konsequenz**

Unterlässt es der Rechtsanwalt, auf Mandatsbeziehungen zum Gegner der von ihm vertretenen Partei hinzuweisen, kann er zur Rückzahlung des erhaltenen Honorars verpflichtet sein.

#### **4. Anfechtung eines Aufhebungsvertrags wegen Drohung mit fristloser Kündigung trotz Bedenkzeit**

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

Verträge zur Aufhebung eines Arbeitsverhältnisses werden häufig in solchen Situationen abgeschlossen, in denen die Rechtslage einer Kündigung unsicher ist, das Arbeitsverhältnis aber in jedem Fall beendet werden soll. Diese Konstellation tritt regelmäßig dann auf, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer fristlos entlassen will, da die arbeitsrechtlichen Anforderungen an die Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung sehr hoch sind. Gleichzeitig verhält es sich oftmals so, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer vor die Alternative stellt, entweder den Aufhebungsvertrag zu unterzeichnen oder die fristlose Kündigung zu erhalten. Da Aufhebungsverträge ihrerseits nach den allgemeinen Regelungen für Willenserklärung und Rechtsgeschäfte anfechtbar sind, kommt es vor, dass der Arbeitnehmer, der den Aufhebungsvertrag vor der Alternative der fristlosen Kündigung unterschrieben hat, den Aufhebungsvertrag im Nachhinein wegen widerrechtlicher Drohung anfechtet. Das Bundesarbeitsgericht hatte in einer jüngeren Entscheidung über die Anfechtbarkeit eines Aufhebungsvertrags, der unter Androhung einer fristlosen Kündigung, aber nach Bedenkzeit zu erheblich verbesserten Konditionen zustande gekommen war, zu entscheiden.

##### **Entscheidung**

Ein angestellter Rechtsanwalt hatte unter Verstoß gegen eine interne Kanzleiorder einen Artikel veröffentlicht, der geeignet war, den Interessen von Klienten der Kanzlei, auf die diese sich spezialisiert hatte, zuwiderzulaufen, wobei nicht abschließend feststand, ob die entsprechende Kanzleiorder bereits bekannt war. Die Kanzlei sah hierin einen so erheblichen Verstoß gegen die internen Verhaltensanweisungen und Vertrauensmissbrauch, dass sie den Rechtsanwalt vor die Wahl stellte, entweder einen Aufhebungsvertrag zu unterzeichnen oder die fristlose Kündigung zu erhalten. Allerdings gab sie dem Rechtsanwalt für seine Entscheidung drei Tage Bedenkzeit. Innerhalb dieser Bedenkzeit wurde der Aufhebungsvertrag deutlich nachverhandelt (insbesondere bessere Abfindung und Benotung) und schließlich abgeschlossen. Elf Monate später erhob der Rechtsanwalt Klage, mit der er die Anfechtung des Aufhebungsvertrags erklärte und Weiterbeschäftigung verlangte. Nachdem die Vorinstanz dem Kläger Recht gegeben hatte, hob das Bundesarbeitsgericht diese Entscheidung auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung



an die Vorinstanz zurück. Das Bundesarbeitsgericht führte dabei aus, dass die Androhung der fristlosen Kündigung zwar grundsätzlich eine zur Anfechtung berechtigende Drohung darstelle, diese Drohung müsse aus Anfechtungsgesichtspunkten aber auch widerrechtlich gewesen sein. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn ein verständiger Arbeitgeber eine fristlose Kündigung nicht in Betracht gezogen hätte. Ob ein verständiger Arbeitgeber in diesem Fall auf keinen Fall an eine fristlose Kündigung gedacht hätte, könne aber nicht abschließend entschieden werden, weil hierzu noch weitere Tatsachenfeststellungen erforderlich seien. Allerdings sei die mögliche Widerrechtlichkeit der Drohung mit der fristlosen Kündigung nicht alleine deshalb ausgeschlossen, weil dem Kläger Bedenkzeit eingeräumt worden war. Gleichzeitig könnte aber im Rahmen einer endgültigen Entscheidung zu berücksichtigen sein, dass die Konditionen des Aufhebungsvertrags erheblich zugunsten des Klägers nachverhandelt worden seien.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung verdeutlicht einmal mehr den Einzelfallcharakter, den Entscheidungen von Arbeitsgerichten im Bereich der fristlosen Kündigung besitzen. Festzuhalten bleibt, dass man den Aufhebungsvertrag, der eine fristlose Kündigung "ersetzen" soll, nicht alleine dadurch vor der Anfechtung sicher macht, dass man dem Arbeitgeber Bedenkzeit gibt. Wenn überhaupt, dann wird man den Aufhebungsvertrag nachbessern müssen, um das Anfechtungsrisiko zu minimieren.

## **5. Zu den Aufklärungspflichten bei einem Betriebsübergang**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Das Arbeitsrecht sieht für den Fall des Übergangs eines Betriebs oder Teilbetriebs vom bisherigen auf einen neuen Arbeitgeber diverse die Arbeitnehmer schützende Regelungen vor. Zentrale Norm ist [§ 613a BGB](#). Beispielsweise können die Konditionen der Arbeitsverhältnisse für ein Jahr nach Betriebsübergang regelmäßig nicht geändert werden, die übergehenden Arbeitnehmer genießen Bestandsschutz. Auch Kündigungen wegen des Betriebsübergangs sind per se unzulässig. In der jüngeren Rechtsprechung besonders bedeutsam geworden sind aber die gesetzlich vorgesehenen Unterrichtungspflichten, die den alten und neuen Arbeitgeber gegenüber den Arbeitnehmern im Hinblick auf den Betriebsübergang treffen. Diese Informationspflichten sind deshalb bedeutsam, weil ein Verstoß hiergegen regelmäßig zu der Annahme führt, dem Arbeitnehmer sei die ihm gesetzlich zustehende Möglichkeit genommen worden, dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses zu widersprechen und beim ursprünglichen Arbeitgeber angestellt zu bleiben. Rechtsfolge ist, dass die so unzureichend informierten Arbeitnehmer sogar nach Jahren noch einen Weiterbeschäftigungsanspruch gegen den alten Arbeitgeber





Ulrich Lehmann  
Dipl. Betriebswirt (FH)  
Steuerberater

Weil im Schönbuch

Mandanten-Brief

geltend machen können. Das Bundesarbeitsgericht hat nunmehr in einer jüngeren Entscheidung die Informationspflichten gegenüber den Arbeitnehmern bei Betriebsübergang näher konkretisiert.

### **Entscheidung**

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Ursprungsbetrieb (Herstellung von Fertigbauteilen) sollte wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten geschlossen werden. Der alte Arbeitgeber hatte sogar bereits Teile eines Sozialplans - unter anderem die Abfindungen - mit dem Betriebsrat ausgehandelt, bis der alte Arbeitgeber die Verhandlungen abbrach und mitteilte, ein anderes Unternehmen wolle den Betrieb übernehmen. Es kam zum Betriebsübergang, dem der Kläger nicht widersprach, wobei den Arbeitnehmern aber nicht mitgeteilt wurde, dass der neue Arbeitgeber nur Teile des Anlagevermögens sowie die Vorräte und halbfertigen Arbeiten übernahm. Insbesondere das Betriebsgrundstück wurde nicht auf den neuen Arbeitgeber, sondern anderweitig übertragen. Nachdem der neue Arbeitgeber in Insolvenz geraten war, wurde das Arbeitsverhältnis des Klägers mit dem neuen Arbeitgeber gekündigt. Nachdem sich der Kläger mit dem neuen Arbeitgeber in einem Kündigungsschutzprozess verglichen hatte, verklagte er seinen alten Arbeitgeber und verlangte Schadensersatz in Höhe der Sozialplanabfindung, weil er dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprochen hätte, wenn er darüber unterrichtet gewesen wäre, dass das Betriebsgrundstück nicht Teil des Betriebsübergangs wurde. Zwar unterlag der Kläger, weil der Sozialplan nicht wirksam zustande gekommen war und für andere finanzielle Ausgleichsansprüche ebenfalls einzelne Tatbestandsvoraussetzungen fehlten, grundsätzlich führte das Bundesarbeitsgericht aber aus, dass ein Schadensersatzanspruch wegen mangelhafter Unterrichtung der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang dem Grunde nach möglich gewesen wäre, weil die Arbeitgeber insbesondere auch darüber unterrichten mussten, dass das Betriebsgrundstück aus dem Betriebsübergang herausgelöst worden war.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung hat weitreichende Folgen, denn das Bundesarbeitsgericht verschärft die Anforderungen, die an die Information der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang gestellt werden, weiter. Aus der Entscheidung kann geschlossen werden, dass auch über die wirtschaftlichen und vertraglichen Rahmenbedingungen informiert werden muss. Aus dem Gesetz heraus ist diese Reichweite der Informationspflicht nicht zu entnehmen. Umso größer ist die Gefahr unzureichender Information und damit verbunden die Gefahren für die Arbeitgeber.



6. **Bei einer in verschiedene Ressorts unterteilten GmbH haben die jeweiligen Ressort-Geschäftsführer einen Informationsanspruch über ressortfremde Angelegenheiten**

**Kernproblem**

Hat eine GmbH mehrere Geschäftsführer und besteht zwischen diesen eine Ressortverteilung, so steht grundsätzlich jedem der Geschäftsführer das Recht auf Information über alle Angelegenheiten der Gesellschaft zu, und zwar auch über diejenigen, die allein das Ressort eines Mitgeschäftsführers betreffen. Das Informationsrecht eines Geschäftsführers wird in unzulässiger Weise eingeschränkt, wenn die Gesellschaft ihm vorschreibt, Auskünfte und Unterlagen, die zum Ressort eines anderen Geschäftsführers gehören, sich ausschließlich von diesem Mitgeschäftsführer, nicht aber von anderen Mitarbeitern der Gesellschaft geben zu lassen. Stört einer der Geschäftsführer durch die Art und Weise, wie er Mitarbeiter der Gesellschaft um Informationen über das Ressort eines Mitgeschäftsführers ersucht, auf Dauer den Betriebsfrieden, so ist die Gesellschaft nicht berechtigt, ihm jegliche Kommunikation mit den Mitarbeitern zu untersagen. Vielmehr steht ihr in diesem Fall als Mittel zur Wiederherstellung des Betriebsfriedens grundsätzlich nur die Möglichkeit offen, den Geschäftsführer von seinem Amt abuberufen.

**Sachverhalt**

Der Verfügungskläger und der Verfügungsbeklagte sind beide Geschäftsführer einer GmbH und untereinander zerstritten. In einer Vereinbarung aus dem Jahr 2006 haben sie unter Abänderung des Gesellschaftsvertrags und des Geschäftsführeranstellungsvertrags des Verfügungsklägers vereinbart, dass die operative Geschäftsführung allein dem Verfügungsbeklagten zustehe und der Verfügungskläger als Geschäftsführer auf den repräsentativen Bereich beschränkt sei. Der Verfügungsbeklagte hat sodann die Mitarbeiter der Gesellschaft angewiesen, dem Verfügungskläger auf dessen Anforderung keine Informationen über Angelegenheiten der Gesellschaft zu erteilen, und hat diesen aufgrund entsprechenden Gesellschafterbeschlusses abgemahnt mit der Aufforderung, die unmittelbare Kommunikation mit den Mitarbeitern zu unterlassen. Der Verfügungskläger verlangte die Aufhebung der Weisung; der Antrag im einstweiligen Rechtsschutzverfahren hatte Erfolg.

**Entscheidung**

Der Verfügungskläger hat einen Anspruch darauf, dass ihm die uneingeschränkte Informationsmöglichkeit über die Tätigkeit der GmbH gewährt wird. Der Anspruch ist Ausfluss seines Geschäftsführeramts. Ein Geschäftsführer hat gegen die GmbH, für die er tätig ist, Anspruch auf sachgerechte Unterrichtung über alle Angelegenheiten des Unternehmens einschließlich der Einsicht in die Buchführung der Gesellschaft. Das



gilt ebenso, wenn zwischen mehreren Geschäftsführern eine Ressortverteilung besteht. Auch in einem solchen Fall kann jeder der Mitgeschäftsführer Auskunft über alle Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen, einschließlich derjenigen, die nicht zu seinem eigenen Ressort gehören. Insofern gilt für alle Geschäftsführer das Prinzip: "Jeder darf alles wissen und jeder hat Anspruch darauf, über alles informiert zu werden." Dieses Informationsrecht folgt notwendigerweise daraus, dass selbst der nur für ein bestimmtes Ressort verantwortliche Geschäftsführer eine unverzichtbare Gesamtverantwortung für die Gesellschaft trägt und dementsprechend verpflichtet ist, die Tätigkeit seiner Mitgeschäftsführer zu überwachen. Selbst einem ressortlosen Geschäftsführer (sog. Zölibatsgeschäftsführer) verbleiben diese Überwachungspflichten und damit auch die entsprechenden Informationsrechte.

### **Konsequenz**

Die Pflichten eines Geschäftsführers können durch eine Aufteilung von Zuständigkeiten zwischen mehreren Mitgeschäftsführern jedenfalls hinsichtlich eines Kernbereichs nicht abbedungen werden.

## **7. Bundesgerichtshof entscheidet über Prospekthaftung eines Wirtschaftsprüfers**

### **Kernproblem**

Nur wenn der Kapitalanleger seine Anlageentscheidung auf das Gutachten des Wirtschaftsprüfers stützt, der das Emissionsprospekt geprüft hat, kann er ihn auf Schadensersatz in Anspruch nehmen. Unerlässlich ist dabei, dass sich der Anleger das Prospektprüfungsgutachten vor seiner Anlageentscheidung aushändigen lässt und auf die dort enthaltenen Angaben vertraut hat.

### **Sachverhalt**

Der Kläger zeichnete im Herbst 2000 ein Kommanditeinlage über 200.000 DM zuzüglich 10.000 DM Agio an dem Filmfonds V. KG. Die Fondsgesellschaft geriet im Jahr 2002 im Zusammenhang mit der Insolvenz der Produktionsdienstleisterin in eine wirtschaftliche Schieflage. Es stellte sich heraus, dass an die Produktionsdienstleisterin überwiesene Gelder nicht zurückzuerlangen waren und Erlösausfallversicherungen für aufgenommene Produktionen nicht abgeschlossen waren. Wegen behaupteter Mängel des Prospekts begehrt der Kläger Rückzahlung des eingezahlten Betrags von 107.371,30 EUR nebst Zinsen. Er nimmt den beklagten Wirtschaftsprüfer neben anderen wegen behaupteter Fehler bei der ihm aufgetragenen Prüfung des Prospekts in Anspruch. Die Klage hatte in den Vorinstanzen keinen Erfolg, auch der BGH hat die gegen die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft gerichtete Klage abgewiesen.



### **Entscheidung**

Der BGH hat die Haftung einer mit der Erstellung des Prospektprüfungsgutachtens betrauten Wirtschaftsprüfungsgesellschaft nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter für möglich gehalten, wenn sich der Anleger das Prospektprüfungsgutachten hat aushändigen lassen. Er hat die Inanspruchnahme des Wirtschaftsprüfers hingegen verneint, wenn der Anleger nur darauf vertraut hat, dass seinem Vermittler der Inhalt des Prüfungsberichts bekannt sei und dieser ihn über etwaige Unzulänglichkeiten des Prospekts aufklären würde, falls Beanstandungen in dem Gutachten enthalten seien. Der Kläger hat sich das Prospektprüfungsgutachten nicht vor seiner Anlageentscheidung aushändigen lassen und kann eine Haftung des Beklagten deshalb auch nicht mit dem Vortrag begründen, der Mitarbeiter eines ebenfalls in Anspruch genommenen weiteren Beklagten habe ihm die Beteiligung empfohlen und er habe auf die im Prospektprüfungsgutachten enthaltenen Angaben vertraut; er habe sich bei dem Berater nach dem Gutachten erkundigt und dieser habe insoweit keine negativen Ausführungen gemacht. Der BGH hat darauf abgestellt, was zu dem Prospektprüfungsgutachten - für alle Anleger lesbar - in dem Prospekt verlautbart worden ist. Wenn es dort heißt, dass "der Bericht nach Fertigstellung den von den Vertriebspartnern vorgeschlagenen ernsthaften Interessenten auf Anforderung zur Verfügung gestellt" werde, kann der Anleger den Drittschutz grundsätzlich nur dann in Anspruch nehmen, wenn er das Gutachten für seine Zwecke anfordert und es auf diese Weise zur Grundlage seiner Entscheidung macht.

### **Konsequenz**

Grundsätzlich können auch Anleger als vertragsfremde Dritte die Verletzung eines Prospektprüfungsvertrags gegen den prüfenden Wirtschaftsprüfer geltend machen. Die Schutzwirkung zugunsten Dritter greift aber nur dann ein, wenn der Anleger durch Aushändigung von dem Gutachten des Wirtschaftsprüfers Gebrauch macht und hierdurch sein Vertrauen erzeugt und auf seinen Willensentschluss Einfluss genommen wird.



## 8. Haftung des Geschäftsführers einer GmbH wegen Steuerhinterziehung

### Einführung

Nach der gesetzlichen Vorgabe haftet derjenige, der eine Steuerhinterziehung begeht, für die verkürzten Steuern und die zu Unrecht gewährten Steuervorteile sowie für die Zinsen. Der Antragsteller war Geschäftsführer und Mitgesellschafter einer GmbH. Im Jahr 2003 veräußerten die Gesellschafter ihre Geschäftsanteile. Anschließend wurde der Sitz der Gesellschaft verlegt. Durch rechtskräftige Abweisung eines Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse wurde die GmbH aufgelöst und im Jahr 2005 von Amts wegen im Handelsregister gelöscht. Mit Strafbefehl aus dem Jahr 2004 wurde gegen den Antragsteller als Geschäftsführer der GmbH wegen Hinterziehung von Umsatzsteuer zugunsten der GmbH eine Geldstrafe von 4.500 EUR festgesetzt. Es wurde festgestellt, dass er als Geschäftsführer es unterlassen habe, die Umsatzsteuererklärung 2000 rechtzeitig abzugeben, und eine viel zu niedrige Schätzung des Finanzamts hingenommen habe. Hierbei wurden ca. 41.000 EUR verkürzte Steuern als strafbefangen behandelt. Ein weiteres Steuerstrafverfahren gegen den Antragsteller wegen Hinterziehung von Umsatzsteuer 1997 wurde gegen Auflage eingestellt ([§ 153a StPO](#)). Mit Bescheid vom 13.6.2007 nahm das Finanzamt den Antragsteller für rückständige Umsatzsteuer 2000 nebst Zinsen sowie für rückständige Zinsen zur Umsatzsteuer 1997 der GmbH in Haftung. Über einen eingelegten Einspruch hat das Finanzamt noch nicht entschieden. Mit einer Verfügung hat das Finanzamt dem Antrag auf Aussetzung der Vollziehung teilweise entsprochen und den Antrag im Übrigen abgelehnt. Der abgelehnte Betrag entspricht dem strafbefangenen Teil der verkürzten Umsatzsteuer 2000 sowie der Zinsen. Den Antrag auf Aussetzung der Vollziehung hat auch das Finanzgericht abgelehnt. Bei der im Aussetzungsverfahren gebotenen und auch ausreichenden summarischen Beurteilung des Sachverhalts anhand präsenter Beweismittel bestünden keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheids. Das Finanzamt habe den Antragsteller zu Recht für Steuerschulden der GmbH in Anspruch genommen. Voraussetzung der Haftungsanspruchnahme sei zunächst die Feststellung des Vorliegens einer Steuerhinterziehung ([§ 370 AO](#)). Die Steuerhinterziehung müsse tatbestandsmäßig, rechtswidrig und vorsätzlich schuldhaft verwirklicht worden sein. Der objektive und subjektive Tatbestand der Steuerhinterziehung sei erfüllt. Der Antragsteller sei als langjähriger Geschäftsführer zur rechtzeitigen Abgabe wahrheitsgemäßer Umsatzsteuererklärungen verpflichtet gewesen ([§ 150 AO](#) i. V. m. [§ 18 Abs. 1 UStG](#)). Dieser Verpflichtung sei er wissentlich und willentlich nicht nachgekommen und habe die zu niedrige Schätzung des Finanzamts dadurch zumindest billigend in Kauf genommen. Hierbei macht sich das Fi-





Ulrich Lehmann  
Dipl. Betriebswirt (FH)  
Steuerberater

Weil im Schönbuch

Mandanten-Brief

nanzgericht die tatsächlichen Feststellungen, Beweiswürdigungen und rechtlichen Beurteilungen des rechtskräftig gewordenen Strafbefehls zu eigen. Der Antragsteller könne sich auch nicht darauf berufen, dass er auf die ordnungsgemäße Wahrnehmung der steuerlichen Pflichten seines früheren Steuerberaters vertraut habe. Denn hinsichtlich der Überlassung von Geschäftsführeraufgaben an Dritte bestehe die Pflicht des Geschäftsführers zur sorgfältigen Auswahl sowie laufender Überwachung des Dritten bei der Durchführung der ihm übertragenen Aufgaben. Jeder Geschäftsführer müsse sich so eingehend über den Geschäftsgang unterrichten, dass er unter normalen Umständen mit der ordnungsgemäßen Erledigung der Geschäfte rechnen und ein Fehlverhalten des Beauftragten erkennen könne. Entgegen der Auffassung des Antragstellers seien der Schaden des Fiskus und die Kausalität seines Handelns auch nicht deshalb zu verneinen, weil die GmbH schon im Zeitpunkt der gesetzlichen Fälligkeit der Umsatzsteuerschuld - möglicherweise - nicht mehr genügend Mittel zu deren Begleichung zur Verfügung hatte. Zwar sei auch bei dem Haftungstatbestand der Steuerhinterziehung für den Umfang der Haftung darauf abzustellen, inwieweit das strafrechtlich vorwerfbare Verhalten für den Steuerausfall ursächlich gewesen sei. Jedoch könne ein haftungsbegründender ursächlicher Zusammenhang zwischen der Verletzung der Steuererklärungspflicht und dem eingetretenen Steuerausfall (Haftungsschaden) auch dadurch begründet sein, dass durch die unrichtige Steuererklärung eine aussichtsreiche Vollstreckungsmöglichkeit des Finanzamts vereitelt worden ist. In Betracht komme auch, dass der aufgrund pflichtwidriger Nichtabgabe einer Umsatzsteuererklärung Haftende den Steuerschuldner schon zu einem früheren Zeitpunkt schuldhaft außerstande gesetzt hat, die vorhersehbare Steuerschuld tilgen zu können. In diesem Fall liege der maßgebliche Grund für den Steuerausfall nämlich nicht in der mangelnden Liquidität der Gesellschaft zum Fälligkeitszeitpunkt, sondern darin, dass durch die Abgabe einer unzutreffenden Steueranmeldung der Erfolg der vorsätzlichen Verschlechterung der Liquiditäts- und Vermögensverhältnisse der GmbH sichergestellt werden soll, wofür der Geschäftsführer der GmbH verantwortlich gemacht werden könne. So verhalte es sich im Streitfall. Denn aufgrund der Nichtabgabe der Umsatzsteuererklärung 2000 erfolgte eine deutlich zu niedrige Schätzung des Finanzamts. Bei fristgerechter Anmeldung hätte die GmbH die ihren Leistungsempfängern in Rechnung gestellte Umsatzsteuer auch entrichten können. Es könne auch kein Ermessensfehlgebrauch ([§ 191 AO](#)) bei Erlass des Haftungsbescheids festgestellt werden. Unter den gegebenen Umständen hätte das Finanzamt sein Entschließungs- und Auswahlermessen richtig betätigt. Im Falle vorsätzlicher Pflichtverletzung und Steuerhinterziehung sei das Entschließungs-ermessen in der Weise vorgeprägt, dass es einer besonderen Begründung der Ermessenbetätigung nicht bedürfe. Habe jemand als Täter oder





Teilnehmer eine vorsätzliche Steuerstraftat begangen, so sei es im Regelfall sachgerecht, wenn ihn die Finanzbehörde für den Steuerschaden in Anspruch nehme. Sie würde eher ermessensfehlerhaft handeln, wenn sie den Betreffenden von einer Inanspruchnahme freistelle. Entgegen der Ansicht des Antragstellers komme es bei der Ermessensausübung auch nicht darauf an, ob ein wirtschaftlicher Vorteil erlangt worden sei. Eine Aussetzung der Vollziehung könne auch nicht im Hinblick auf eine "unbillige Härte" gewährt werden. Da keine Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheids bestünden, komme eine Aussetzung wegen unbilliger Härte nicht in Betracht.

## 9. Verlustvorträge mindern die Basis für Tantieme

### **Einführung**

Tantiemezahlungen einer GmbH an ihre Gesellschafter-Geschäftsführer sind in der Praxis ebenso gängig wie steuerlich risikobehaftet. Die Rechtsprechung hat für die steuerliche Anerkennung im Laufe vieler Jahre Regelungen herausgearbeitet, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Höhe solche Tantiemezahlungen erfolgen können. Werden diese Regeln nicht befolgt, so droht die Behandlung der Tantieme (ganz oder teilweise) als verdeckte Gewinnausschüttung (vGA).

### **Berücksichtigung von Verlusten**

Regelmäßig knüpfen die Tantiemen an den handelsrechtlichen Jahresüberschuss der GmbH vor Berücksichtigung von Steuern und Tantiemen. Damit bemisst sich die Tantieme grundsätzlich nach dem Ergebnis des jeweiligen Jahres. Allerdings hat der BFH bereits entschieden, dass Verlustvorträge früherer Jahre jedenfalls dann in die Bemessungsgrundlage der Tantieme einbezogen werden müssen, wenn der tantiemeberechtigte Gesellschafter-Geschäftsführer für den Verlust verantwortlich oder zumindest mitverantwortlich ist. Erfolgt keine Kürzung um die Verlustvorträge, liegt in Höhe der Differenz zwischen der tatsächlich gezahlten und der Tantieme mit Berücksichtigung des Verlustvortrags eine vGA vor.

### **Sachverhalt und Entscheidung**

In dem nun zu entscheidenden Fall war unter der Führung des Gesellschafter-Geschäftsführers ein Verlust entstanden. In der Handelsbilanz kam es jedoch nicht zum Ausweis eines Verlustvortrags, weil noch in ausreichender Höhe nicht ausgeschüttete Gewinne früherer Jahre vorge tragen wurden. Im auf das Verlustjahr folgenden Geschäftsjahr erwirtschaftete die GmbH wieder einen Gewinn. Die Bemessungsgrundlage für die Tantieme wurde nicht gekürzt. Der BFH hat hierin eine vGA gesehen. Nach seiner Auffassung würde ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter den vom Geschäftsführer zu verantwortenden Erfolg in der Regel an einer langfristigen Betrachtung und nicht am Ergebnis eines



einzelnen Jahres messen und den Geschäftsführer an den positiven wie auch den negativen Folgen seiner Tätigkeit beteiligen. Bei einer Verrechnung von bilanziellen Gewinn- und Verlustvorträgen würde sich der erwirtschaftete Verlust u. U. überhaupt nicht auf die Tantieme auswirken. Außerdem hinge die Höhe der Tantieme davon ab, ob die in den Vorjahren erzielten Gewinne ausgeschüttet wurden oder nicht. Die Entscheidung hierüber obliegt aber nicht dem Geschäftsführer, sondern den Gesellschaftern.

### **Konsequenz**

Erwirtschaftet eine GmbH, deren Gesellschafter-Geschäftsführer eine Gewinnantieme erhält, einen Verlust, so ist für die Ermittlung der Tantiemebasis eine Verlustnebenrechnung zu führen, bis die Verluste durch spätere Gewinne wieder kompensiert werden. Eine Kürzung alleine um den handelsbilanziellen Verlustvortrag ist nicht ausreichend. Beim mehreren Gesellschafter-Geschäftsführern, die zu unterschiedlichen Zeitpunkten ihre Tätigkeit aufnehmen, ist diese Berechnung personenbezogen vorzunehmen.

## **10. Zufluss von Arbeitslohn**

### **Kernproblem**

Nach Prozessen vor dem Arbeitsgericht kann es zur Rückzahlung von Lohnersatzleistungen kommen. So geschehen bei einem Arbeitnehmer, der nach einer vom Arbeitgeber ausgesprochenen Änderungskündigung zunächst während des Prozessverlaufs Arbeitslosengeld von über 10.000 EUR erhielt. Nach der Verurteilung leistete der Arbeitgeber Lohn für mehrere Jahre von über 28.000 EUR, wobei er in Höhe des Arbeitslosengelds einen Teilbetrag wegen des gesetzlichen Forderungsübergangs nach dem Sozialgesetzbuch direkt an das Arbeitsamt zahlte. Der Arbeitnehmer wiederum widersprach dem steuerlichen Zufluss in dieser Höhe, da er in keiner Weise Zugriff gehabt habe. Das FG gab ihm zunächst Recht. Der BFH widersprach.

### **Bisherige Rechtsprechung**

Nach ständiger Rechtsprechung des BFH sind Einnahmen dem Steuerpflichtigen zugeflossen, sobald er über sie wirtschaftlich verfügen kann und infolgedessen bei ihm eine Vermögensmehrung eingetreten ist. Bei Lohnansprüchen des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber wird der Zufluss des Arbeitslohns nicht bereits mit der Einräumung der Ansprüche, sondern erst mit deren Erfüllung gegenüber dem Arbeitnehmer bewirkt. Die Form des Übergangs der wirtschaftlichen Verfügungsmacht ist unerheblich. Der Steuerpflichtige erlangt diese auch dann, wenn der Geld- oder Sachwert im abgekürzten Zahlungsweg an einen Dritten für Rechnung des Steuerpflichtigen geleistet wird.



---

### **Entscheidung**

Wie der BFH feststellte, erfolgte die Zahlung des Arbeitgebers an das Arbeitsamt steuerrechtlich im abgekürzten Zahlungsweg, da sie wirtschaftlich sowohl zu einem Zufluss von Arbeitslohn beim Arbeitnehmer als auch zu einer Rückzahlung des vom Arbeitsamt gezahlten Arbeitslosengeldes führte. Die Rückzahlung des Arbeitslosengeldes wird aber über den negativen Progressionsvorbehalt berücksichtigt.

### **Konsequenz**

Der Rechtsfolgen des Streitfalls führten zu dem gesetzlich nicht geregelten Ergebnis, dass der Nachzahlungsbetrag sowohl der Tarifiermäßigung (Fünftelregelung) als auch dem negativen Progressionsvorbehalt unterlag. Der BFH entschied, dass eine integrierte Steuerberechnung nach dem Günstigkeitsprinzip vorzunehmen sei. Danach sind die Ermäßigungsvorschriften in der Reihenfolge anzuwenden, wie sie zu einer geringeren Steuerbelastung führen, als dies bei ausschließlicher Anwendung des negativen Progressionsvorbehalts der Fall wäre.

## 11. **Entschädigungsanspruch nach [AGG](#)**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Das Allgemeine [Gleichbehandlungsgesetz](#) dient dazu, diskriminierende Maßnahmen insbesondere im Arbeitsrecht zu sanktionieren. Vom Schutzbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes umfasst ist dabei nicht nur der Arbeitnehmer, sondern auch der Bewerber. Insoweit schreibt das Allgemeine [Gleichbehandlungsgesetz](#) vor, dass bereits das Einstellungsverfahren vom ersten Stelleninserat über die Bewerberauswahl und Vorstellungsgespräche bis hin zur eigentlichen Einstellung diskriminierungsfrei durchgeführt werden müsse. Kommt es zu Benachteiligungen, hat der diskriminierend abgewiesene Bewerber neben einem möglichen verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch gegen den potenziellen Arbeitgeber einen verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch, den das Gesetz mit bis zu drei Monatsgehältern ansetzt. Gleichzeitig sieht das Gesetz vor, dass der Bewerber zur Durchsetzung seines Anspruchs lediglich ausreichende Indizien für seine Benachteiligung darlegen muss. Der Arbeitgeber ist dann verpflichtet, zu beweisen, dass es zu keiner Diskriminierung gekommen ist. Das Landesarbeitsgericht Hamburg hatte nunmehr in einer jüngeren Entscheidung darüber zu befinden, ob dem Bewerber auch ein Auskunftsanspruch gegen den potenziellen Arbeitgeber zusteht, der darauf gerichtet ist, wen der potenzielle Arbeitgeber eingestellt hat.



### **Entscheidung**

Geklagt hatte eine 45-jährige Frau ausländischer Abstammung, die sich auf eine Stelle als Softwareentwicklerin beworben hatte und, ohne zu keinem Vorstellungsgespräch eingeladen worden zu sein, abgelehnt worden war. Hierauf machte sie ihren Entschädigungsanspruch nach dem Allgemeinen [Gleichbehandlungsgesetz](#) geltend und begründete diesen damit, dass angesichts ihrer Qualifikation objektiv kein anderer Bewerber geeigneter gewesen wäre als sie. Daher könne die Ablehnung nur auf ihr Geschlecht, Alter und ihre Herkunft gestützt worden sein. Um ihre Klage weiter begründen zu können, verlangte sie außerdem Auskunft über die Person des tatsächlich eingestellten Bewerbers. Das Landesarbeitsgericht wies die Klage in zweiter Instanz ab, weil die Klägerin die Indizien für eine unzulässige Benachteiligung nicht hinreichend begründet hatte. Ein allgemeiner Erfahrungssatz, dass eine 45-jährige Frau ausländischer Abstammung nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen werde, existiere nicht. Ein Auskunftsanspruch bestünde nicht, weil dieser dem System des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes zuwiderlaufen würde, nach dem zunächst der Bewerber die Indizien für eine Benachteiligung hinreichend begründen und der Arbeitgeber sich im Anschluss daran in vollem Umfang exkulpieren müsse. Die Klägerin habe aber noch nicht einmal Anhaltspunkte für eine Benachteiligung vorgetragen.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung erlangt schon deshalb Bedeutung, weil sie eine erste obergerichtliche Entscheidung zur Beweislastsystematik des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes darstellt. Sie ist arbeitgeberfreundlich, weil sie feststellt, dass der Arbeitgeber nicht ohne Anhaltspunkte für eine Benachteiligung verpflichtet werden kann, den Bewerber bei der Durchsetzung seines Entschädigungsanspruchs zu unterstützen. Die Entscheidung ist nicht rechtskräftig. Die Revision zum Bundesarbeitsgericht wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache ist ausdrücklich zugelassen worden.

## 12. **Bilanzielle Behandlung von Franchise-Werbebeiträgen**

### **Kernproblem**

Von Franchisenehmern in einen "gemeinsamen Werbeetat" eingezahlte und zum Bilanzstichtag noch nicht verbrauchte zweckgebundene Werbebeiträge zur Finanzierung der dem Franchisegeber obliegenden überregionalen Werbung sind beim Franchisegeber erfolgsneutral zu behandeln.

### **Sachverhalt**

Der Kläger betrieb in den Jahren 1998 bis 2000 als Franchisegeber ein Franchiseunternehmen im Bereich der Systemgastronomie. Die jeweils zwischen dem Kläger und den einzelnen Franchisenehmern abgeschlos-



senen Franchiseverträge enthielten Vereinbarungen, nach denen es den Franchisenehmern oblag, die lokale Werbung in ihrem jeweiligen Vertragsgebiet selbstständig zu betreiben und hierfür einen bestimmten Prozentsatz ihrer Umsatzerlöse aufzuwenden. Die überregionale Werbung für die von den Franchiseunternehmen hergestellten und vertriebenen Produkte wurde durch den Kläger konzipiert. Die Kosten dieser Werbemaßnahmen wurden aus einem vom Kläger verwalteten sog. "gemeinsamen Werbeetat" bestritten, in den jeder Franchisenehmer monatlich weitere 1 % seiner jeweils erzielten Umsatzerlöse einzuzahlen hatte. Die den gemeinsamen Werbeetat betreffenden Vorgänge erfasst der Kläger in seiner Buchhaltung auf einem gesonderten Werbekonto. Eingezahlte, aber nicht zeitnah verbrauchte Beträge legte der Kläger auf einem Festgeldkonto verzinslich an. In seiner Gewinnermittlung bildete er für die auf dem Werbekonto gebuchten Erlöse, soweit ihnen kein im gleichen Wirtschaftsjahr angefallener Werbeaufwand gegenüberstand, jeweils einen passiven Rechnungsabgrenzungsposten, den er zu Beginn des Folgejahres wieder auflöste. Im Anschluss an eine Außenprüfung vertrat das beklagte Finanzamt die Auffassung, dass eine Passivierung des im jeweiligen Wirtschaftsjahr nicht verbrauchten Werbeetats nicht in Betracht komme, die gebildeten Rechnungsabgrenzungsposten müssten daher gewinnerhöhend aufgelöst werden. Sowohl das Einspruchs- als auch das anschließende Klageverfahren gegen die geänderten Bescheide über die gesonderte Gewinnfeststellung und den Gewerbesteuermessbetrag blieben erfolglos. Auf die Revision des Klägers hob der BFH die Vorentscheidungen auf.

### **Entscheidung**

Nach Ansicht des BFH muss der Kläger in seinen Bilanzen für die in den "gemeinsamen Werbeetat" eingestellten und am Ende des betreffenden Wirtschaftsjahres noch nicht verausgabten Anteile am Umsatzerlös der Franchisenehmer jeweils einen Passivposten ansetzen, der die bisher vorgenommenen Ertragsbuchungen korrigiert. Ferner sind die Gewerbesteuerrückstellungen entsprechend anzupassen. Bei den am Ende des Wirtschaftsjahres vereinnahmten, aber nicht verbrauchten Werbegeldern handelt es sich um zweckbestimmte Geldzuflüsse, die der Kläger zum Bilanzstichtag noch nicht für Werbezwecke eingesetzt hatte und die daher nach Maßgabe der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung gemäß [§ 5 Abs. 1 Satz 1 EStG](#) durch Ausweis einer Verbindlichkeit im Ergebnis erfolgsneutral zu erfassen sind. Hieraus folgt in bilanzrechtlicher Hinsicht, dass die Zahlungen der Franchisenehmer, soweit sie noch nicht für Werbezwecke eingesetzt worden sind, keinen Ertrag darstellen, da sie bestimmungsgemäß für Werbemaßnahmen verwendet werden müssen. Vielmehr sind sie in diesem Umfang als sonstige, dem Grunde und der





Höhe nach feststehende Verbindlichkeiten auszuweisen und demgemäß erfolgsneutral zu behandeln.

### **Konsequenz**

Erhaltene und noch nicht verbrauchte Zahlungen, die für Werbezwecke verwendet werden müssen, haben eine gewisse Ähnlichkeit mit durchlaufenden Posten, deren Gewinnneutralität durch Verbuchung gleich hoher Wertzu- und -abgänge erreicht wird. Die Regeln für passive Rechnungsabgrenzungsposten sind nicht anzuwenden, da es nicht um die zeitliche Zuordnung von Ertrag geht, sondern um die bilanzsteuerrechtliche Erfassung noch nicht verbrauchter "Aufwandsbeiträge".

### **13. Verlängerung eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags nur bei unveränderten Arbeitsbedingungen**

#### **Kernfrage/Rechtslage**

Nach den Regelungen des Teilzeit- und Befristungsgesetzes bedarf die Befristung eines Arbeitsvertrags grundsätzlich eines sachlichen Grundes. Ohne sachlichen Grund ist der Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags nur einmal und maximal bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig, wobei es aber möglich ist, dass der ursprünglich sachgrundlos befristet abgeschlossene Arbeitsvertrag bis zur Maximaldauer der sachgrundlosen Befristung insgesamt dreimal verlängert wird. Allerdings hatte das Bundesarbeitsgericht in einer jüngeren Entscheidung bereits geurteilt, dass es unzulässig sei, zusammen mit der Verlängerung der Befristung des Arbeitsverhältnisses auch Arbeitsbedingungen zu ändern. Werden Arbeitsbedingungen geändert, soll es zum Abschluss eines neuen wiederum sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisses kommen. Dieses neue sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnis ist aber unzulässig, weil die einmalige Möglichkeit zur sachgrundlosen Befristung mit der ersten Befristung verbraucht ist. Die neue sachgrundlose Befristung (= Verlängerung der ersten Befristung und Änderung der Arbeitsbedingungen) ist damit unzulässig und es entsteht ein unbefristetes Arbeitsverhältnis. In einer neuesten Entscheidung hat das Bundesarbeitsgericht nunmehr dargelegt, was eine "Änderung von Arbeitsbedingungen" bei Verlängerung eines sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisses sein kann.

#### **Entscheidung**

Auf Feststellung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses geklagt hatte ein Arbeitnehmer, der auf der Grundlage eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags angestellt war. Der erste befristete Arbeitsvertrag sah - gesetzlich notwendig - ein schriftlich vereinbartes Kündigungsrecht während der Dauer der Befristung vor. Dieser erste befristete Arbeitsvertrag wurde verlängert. Dabei wurde das Kündigungsrecht für die Dauer der Befristung im Rahmen der Verlängerung aufgehoben. Das Bundesar-





beitsgericht sah in der Verlängerung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses in Übereinstimmung mit seiner Rechtsprechung den Neuabschluss eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags. Denn eine zulässige Verlängerung setze voraus, dass ausschließlich die Vertragsdauer geändert wird. Ursprünglich hatten die Vertragsparteien ein Kündigungsrecht während der Laufzeit der Befristung vereinbart. Dieses war erforderlich, um den befristet abgeschlossenen Arbeitsvertrag vor Ende der Laufzeit kündigen zu können. Mit dem Wegfall dieser Kündigungsregelungen seien Arbeitsbedingungen geändert worden, sodass vom Abschluss eines neuen sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags auszugehen sei, dessen sachgrundlose Befristung aber unzulässig sei. Entsprechend bestünde zwischen den Parteien ein unbefristetes Arbeitsverhältnis.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung zeigt die Gefahren der sachgrundlosen Befristung. Die eigentlich der flexiblen Handhabung der sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisse dienende Möglichkeit, diese bis zur Maximaldauer von zwei Jahren verlängern zu können, ist auf die bloße Verlängerung der Arbeitsverhältnisse beschränkt. Will der Arbeitgeber Arbeitsbedingungen selbst zugunsten des Arbeitnehmers verändern, führt dies zur Annahme eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses.

## **14. Blitzaustritt aus Arbeitgeberverband im Einzelfall möglich**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Auf Arbeitgeberseite sind regelmäßig die Spitzenverbände der Arbeitgeber und auf Arbeitnehmerseite die Gewerkschaften die Träger der grundrechtlich geschützten Tarifautonomie. Zwischen ihnen werden die Tarifverträge ausverhandelt und abgeschlossen. Soweit Tarifverträge nicht für allgemeinverbindlich erklärt werden und damit unmittelbar auf alle Arbeitsverhältnisse einer Branche Anwendung finden (so beispielsweise in der Bauindustrie), werden Tarifverträge dann wirksam für einzelne Arbeitsverhältnisse, wenn der Arbeitgeber Mitglied des Arbeitgeberverbandes und der Arbeitnehmer Mitglied der Gewerkschaft ist (sog. unmittelbare Tarifbindung). Fehlt es auf einer Seite des Arbeitsvertrags an der Zugehörigkeit zur Tarifvertragspartei, kommt die Anwendung eines Tarifvertrags nur durch arbeitsvertragliche Vereinbarung in Betracht. Organisiert sind die Spitzenverbände auf Arbeitgeberseite regelmäßig als eingetragene Vereine. Will also ein einzelner Arbeitgeber seine unmittelbare Tarifbindung aufheben, muss er regelmäßig seine Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband beenden. Dies ist nur innerhalb der dafür vereinsrechtlich vorgesehenen Regelungen möglich. Bis zum Ende der Mitgliedschaft bleibt die Tarifbindung auch hinsichtlich neu abgeschlossener Tarifverträge bestehen. Das Bundesarbeitsgericht hatte nunmehr darüber zu entscheiden, ob der kurzfristige Austritt, den ein Arbeitgeberverband seinen



Ulrich Lehmann  
Dipl. Betriebswirt (FH)  
Steuerberater

Weil im Schönbuch

Mandanten-Brief

Mitgliedern durch Änderung seiner Satzung ermöglicht hatte, um die Tarifbindung mit Rücksicht auf einen neu abgeschlossenen Tarifvertrag zu vermeiden, wirksam sein kann.

### **Entscheidung**

Geklagt hatte ein Mitarbeiter eines Universitätskrankenhauses. Der Kläger war Gewerkschaftsmitglied, der Arbeitgeber Mitglied des Arbeitgeberverbandes. Der Arbeitgeberverband verhandelte mit der Gewerkschaft über die Übernahme des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst, wobei die Krankenhäuser Sonderregelungen verlangten. Um den Krankenhäusern für den Fall des Nichtzustandekommens der Sonderregelungen entgegenzukommen, beschloss die Mitgliederversammlung des Arbeitgeberverbandes im März 2005 eine Satzungsänderung, die den Krankenhäusern eine Sonderaustrittsklausel mit dreitägiger Frist einräumte. Die Satzungsänderung wurde allerdings nicht ins Vereinsregister eingetragen. Ebenfalls im März 2005 einigten sich die Gewerkschaft und der Arbeitgeberverband auf eine Einmalzahlung für 2005 für diejenigen Arbeitnehmer, für die der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst übernommen werden würde. Mitte September 2005 einigten sich Gewerkschaft und Arbeitgeberverband auf die Übernahme des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst ohne Sonderregelungen für Krankenhäuser. Obwohl die Gewerkschaft Kenntnis von dem dreitägig möglichen Sonderkündigungsrecht der Satzung des Arbeitgeberverbandes hatte, war die Gewerkschaft damit einverstanden, dass der Tarifvertrag erst zum 1. Oktober 2005 in Kraft treten sollte. Am 23. September erklärte das Krankenhaus seinen Austritt aus dem Arbeitgeberverband, der von diesem zum 28. September bestätigt wurde. Mit seiner Klage begehrte der Arbeitnehmer die tarifvertraglich vereinbarte Einmalzahlung und begründete dies damit, dass der Austritt des Arbeitgebers aus dem Arbeitgeberverband unwirksam sei. Das Bundesarbeitsgericht gab indes der Arbeitgeberseite Recht. Zwar seien die Arbeitgeberverbände als Träger der grundrechtlich geschützten Tarifautonomie unabhängig von vereinsrechtlich zulässigen Gestaltungen (hier: Ermöglichung des Sonderaustrittsrechts) verpflichtet, die Tarifautonomie zu gewährleisten, was im Einzelfall dazu führen kann, dass vereinsrechtliche Befugnisse eingeschränkt sind, die Vereinbarung des Sonderaustrittsrechts im vorliegenden Fall sei aber wirksam. Die Satzungsänderung sei zwar nicht im Vereinsregister eingetragen worden, allerdings wusste die Gewerkschaft während der Tarifverhandlungen von dem Sonderkündigungsrecht. Dennoch habe die Gewerkschaft nicht darauf bestanden, dass der ausgehandelte Tarifvertrag unmittelbar in Kraft trete, und damit die Gelegenheit zur Wahrnehmung des Sonderkündigungsrechts nach Abschluss des Tarifvertrags erst ermöglicht. Die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sei also nicht gefährdet gewesen.



---

### **Konsequenz**

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ist arbeitgeberfreundlich, zeigt sie doch, dass auch die Arbeitnehmerseite das Verhandlungsrisiko aus Tarifverhandlungen mittragen muss. Für den einzelnen Arbeitgeber macht die Entscheidung deutlich, dass es sich lohnt, Tarifvertragsverhandlungen zu beobachten und die eigene Tarifbindung laufend zu überwachen. Sie bleibt allerdings eine auf den konkreten Sachverhalt bezogene Einzelfallentscheidung.

## **15. Geldtransfers zwischen einer zyprischen Limited und ihrer deutschen Zweigniederlassung**

### **Kernproblem**

Kann die Herkunft eines Zahlungseingangs in der Buchführung eines inländischen Unternehmens(-teils) nicht nachgewiesen werden, ist das Finanzamt grundsätzlich berechtigt, in der entsprechenden Höhe zusätzliche Betriebseinnahmen zu schätzen. Dies gilt erst recht, wenn der Steuerpflichtige gegen seine erhöhten Mitwirkungspflichten bei Auslandssachverhalten verstößt.

### **Sachverhalt**

Die Klägerin ist eine Limited mit Sitz auf Zypern. Gesellschafter der Limited sind die A-Limited und die B-Limited. Die Klägerin betreibt unter anderem eine Zweigniederlassung in Deutschland. Die in Deutschland erwirtschafteten Verluste wurden hauptsächlich durch Zahlungseingänge aus Zypern finanziert. Das Finanzamt ging davon aus, dass diese Zahlungseingänge verdeckte Betriebseinnahmen darstellten, die der Geschäftsführer schwarz vereinnahmt, ins Ausland geschafft und sodann als "Darlehen" in die Zweigniederlassung zurückgeführt habe. Allerdings konnte das Finanzamt trotz Einschaltung der Steuerfahndung keine Anhaltspunkte nennen, die diese Vermutung gestützt hätten.

### **Entscheidung**

Das Niedersächsische Finanzgericht entschied, dass die Zuschätzung verdeckter Betriebseinnahmen nicht zulässig war. Die Klägerin hat nicht gegen ihre Mitwirkungspflichten verstoßen. Sie hat durch Vorlage der Überweisungsträger nachgewiesen, dass die Zahlungseingänge auf den inländischen Konten von der zyprischen Hauptniederlassung stammten. Sie war darüber hinaus weder verpflichtet, die hinter den Gesellschaftern A-Limited und B-Limited stehenden Personen zu benennen, noch die Herkunft der Finanzmittel der Hauptniederlassung zu erläutern oder gar nachzuweisen. Selbst wenn Geldwäschetatbestände oder andere Straftaten erfüllt wären, sind diese Angaben für die inländische Besteuerung ohne Bedeutung.