

## Mandanteninformation Juli 2011

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. Keine Angaben über Rentenbezüge können Steuerhinterziehung sein
2. Haftung des Inhabers eines eBay-Kontos bei unbefugter Konto-Nutzung
3. Wirksame Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch Übergabe des Kündigungsschreibens an Ehegatten
4. Abzug von Reisekosten bei Sprachkurs im Ausland
5. Zusammenballung von Einkünften: Sind geringe Teilzahlungen schädlich?
6. Verwertung von Steuer-CDs im Besteuerungsverfahren ist zulässig
7. Widersprüchliches zur Europarechtskonformität der Anrechnungsbegrenzung
8. Gebührenpflicht für verbindliche Auskünfte ist verfassungskonform
9. Haftung des Landwirts für Schäden durch ausbrechende Jungrinder
10. Alter wiegt bei Sozialauswahl stärker als Kinderzahl
11. Finanzamt darf elektronisch falsch übertragene Lohnsteuerdaten nachträglich berichtigen
12. Zweitwohnung auf Mallorca ohne Förderung durch Fiskus
13. Stiftungsgründung durch Erbeinsetzung: Zuwendungen in Vermögensstock
14. Kein Entgelt für die Übersendung von "Zwangskontoauszügen"
15. Versagung der Restschuldbefreiung wg. Verletzung von Mitwirkungspflichten
16. Gleichstellung von Lebenspartnern mit Ehegatten in Zusatzversorgung
17. Voraussetzungen und Durchsetzung einer Nettolohnvereinbarung
18. Ist ein Vertragsarzt Amtsträger im Sinne des Strafrechts?
19. Zum Beginn der Festsetzungsfrist bei Antragsveranlagungen

#### Unternehmer und Freiberufler

1. Notarberuf darf nicht eigenen Staatsangehörigen vorbehalten sein
2. Grundstücke: Keine Vorsteuer ohne Zuordnung zum Unternehmensvermögen

3. Vorsteuerberichtigung bei Umlaufvermögen
4. Keine Gemeinnützigkeit bei politischer Betätigung
5. Bundeskabinett beschließt verschärfte Regeln im Kampf gegen Geldwäsche
6. Wie entnimmt man ein Kfz?
7. Betriebsteilverlagerung ins grenznahe Ausland ist keine Betriebsstilllegung
8. Geltendmachung der Nichtigkeit von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung einer KG
9. Mantelkaufregelung des § 8c KStG verfassungswidrig?
10. Freigrenze Betriebsfeste: geplante oder teilnehmende Personen?
11. Sacheinlageverbot bei Neugründung einer UG (haftungsbeschränkt) durch Abspaltung
12. Rechtskraft eines im Prozess gegen Gesellschafter ergangenen Urteils
13. Keine Gemeinnützigkeit bei fehlerhafter satzungemäßer Vermögensbindung
14. Videoüberwachung am Arbeitsplatz nur bei konkretem Verdacht
15. Mutterschutzzeiten in betrieblicher Zusatzversorgung zu berücksichtigen
16. Zulagenwiderruf in Altfällen - möglicherweise wirksam
17. Abmahnung verbraucht Kündigungsgrund auch bei Straftat

GmbH-Gesellschafter/-Geschäftsführer

1. UG: Erhöhung des Stammkapitals durch Sacheinlage möglich

Privatbereich
---------------

1. Keine Angaben über Rentenbezüge können Steuerhinterziehung sein

**Kernaussage**

Unterlassene Angaben von erhaltenen Rentenzahlungen in der Einkommensteuererklärung können als Steuerhinterziehung gewertet werden. Für eine Steuerhinterziehung reicht es aus, wenn der Steuerpflichtige aufgrund einer laienhaften Bewertung die Existenz eines Steueranspruches erkennen und auf diesen einwirken kann. Anderenfalls käme allein eine Strafbarkeit von Steuerfachleuten in Betracht.

**Sachverhalt**

Die Kläger, ein pensionierter Beamter und seine Ehefrau, die seit Juli 1993 eine Regelaltersrente bezog, wurden zusammen zur Einkommenssteuer veranlagt. In den eingereichten Steuererklärungen 1993 - 2006 hatten sie die Rentenbezüge nicht angegeben. Lediglich für 2007 hatten sie bei "Renten lt. Anlage R für Ehefrau" ein Kreuz gesetzt, diese Anlage aber nicht beigefügt. Das beklagte Finanzamt erließ daraufhin nunmehr bestandskräftige Steuerbescheide. Nachdem das Finanzamt 2009 Kenntnis von der Altersrente erlangt hatte, änderte es die Einkommenssteuerbescheide 1998 - 2007, was entsprechende Nachzahlungen zur Folge hatte. Die Kläger wandten dagegen ein, das Finanzamt hätte aufgrund der Kenntnis des Geburtsdatums der Klägerin zugleich Kenntnis von dem Rentenbezug haben müssen. Für die Veranlagungszeiträume 1998 - 2003 sei ohnehin Verjährung eingetreten. Schließlich seien sie aufgrund einer Falschinformation des Finanzamtes in dem Glauben gewesen, die Rente der Klägerin unterliege nicht der Besteuerung.

## Entscheidung

Das Finanzgericht wies die Klage ab. Grundsätzlich hat der Steuerpflichtige den steuerlich relevanten Sachverhalt richtig, vollständig und deutlich zur Prüfung vorzulegen. Aus den Akten haben sich keine objektiven Hinweise auf einen Rentenbezug ergeben, denn in den Steuererklärungen wurde immer "Hausfrau" angegeben. Allein aus dem Alter der Klägerin konnte nicht ohne Weiteres auf einen Rentenbezug geschlossen werden. Obwohl ausdrücklich auf den Steuervordrucken nach Ruhegeldern gefragt wurde, waren die Anlagen nie eingereicht worden. Die Kläger hat damit unvollständige Angaben gemacht, was nach Überzeugung des Gerichts in der Absicht geschah, die Einkünfte zu verschleiern. Zudem sei von einer Steuerhinterziehung auszugehen, so dass aufgrund der dann eintretenden Verlängerung der Verjährungsfrist auf 10 Jahre eine Verjährung nicht in Betracht komme. Die von den Klägern behauptete Fehlinformation, die Rente sei steuerfrei, wurde nicht hinreichend dargetan.

## Konsequenz

Hinsichtlich aller Bezüge muss der Finanzbehörde vollständig Auskunft erteilt werden. Wer dies unterlässt, muss mit rechtlichen Folgen rechnen.

## 2. Haftung des Inhabers eines eBay-Kontos bei unbefugter Konto-Nutzung

### Kernaussage

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat mit einem aktuellen Urteil klargestellt, dass der Inhaber eines eBay-Accounts nicht ohne weiteres bei Vertragsabschlüssen über den eigenen Account verpflichtet wird und daher nicht vertraglich für Erklärungen haftet, die ein unbefugter Dritter unter Verwendung dieses Kontos abgibt.

### Sachverhalt

Über das passwortgeschützte Konto eines eBay-Users wurde eine umfassende Gastronomieausstattung mit einem Startgebot von 1 EUR zum Kauf angeboten. Der Kläger gab daraufhin ein Maximalgebot von 1.000 EUR ab. Einen Tag später wurde die Auktion beendet, indem die Beklagte das Angebot zurücknahm. Da der Kläger zum Zeitpunkt der Rücknahme der Höchstbietende war, forderte er die Beklagte auf, den Vertrag zu erfüllen und ihm das Eigentum an der Einrichtung zu verschaffen. Nach Ablauf der gesetzten Frist verlangte er sodann Schadensersatz wegen Nichterfüllung von mehr als 30.000 EUR. Die Beklagte weigerte sich, da sie ein Angebot nie abgegeben habe. Die Parteien stritten nun darüber, ob das Angebot von der Beklagten ohne ihr Wissen von ihrem Ehemann auf der Verkaufsplattform eingestellt worden ist. Die Klage blieb in sämtlichen Instanzen erfolglos.

## Entscheidung

Der BGH entschied, dass auch bei Internet-Geschäften im Rahmen von eBay-Verkäufen die allgemeinen Stellvertretungsregeln (§§ 164 ff. BGB) gelten. Allein die unsorgfältige Verwahrung der Kontaktdaten eines eBay-Mitgliedskontos habe nicht zur Folge, dass der Kontoinhaber sich die von einem unbefugten Dritten abgegebenen Erklärungen zurechnen lassen müsse. Erklärungen, die unter dem Namen eines anderen abgegeben worden sind, verpflichteten den Namensträger nur dann, wenn sie in Ausübung einer bestehenden Vertretungsmacht erfolgten, vom Namensträger nachträglich genehmigt würden oder wenn die Grundsätze über die Anscheins- oder Duldungsvollmacht griffen. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wonach die Mitglieder der Auktionsplattform grundsätzlich für sämtliche Aktivitäten haften, die unter Verwendung ihres Mitgliedskontos vorgenommen werden. Diese AGB seien nur zwischen eBay und dem Inhaber des Mitgliedskontos vereinbart und hätten daher keine Geltung zwischen dem Anbieter und dem Bieter.

## Konsequenz

Grundsätzlich wird derjenige Vertragspartner, der den Account auch tatsächlich genutzt hat. Wer allerdings genau weiß, dass eine Drittperson den ebay-Account nutzt und dies nicht unterbindet, wird sich auf einen Missbrauch nicht berufen können.

### 3. Wirksame Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch Übergabe des Kündigungsschreibens an Ehegatten

#### Kernaussage

Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses wird als Willenserklärung unter Abwesenden erst wirksam, wenn sie dem Kündigungsgegner zugegangen ist (§ 130 Abs. 1 BGB). Der Kündigende trägt das Risiko der Übermittlung und des Zugangs der Kündigungserklärung. Eine Kündigung ist dann zugegangen, wenn sie so in den Machtbereich des Arbeitnehmers gelangt, dass dieser unter gewöhnlichen Umständen von ihrem Inhalt Kenntnis nehmen kann. Das Bundesarbeitsgericht entschied nun, dass ein Zugang auch dann anzunehmen ist, wenn die Kündigung an den Ehegatten außerhalb der Wohnung übergeben wird.

#### Sachverhalt

Die Klägerin war bei der Beklagten seit 2003 als Assistentin der Geschäftsleitung beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis fand das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung. Nach einem Konflikt verließ die Klägerin Ende Januar 2008 ihren Arbeitsplatz. Mit einem Schreiben vom selben Tag kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 29.2.2008. Das Kündigungsschreiben ließ sie durch einen Boten dem Ehemann der Klägerin überbringen, dem das Schreiben am Nachmittag des 31.1.2008 an seinem Arbeitsplatz in einem Baumarkt übergeben wurde. Der Ehemann der Klägerin ließ das Schreiben zunächst an seinem Arbeitsplatz liegen und reichte es erst am 1.2.2008 an die Klägerin weiter. Mit ihrer Klage wollte die Klägerin festgestellt wissen, dass ihr Arbeitsverhältnis nicht mit dem 29.2.2008, sondern erst nach Ablauf der Kündigungsfrist von einem Monat zum Monatsende mit dem 31.3.2008 beendet worden ist. Die Klage blieb erfolglos.

#### Entscheidung

Da das Kündigungsschreiben der Beklagten vom 31.1.2008 der Klägerin noch am selben Tag zugegangen ist, ist das Arbeitsverhältnis der Parteien nach Ablauf der Kündigungsfrist von einem Monat zum 29.2.2008 beendet worden. Der Ehemann der Klägerin war bei der Übergabe des Kündigungsschreibens am Nachmittag des 31.1.2008 Empfangsbote. Dem steht nicht entgegen, dass ihm das Schreiben an seinem Arbeitsplatz und damit außerhalb der Wohnung übergeben wurde. Entscheidend ist, dass unter normalen Umständen nach der Rückkehr des Ehemanns in die gemeinsame Wohnung mit einer Weiterleitung des Kündigungsschreibens an die Klägerin noch am 31.1.2008 zu rechnen war.

#### Konsequenz

Wird ein Kündigungsschreiben einer Person übergeben, die mit dem Arbeitnehmer in einer Wohnung lebt und die aufgrund ihrer Reife und Fähigkeiten geeignet erscheint, das Schreiben an den Arbeitnehmer weiterzuleiten, ist diese als Empfangsperson des Arbeitnehmers anzusehen. Dies ist in der Regel bei Ehegatten der Fall. Die Kündigungserklärung des Arbeitgebers geht dem Arbeitnehmer allerdings nicht bereits mit der Übermittlung an den Empfangsboten zu, sondern erst dann, wenn mit der Weitergabe der Erklärung unter gewöhnlichen Verhältnissen zu rechnen ist.

### 4. Abzug von Reisekosten bei Sprachkurs im Ausland

#### Kernproblem

Der EDV-Berater in Las Vegas, der Sportmediziner am Gardasee, die

Engischlehrerin in Dublin: Was haben alle diese Fälle gemeinsam? Sie hätten früher vor den Finanzgerichten bei dem Versuch, die Reisekosten für Sprachkurse auch nur anteilig steuerlich geltend zu machen, keine Chance gehabt. Grund war das aus dem Einkommensteuergesetz hergeleitete Aufteilungsverbot gemischt veranlasster Aufwendungen. Im letzten Jahr hat der Bundesfinanzhof (BFH) seine bisherige Rechtsprechung aufgegeben und gelangt jetzt zu einem Aufteilungsgebot. Wonach gesucht werden muss, ist ein Aufteilungsmaßstab; und das ist nicht einfach.

#### Sachverhalt

Die o. g. Aufzählung wird ergänzt durch den Bundeswehroffizier in Südafrika. Der Zugführer gab an, englische Sprachkenntnisse für den Einsatz in multilateralen Stäben der Bundeswehr zu benötigen. Was liegt da näher, als ein 3-wöchiger Sprachkurs in Südafrika? "Vieles", dachte sich das Finanzamt und verwies den Vortrag des Offiziers in das Reich der Fabeln, obwohl nur am Wochenende Zeit für Ausflüge blieb. Zunächst erkannte das Finanzgericht (FG) Baden-Württemberg fast 2/3 der Gesamtkosten an, u. a. für Flug, Kursgebühren und Verpflegungsmehraufwand. Nach der Revision des Finanzamts wurde der Fall an das FG zurückverwiesen. Jetzt war man anderer Meinung und erkannte angesichts mehrerer Ungereimtheiten gar nicht mehr an. So ging es wieder zum BFH; der gibt den Ball jetzt ein 2. Mal zurück.

#### Entscheidung

Der VI. Senat des BFH stellt die Grundsätze zunächst wie folgt dar: Die Fortbildungskosten sind uneingeschränkt abziehbar, wenn die Reise ausschließlich oder nahezu ausschließlich der beruflichen Sphäre zuzuordnen ist. Bei privater Mitveranlassung ist nach dem Verhältnis der beruflichen und privaten Zeitanteile aufzuteilen, wenn die Veranlassungsbeiträge zeitlich nacheinander liegen. Werden diese gleichzeitig - wie im Streitfall - verwirklicht, kann ein anderer Maßstab in Betracht kommen. Dabei verkennt der BFH die private Mitveranlassung eines Sprachkurses im Ausland nicht. Auf der anderen Seite sei aber zu berücksichtigen, dass eine Sprache im Ausland leichter zu erlernen sei, wenn sie dort (ggf. neben anderen Sprachen) auch gesprochen werde. Es dürfe nicht allein darauf abgestellt werden, dass der Kursbesuch im Inland den gleichen Erfolg haben könnte oder niedrigere Kosten verursache.

#### Konsequenz

Der BFH gibt am Ende einen Hinweis, der von praktischer Bedeutung sein kann: Sollte keiner der Beteiligten einen anderen Aufteilungsmaßstab nachweisen, so bestehen keine Bedenken, von einer hälftigen Aufteilung sämtlicher mit der Reise verbundenen Kosten auszugehen. Zumindest zeigt auch dieser Fall, dass die Zeiten vorbei sein dürften, in denen ein Finanzamt (wie bereits einmal erlebt) im Zeitalter des Aufteilungsverbots die Kosten für einen im Winter abgehaltenen Ärztekongress im Skiort Davos trotz Körperbehinderung mit dem Hinweis abschmettert, "allein der Blick auf die Berge reiche aus".

#### 5. Zusammenballung von Einkünften: Sind geringe Teilzahlungen schädlich?

##### Kernproblem

Für außerordentliche Einkünfte kann ein ermäßigter Steuersatz bei Bemessung der Einkommensteuer in Betracht kommen. Werden an einen Arbeitnehmer Abfindungen gezahlt, wird in ständiger Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) grds. dann eine Außerordentlichkeit bejaht, wenn die zu begünstigenden Einkünfte in einem Veranlagungszeitraum zu erfassen sind und durch die Zusammenballung von Einkünften erhöhte steuerliche Belastungen entstehen. Keine Zusammenballung liegt typischerweise vor, wenn eine Entschädigung in 2 oder mehreren verschiedenen Veranlagungszeiträumen gezahlt wird, auch wenn die Zahlungen jeweils mit anderen laufenden Einkünften zusammentreffen und sich ein

Progressionsnachteil ergibt. Ob hier Bagatellgrenzen in Betracht zu ziehen sind, war Anlass eines Rechtsstreits beim BFH.

#### Sachverhalt

Ein Arbeitnehmer erhielt wegen des Verlustes seines Arbeitsplatzes eine Abfindung von ca. 77.800 EUR. Davon wurden 10.000 EUR im Jahr 2005 (hiervon steuerpflichtig: 2.800 EUR) und der Restbetrag von 67.800 EUR in 2006 gezahlt. Als laufende Bezüge erhielt er von seinem alten Arbeitgeber im Jahr 2005 noch ein Gehalt von 42.000 EUR und in 2006 lediglich einen geringen geldwerten Vorteil von ca. 2.000 EUR. Während das Finanzamt mangels Zusammenballung der Einkünfte im Jahr 2006 für die Hauptentschädigung keinen ermäßigten Steuersatz gewähren wollte, ging das Finanzgericht von einer gesetzlich nicht vorgesehenen unschädlichen Bagatellgrenze von 5 % der insgesamt steuerpflichtigen Abfindungsbeträge aus. Im Ergebnis (2,8 zu 70,6 = 4 %) reichte das, um eine Unschädlichkeit des in 2005 gezahlten Teilentgelts zu begründen. Hiergegen legte das Finanzamt Revision ein.

#### Entscheidung

Der BFH verlangt bei Prüfung der Außerordentlichkeit durch Zusammenballung eine individuelle Ausnahmesituation in der Progressionsbelastung. Das gelte auch dann, wenn der Steuerpflichtige nur eine geringfügige Teilleistung erhalten habe und die ganz überwiegende Hauptentschädigungsleistung in einem Betrag ausgezahlt werde. Eine starre Prozentgrenze könne nicht die gesetzlich geforderte Prüfung der Außerordentlichkeit im Einzelfall ersetzen. Bezogen auf den Streitfall seien zunächst steuerfreie Beträge mangels Progressionsauswirkung außer Acht zu lassen. Darüber hinaus bewirke die Teilleistung von 2.800 EUR im Hinblick auf die anderen Beträge keine relevante Progressionsverschiebung im Jahr 2005, die geeignet wäre, die Ausnahmesituation der Progressionsbelastung im Streitjahr 2006 zu beeinflussen.

#### Konsequenz

Dem positiven Urteil ging bereits eine Entscheidung aus dem Jahr 2009 mit gleichem Ausgang voran, die erst in diesem Jahr veröffentlicht wurde. Die Beträge waren noch eindeutiger, denn die Teilleistung betrug genau 1.000 EUR (von insgesamt 77.257 EUR).

### 6. Verwertung von Steuer-CDs im Besteuerungsverfahren ist zulässig

#### Kernaussage

Nach Auffassung des Finanzgerichts Köln bestehen keine ernstlichen Zweifel daran, dass die Steuerbehörden angekaufte ausländische Bankdaten bei der Besteuerung verwenden dürfen. Entsprechende Informationen können demnach Ermittlungen der Steuerfahndung rechtfertigen. Dies gilt auch dann, wenn die Beschaffung der Daten durch den Informanten zuvor rechtswidrig war.

#### Sachverhalt

Im entschiedenen Fall hatte das Finanzamt eine von einem Informanten angekaufte "Steuer-CD" ausgewertet und so in Erfahrung gebracht, dass der Antragsteller Vermögen bei einem Schweizer Geldinstitut angelegt hatte. In den Einkommenssteuererklärungen hatte der Antragsteller dagegen keine ausländischen Kapitalerträge erklärt. Das Finanzamt schätzte diese mit 5 % des Kontostandes, was einen Betrag von rund 1,8 Mio. CHF ausmachte. Es lehnte die vom Antragsteller begehrte Aussetzung der Vollziehung dieser Schätzungsbescheide ab. Auch im gerichtlichen Verfahren erläuterte der Antragsteller nicht die der "Steuer-CD" entnommenen Daten über die Kapitalanlagen und weigerte sich, aufklärende Kontounterlagen vorzulegen.

#### Entscheidung

Das Bundesverfassungsgericht hat mit einem Beschluss im Jahr 2010 erstmals die

Zulässigkeit der Verwertung angekaufter ausländischer Bankdaten im Besteuerungsverfahren bestätigt. Hierauf stützte sich das Finanzgericht. Es hatte keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Schätzungen und lehnte insbesondere ein Beweisverwertungsverbot im Hinblick auf die im Ausland durch Informanten rechtswidrig erlangten Daten ab. Ein Verwertungsverbot sei lediglich bei Eingriffen in den absoluten Kernbereich privater Lebensgestaltung oder bei strafbaren Handlungen der Finanzbeamten anzunehmen. Diese Voraussetzungen sah das Gericht jeweils nicht als erfüllt an. Im zu entscheidenden Fall seien die Daten nicht von Finanzbeamten selbst beschafft, sondern nur entgegengenommen worden.

#### Konsequenz

Mit dem Beschluss des Finanzgerichts hat die äußerst umstrittene Praxis der Finanzverwaltung, angekaufte Kundendaten über verheimlichte ausländische Kapitalanlagen heranzuziehen, eine weitere gerichtliche Bestätigung erfahren. Allein vor dem Hintergrund zahlreicher Selbstanzeigen hat sich der Ankauf von "Steuer-CDs" deutlich gerechnet.

### 7. Widersprüchliches zur Europarechtskonformität der Anrechnungsbegrenzung

#### Kernproblem

Die auf ausländische Kapitaleinkünfte entfallende ausländische Kapitalertragsteuer kann im Grundsatz auf die inländische Steuerschuld angerechnet werden (§ 34c EStG). Die Anrechnung ist indes nicht uneingeschränkt möglich: Zum einen ist sie auf den Teil der inländischen Steuer begrenzt, der auf die ausländischen Einkünfte entfällt. Ist im Inland keine oder nur eine geringe Steuer zu zahlen, z. B. aufgrund von Verlustverrechnung mit anderen Einkünften, kann die Anrechnung ins Leere laufen; eine Erstattung ist jedenfalls ausgeschlossen. Zum anderen ist die sog. per-country-limitation, wonach der Höchstbetrag der anrechenbaren ausländischen Steuer für jeden einzelnen ausländischen Staat gesondert zu berechnen ist, zu beachten. Dies führt insbesondere dann zu erheblichen Nachteilen, wenn die ausländischen Investments in verschiedenen Staaten erfolgen, deren Steuerniveau zum Teil deutlich über und zum Teil unter dem deutschen Steuerniveau liegt. Diese Benachteiligung unterliegt zum Teil europarechtlichen Bedenken.

#### Sachverhalt

Der einkommensteuerpflichtige Kläger erzielte in den Streitjahren 2004-2006 ausländische Kapitaleinkünfte aus unterschiedlichen Staaten innerhalb und außerhalb der EU. Aufgrund der vorstehend erläuterten Vorschrift des § 34c EStG rechnete das Finanzamt die ausländische Kapitalertragsteuer nur teilweise bei der deutschen Einkommensteuer an. Unter Hinweis auf die Europarechtswidrigkeit der Vorschrift klagte der Steuerpflichtige vor dem Finanzgericht Schleswig-Holstein. Er unterlag zwar in erster Instanz, die Revision wurde aber zugelassen.

#### Entscheidung

Die Anrechnungsbegrenzung des § 34c EStG auf die anteilige deutsche Steuer ist nach Auffassung des Gerichts europarechtskonform. Die entstehenden Anrechnungsüberhänge seien das Ergebnis einer mangelnden Steuerharmonisierung innerhalb der EU, insbesondere der unterschiedlichen Steuersätze. Der Wohnsitzstaat (hier: Deutschland) sei aber nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) nicht gezwungen, eine höhere Steuerbelastung im Ausland durch unbegrenzte Anrechnung im Inland auszugleichen. Ebenso sei europarechtlich unbedenklich, dass aufgrund der sog. per-country-limitation Anrechnungsüberhänge aus einem Land nicht mit Anrechnungsüberhängen aus einem anderen Land ausgeglichen werden dürfen.

## Konsequenzen

Die Entscheidung steht teilweise im Widerspruch zu einem zeitgleich vom Bundesfinanzhof (BFH) veröffentlichten Urteil. Der BFH äußerte darin durchaus Zweifel an der Europarechtskonformität der Vorschrift des § 34c EStG und legte die Frage daher dem EuGH zur endgültigen Entscheidung vor. Das letzte Wort scheint insoweit also noch nicht gesprochen, so dass entsprechende Fälle mit Hinweis auf das BFH-Urteil offen gehalten werden sollten.

## 8. Gebührenpflicht für verbindliche Auskünfte ist verfassungskonform

### Kernproblem

Trotz oder gerade wegen der Vielzahl von Gesetzesvorschriften, Gerichtsurteilen und Verwaltungsanweisungen sind Rechtsunsicherheiten in der steuerlichen Beratungspraxis allgegenwärtig. Diese sind nicht nur im unternehmerischen Bereich (besonders bei Fragen der Konzernrestrukturierung sowie der Umsatzsteuer) anzutreffen, sondern können z. B. im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge auch im Privatbereich auftreten. Zur Reduzierung dieser Rechtsunsicherheiten werden daher zunehmend verbindliche Auskünfte über die steuerliche Beurteilung noch nicht verwirklichter Sachverhalte eingeholt.

### Sachverhalt

Seit Ende 2006 ist für die Erteilung einer verbindlichen Auskunft eine Gebühr zu zahlen, die sich regelmäßig nach dem Wert berechnet, den die Auskunft für den Steuerpflichtigen hat. Gegen die Erhebung dieser Gebührenpflicht wurden in der Vergangenheit erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken geäußert, die allerdings vom Finanzgericht Münster in einem in 2010 ergangenen Urteil nicht geteilt wurden. Dieses Urteil wurde nunmehr vom Bundesfinanzhof (BFH) bestätigt.

### Grundsatzentscheidung

Nach Auffassung des BFH ist die seit Ende 2006 erhobene Gebühr für die Erteilung von verbindlichen Auskünften verfassungsgemäß. Dem Argument, das Steuerrecht sei derart kompliziert, dass die Finanzverwaltung gehalten sei, gebührenfrei über verbindliche Auskünfte zu entscheiden, könne nicht gefolgt werden. Vielmehr seien für den Steuerpflichtigen durch die verbindliche Auskunft erhebliche Vorteile bereits im Vorfeld von Steuergestaltungen garantiert, die ebenso wie der dadurch entstehende Verwaltungsaufwand seitens der Finanzverwaltung die Erhebung einer Gebühr rechtfertige. Außerdem sei auch kein grobes Missverhältnis zwischen der Gebührenbemessung und den aus seiner Sicht verfolgten legitimen Gebührenzwecken erkennbar.

### Konsequenz

Die alleinige Entscheidungsbefugnis über die Verfassungskonformität von Rechtsnormen obliegt dem Bundesverfassungsgericht. Es bleibt daher abzuwarten, ob das oberste Gericht zukünftig die Möglichkeit bekommt, sich diesbezüglich zu äußern. Da der BFH keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Gebührenpflicht feststellen konnte, war er insoweit nicht zur Vorlage der Frage verpflichtet. Ebenfalls abzuwarten bleibt, ob im Rahmen des Steuervereinfachungsgesetzes 2011 die geplante Einführung einer Bagatellgrenze, wonach bei einem Gegenstandswert von unter 10.000 EUR künftig keine Gebühren mehr anfallen sollen, umgesetzt wird.

## 9. Haftung des Landwirts für Schäden durch ausbrechende Jungrinder

### Kernfrage

Halter von Nutztieren, also Haustieren, die aus beruflichen Gründen oder zu Erwerbszwecken gehalten werden, sind bei durch die Tiere verursachten Schäden haftungsprivilegiert. Für andere Tiere als Nutztiere sieht das Gesetz in allen Fällen eine Haftung des Tierhalters vor. Bei Nutztieren haftet der Tierhalter nicht, wenn er

seiner Aufsichtspflicht über das Tier nachgekommen ist oder der Schaden auch bei ausreichender Aufsicht entstanden wäre. Das Oberlandesgericht (OLG) Schleswig hatte nunmehr darüber zu entscheiden, ob dieses Haftungsprivileg noch zeitgemäß ist.

#### Sachverhalt

Der beklagte Landwirt betreibt Rindviehhaltung. Im Spätherbst hatte er seine weiblichen, erstmals trächtigen Jungrinder auf eine umzäunte Koppel hinter seinem Haus gebracht, um sie dort bis zur endgültigen Überwinterung im Stall zu halten. Ein Jungrind brach dabei in einer Panikreaktion aus und kollidierte mit 2 Autos, deren Halter Schadensersatz gegen den Landwirt geltend machten. Gegen die Schadensersatzansprüche machte der Landwirt sein Haftungsprivileg als Nutztierhalter geltend. Nachdem der Bundesgerichtshof (BGH) in einem ersten Verfahren das Haftungsprivileg des Nutztierhalters als rechtmäßig angesehen hatte, hatte das OLG nunmehr darüber zu befinden, ob der Landwirt seiner Aufsichtspflicht ausreichend nachgekommen war.

#### Entscheidung

Auf der Grundlage eines Gutachtens, dass den Ausbruch des Jungtiers als Panikreaktion erwiesen hatte, wies das Gericht die Klage ab. Der Landwirt haftet nicht, auch wenn der Zaun sich an der Ausbruchsstelle möglicherweise nicht in einem ordnungsgemäßen Zustand befunden haben sollte, weil selbst ein ordentlicher Zaun der Panikreaktion nicht standgehalten hätte. Auch das Halten der Tiere nahe am Haus stelle keine Pflichtverletzung, sondern übliche Praxis zur Gewöhnung der Tiere an den Hofbereich dar.

#### Konsequenz

Bei durch Nutztiere verursachten Schäden gilt das Haftungsprivileg zugunsten des Nutztierhalters. Er haftet (weiterhin) nur dann, wenn ihm eine Sorgfaltspflichtverletzung nachgewiesen werden kann.

### 10. Alter wiegt bei Sozialauswahl stärker als Kinderzahl

#### Rechtslage

Nachdem das Alter ein gesetzliches Diskriminierungskriterium ist, stellt sich immer wieder die Frage, inwieweit arbeitsrechtliche Regelungen, die auf das Alter abstellen, noch angewendet werden können, weil sie stets das Risiko einer Diskriminierung (entweder der älteren oder der jüngeren Arbeitnehmer) bergen. Eine solche Regelung ist beispielsweise im Kündigungsschutzgesetz enthalten, das die soziale Rechtfertigung einer Kündigung insbesondere anhand der Kriterien Betriebszugehörigkeit, Alter und Unterhaltspflichten prüft. Das Landesarbeitsgericht Köln hat nunmehr zur Gewichtung der einzelnen Kriterien entschieden.

#### Sachverhalt

Beim Arbeitgeber standen betriebsbedingte Kündigungen an. Unter anderen sollte einem von 2 Führungskräften gekündigt werden. Beide waren im Wesentlichen gleich lang im Unternehmen beschäftigt und verheiratet. Ein Mitarbeiter war 35 Jahre, der andere 53 Jahre alt; der jüngere Mitarbeiter war 2 Kindern gegenüber unterhaltsverpflichtet, der ältere Arbeitnehmer war kinderlos. Der Arbeitgeber kündigte dem älteren Arbeitnehmer mit der Begründung, die Unterhaltspflichten wögen schwerer als das Alter. Der Arbeitnehmer erhob hiergegen Kündigungsschutzklage und bekam Recht.

#### Entscheidung

Das Landesarbeitsgericht entschied, dass die Kündigung des älteren Arbeitnehmers unwirksam gewesen sei, weil der jüngere Arbeitnehmer im Gegensatz zum älteren wesentlich bessere Chancen habe, schnell eine neue Anstellung zu finden. Insoweit

sei auch zu berücksichtigen, dass seine Unterhaltspflichten für die Kinder mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht beeinträchtigt gewesen wären.

#### Konsequenz

Zwar ist in der Rechtsprechung nicht abschließend geklärt, wie die Sozialauswahlkriterien zueinander zu gewichten sind, allerdings überzeugt das Urteil des Landesarbeitsgerichts nicht. Da das Alter ein Diskriminierungsmerkmal ist, bedeutet die Entscheidung, dass jüngere Arbeitnehmer bei Kündigungen nach Sozialauswahlgesichtspunkten diskriminiert werden dürfen. Ob der sachliche Grund, für jüngere Arbeitnehmer sei es einfacher, einen Job zu finden, eine Rechtfertigung darstellen kann, ist zu bezweifeln. Aus hiesiger Sicht wäre dem objektiven Kriterium der Unterhaltspflicht der Vorrang zu gewähren. Inwieweit die Entscheidung noch durch das Bundesarbeitsgericht überprüft wird, ist derzeit unbekannt.

### 11. Finanzamt darf elektronisch falsch übertragene Lohnsteuerdaten nachträglich berichtigen

#### Kernproblem

Ist dem Finanzamt bei der Steuerveranlagung ein Fehler zugunsten des Steuerzahlers unterlaufen und fällt dies später der Behörde auf, dann wird sich häufig zu Unrecht auf die Berichtigungsvorschrift des § 129 AO berufen. Hiernach kann die Finanzbehörde Schreib- und Rechenfehler, sowie ähnliche offenbare Unrichtigkeiten jederzeit berichtigen, die ihr beim Erlass des Bescheids unterlaufen sind. Das gilt zumindest innerhalb der Verjährungsfrist (i. d. R. 4 Jahre nach Erlass des Bescheids). Ansatzpunkt der Berichtigungsmöglichkeit ist die Würdigung der offenbaren Unrichtigkeit; hier muss es sich um einen rein "mechanischen Fehler" handeln, der die Möglichkeit eines Rechtsirrtums ausschließt.

#### Sachverhalt

In dem vom Finanzgericht Münster entschiedenen Fall hatten die betroffenen Eheleute eine fehlerfreie Steuererklärung abgegeben. Der Ehemann war im Streitjahr in insgesamt 4 Arbeitsverhältnissen tätig; er musste also die Daten der Lohnsteuerbescheinigungen addieren (die als Nachweis der Steuererklärung beigefügt waren) und in die Steuererklärung eintragen. Das Finanzamt machte es sich einfach und übernahm per Mausklick die von den jeweiligen Arbeitgebern elektronisch übermittelten Daten, die unvollständig waren und zu einer geringeren Steuerschuld führten. Der Irrtum fiel dann im nächsten Jahr auf und wurde korrigiert - zu Unrecht?

#### Entscheidung

Das Finanzgericht Münster hat die Klage abgewiesen und die Revision nicht zugelassen. Nach Auffassung der Richter liege in dem Verhalten des Finanzamts eine typische offenbare Unrichtigkeit in Form eines mechanischen Fehlers und beruft sich hierbei auf die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH), der z. B. Übertragungsfehler und Irrtümer über den automatisierten Verfahrensablauf als solche ansieht. Der Fehler sei auch so offenbar, d. h. durchschaubar, eindeutig, augenfällig und läge auf der Hand, dass er von einem verständigen Dritten klar und deutlich erkannt werden könne.

#### Konsequenz

Der BFH hatte bereits früher zum Leidwesen des Steuerzahlers festgestellt, dass eine oberflächliche Bearbeitung der Finanzbehörde die Möglichkeit einer Änderung nicht ausschließe. Wenn jedoch eine nicht nur theoretische Möglichkeit eines Fehlers in der Tatsachenwürdigung oder bei der Anwendung einer Rechtsnorm besteht, ist die Berufung auf § 129 AO rechtsfehlerhaft und sollte angefochten werden. Zum Trost bei mechanischen Fehlern: Die Vorschrift eröffnet auch die Änderung zuungunsten des Finanzamts, wenn diesem der Fehler zuzurechnen ist.

## 12. Zweitwohnung auf Mallorca ohne Förderung durch Fiskus

### Kernproblem

Zwar ist die Eigenheimzulage für die Anschaffung oder Herstellung von Wohneigentum ab dem 1.1.2006 entfallen; in der Praxis können aber wegen der 8jährigen Laufzeit mitunter noch Anwendungsfälle hochkommen, z. B. wegen einer Nutzungsänderung (vorher vermietet, jetzt selbstgenutzt, etwa durch Gestaltung mit Kindern) oder Begründung/Wegfall von Kinderzulagen. Zudem hat die Rechtsprechung der letzten Jahre verstärkt solche begünstigenden Regelungen der deutschen Steuergesetze im Visier gehabt, die europarechtswidrig nur inländische Sachverhalte fördern. So konnten sich z. B. zuletzt auch Eltern freuen, die Schulgeld ihrer Sprösslinge im EU-Ausland ausgaben, obwohl das deutsche EStG zunächst nur Schulgelder der in Deutschland belegenen Schulen als Sonderausgaben begünstigte. Aber was gibt es Schöneres, als privat motivierte Ausgaben mit einem Steuervorteil des Fiskus noch attraktiver zu gestalten? Das dachte sich auch ein Ehepaar, das eine Zweitwohnung auf Mallorca erwarb und hierfür die Eigenheimzulage begehrte.

### Sachverhalt

In Deutschland ansässige Eheleute erwarben 2001 eine Eigentumswohnung auf Mallorca, die überwiegend durch die Ehefrau für mehrere Monate im Jahr als Zweitwohnung genutzt wurde. Der Einspruch gegen die Ablehnung des im Jahr 2005 gestellten Antrags auf Eigenheimzulage ruhte zunächst wegen eines beim Europäischen Gerichtshof (EUGH) anhängigen Verfahrens. Hier hatten sich einige der Personengruppen, die in Deutschland einer unbeschränkten Steuerpflicht unterliegen, erfolgreich gegen die Voraussetzung einer "im Inland belegenen Wohnung" gewehrt. Hierbei handelte es sich jedoch um solche Personen, die in Deutschland keinen Wohnsitz hatten und entweder der erweiterten unbeschränkten Steuerpflicht (z. B. Staatsbedienstete) oder Grenzpendlerbesteuerung unterlagen. Nachdem die Entscheidung des EUGH ergangen war, lehnte das Finanzamt die Erweiterung der Eigenheimzulage auf im EU-Ausland belegene Wohnungen "normal unbeschränkt Steuerpflichtiger" mit Wohnsitz im Inland ab.

### Entscheidung

Das Finanzgericht Köln wies die Klage der Eheleute ab. Zwar seien die Eheleute in ihrem Recht auf Freizügigkeit und Kapitalverkehrsfreiheit beschränkt, weil das Gesetz den Aufenthalt und eine Investitionen im Ausland hindere. Die Beschränkung sei jedoch - anders als im entschiedenen Fall des EUGH - gerechtfertigt, denn mit der Förderung habe der Gesetzgeber zulässigerweise wohnungsmarktpolitische Zwecke verfolgt. Während etwa Grenzpendler, EU-Beamte oder Diplomaten durch die Aufnahme ihres Wohnsitzes im EU-Ausland den inländischen Wohnungsmarkt entlasteten, bliebe die Anschaffung einer zusätzlichen Wohnung im Ausland ohne Auswirkungen auf den nationalen Wohnungsbestand im Inland.

### Konsequenz

Die Entscheidung ist bisher in der Fachpresse noch wenig kritisiert worden und scheint sinnvoll.

## 13. Stiftungsgründung durch Erbeinsetzung: Zuwendungen in Vermögensstock

### Kernproblem

Durch das Gesetz zur weiteren Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements werden ab dem Jahr 2007 Zuwendungen in den Vermögensstock einer gemeinnützigen Stiftung mit bis zu 1 Mio. EUR (innerhalb eines 10-Jahreszeitraums) als Sonderausgabe durch Spendenabzug steuerlich gefördert. Dass die Zuwendungen ertragsteuerlich nicht genutzt werden können, hat der Bundesfinanzhof (BFH) jetzt für den Fall entschieden, dass sie erst mit dem Tod steuerlich abfließen.

### Sachverhalt

Ehegatten hatten ein gemeinschaftliches Testament errichtet und sich gegenseitig zu alleinigen Erben eingesetzt. Nach dem Tode des Nachversterbenden sollte der Nachlass auf eine von Todes wegen errichtete gemeinnützige Stiftung übergehen. Hierzu kam es dann im Jahr 2006. Die gegründete Stiftung des privaten Rechts reichte als Erbin für die Erblasserin die Einkommensteuererklärung 2006 ein und machte einen Betrag von 1 Mio. EUR steuerlich durch Spendenbescheinigung geltend. Nach dem für das Streitjahr 2006 geltenden Einkommensteuergesetz wurden Zuwendungen von bis zu 307.000 EUR gefördert. Das Finanzamt lehnte jedoch den Spendenabzug mit der Begründung ab, dass der Abfluss erst mit dem Tod und damit nach dem Erlöschen der persönlichen Steuerpflicht erfolgt sei.

### Entscheidung

Der BFH ist der Vorinstanz gefolgt und hat den Spendenabzug mit der Begründung abgelehnt, dass bis zum Todeszeitpunkt keine Zuwendungen in die Stiftung geleistet wurden. Auslösendes Moment für den Übergang der Erbschaft sei der Tod des Erblassers. Keine Auswirkung auf den Abflusszeitpunkt habe die Tatsache, dass es sich bei der Erbeinsetzung um eine freiwillige Entscheidung des Erblassers zu dessen Lebzeiten handele. Auch das Argument der Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments vermochte den Senat nicht umzustimmen, denn die Erblasserin hätte zu Lebzeiten frei über das Vermögen verfügen und es auch verbrauchen können. Eine Abweichung vom allgemeinen steuerlichen Abflussprinzip rechtfertige auch nicht die zivilrechtliche Sonderregelung (§ 84 BGB), nach der die Zuwendungen des Stifters als schon vor dessen Tod als entstanden gelten, wenn die Stiftung nach dem Tod als rechtsfähig anerkannt wird.

### Konsequenz

Die Zuwendungen müssen zu Lebzeiten erfolgen, um den eigenen Spendenabzug zu ermöglichen. Hierfür muss die Stiftung bereits gegründet sein und den Gemeinnützigkeitsstatus erlangt haben.

## 14. Kein Entgelt für die Übersendung von "Zwangskontoauszügen"

### Kernaussage

Kreditinstitute, die ihren Kunden unaufgefordert Kontoauszüge zusenden, dürfen für diese Leistung kein Entgelt verlangen. Sie müssen ihre Kunden mindestens einmal monatlich kostenfrei über Zahlungsvorgänge auf deren Konto informieren. Das entschied jüngst das Landgericht Frankfurt.

### Sachverhalt

In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Deutschen Bank war festgelegt, dass Kunden den Kontoauszug per Post zugeschickt bekommen, sofern sie diesen nicht innerhalb von 30 Bankarbeitstagen am Kontoauszugdrucker abrufen. Für die Übersendung sollten die Kunden ein Entgelt von 1,94 EUR zahlen. Ähnliche Gebührenklauseln für so genannte "Zwangskontoauszüge" verwenden auch zahlreiche andere Banken und Sparkassen. Gegen die Klausel der Deutschen Bank klagte die Verbraucherzentrale Bundesverband und gewann.

### Entscheidung

Das erhobene Entgelt für die Übersendung der Zwangskontoauszüge war unzulässig. Die Richter entschieden, dass eine Bank ist grundsätzlich gesetzlich verpflichtet ist, ihren Kunden mindestens einmal im Monat über die Zahlungsvorgänge auf seinem Konto zu informieren, ob online, am Auszugsdrucker oder per Zusendung. Für die Erfüllung dieser Pflicht darf kein Entgelt erhoben werden. Dies ist nur in gesetzlich vorgesehenen Ausnahmefällen möglich, etwa wenn der Kunde eine zusätzliche Zusendung ausdrücklich verlangt. Eine solche Ausnahme der ausdrücklich verlangten zusätzlichen Zusendung hat das Landgericht

Frankfurt im vorliegenden Fall verneint. Wenn der Kunde die Kontoauszüge nicht abhole, verlange er damit nicht deren Zusendung. Es stehe im Belieben der Bank, die Auszüge nach Ablauf der 30-Tage-Frist per Post zu versenden.

Rechtsprechung zur Gebührenerhebung durch Kreditinstitute

- Die Bank ist gesetzlich verpflichtet, die von ihr verwalteten Wertpapiere kostenfrei herauszugeben, wenn der Kunde das will. Allerdings darf die Bank für die Depotführung und für den An- und Verkauf von Wertpapieren kassieren. - Für ein Vertragsangebot, das der Kunde ablehnt, darf die Bank nichts berechnen. Es gehört zu den üblichen Risiken jeder Geschäftstätigkeit, dass Kunden abspringen, bevor es zu einem Vertragsschluss kommt. - Es gehört zur Pflicht der Bank, bei einem Baudarlehen eingehende Raten ordnungsgemäß zu verbuchen und den Kunden darüber kostenfrei zu informieren. - Verweigert die Bank die Einlösung von Lastschriften, Schecks, Daueraufträgen und Überweisungen, weil das Konto nicht gedeckt ist, wird die Bank im eigenen Sicherheitsinteresse tätig. Sie darf dafür keine Kosten berechnen, auch nicht für die Nachricht über die Nichtausführung. - Wenn der Kunde Geld aufs eigene Konto einzahlt oder davon abhebt, darf die Bank nur dann Gebühren erheben, wenn das vorher vertraglich vereinbart wurde. Dann wird jede Buchung extra abgerechnet. Mindestens 5 müssen im Monat aber in jedem Fall kostenlos sein. Bei Einzahlungen auf ein fremdes Konto darf die Bank dafür ein Entgelt berechnen. - Nach Verlust oder Beschädigung einer Kreditkarte darf die Bank nicht in jedem Fall für eine Ersatzkarte Geld verlangen. Ist die Bank selbst für den Verlust verantwortlich, muss die Ersatzkarte kostenlos sein. - Je mehr Mahnungen die Bank wegen eines Sachverhalts schickt, desto geringer müssen die Kosten der einzelnen Mahnung werden, denn der Sachverhalt muss nicht jedes Mal neu dargestellt werden. Mahnkosten über 3 EUR sind kaum zu begründen. - Wenn die Bank oder Dritte im eigenen Interesse Auskünfte einholen, sind das allgemeine Geschäftskosten, für die der Kunde nichts zahlen muss. Nur wenn er die Bank ausdrücklich auffordert, Auskünfte weiterzugeben, kann sie dafür Gebühren erheben. - Die Bank ist gesetzlich verpflichtet, Pfändungsbeschlüsse kostenfrei zu bearbeiten und monatlich zu überwachen. - Kosten für allgemeine Telefonate und Kopien darf die Bank nicht auf die Kunden abwälzen. Nur wenn sie auf ausdrücklichen Kundenwunsch zusätzlich telefoniert und kopiert, darf sie Kosten geltend machen - aber nur so viel, wie ihr tatsächlich entstanden sind. - Die Bank ist gesetzlich verpflichtet, Freistellungsaufträge zu verwalten und zu ändern. Sie darf dafür keine Gebühr verlangen. - Die Auskunft über den Kontostand ist kostenlos. Wenn das am Schalter nicht möglich ist, muss ein Auszugsdrucker bereit stehen. - Wenn Kunden von der Bank unzulässige Gebühren zurückfordern, darf sie nicht darauf bestehen, dass diese die Belastung mit Datum und Betragshöhe nachweisen. Sie muss kostenlos über die strittige Abbuchung Auskunft geben. - Die Bank muss bei einer Überweisung dafür sorgen, dass das Geld beim Empfänger ankommt. Forscht sie über den Verbleib nach, handelt sie im eigenen Interesse. - Die Bank ist vertraglich verpflichtet, einer Reklamation nachzugehen. Sie darf keine Gebühren verlangen. - Wenn Kunden ihre Kreditkarte vor Ende der vereinbarten Laufzeit zurückgeben, müssen diese für die restliche Zeit nicht zahlen. Das gilt auch für die EC-Karte. - Kunden dürfen ein Girokonto ohne Angabe von Gründen und ohne Kündigungsfrist auflösen. Auch wenn ein Sparvertrag fristgemäß gekündigt wird, fallen keine Gebühren an.

#### 15. Versagung der Restschuldbefreiung wg. Verletzung von Mitwirkungspflichten

Kernaussage

Nach den Bestimmungen der Insolvenzordnung (§§ 20, 94 InsO) ist über sämtliche, das Insolvenzverfahren betreffende Verhältnisse Auskunft zu erteilen.

Dazu entschied der Bundesgerichtshof (BGH) kürzlich: wenn ein Schuldner eine im Zeitraum zwischen der Stellung eines ersten Insolvenzantrags und der Stellung eines weiteren (mit einem Restschuldbefreiungsgesuch verbundenen Insolvenzantrags) vorgenommene Grundstücksschenkung auf Nachfrage nicht angibt, liegt hierin ein zumindest grob fahrlässiger Verstoß gegen seine Auskunfts- und Mitwirkungspflichten.

#### Sachverhalt

Der Schuldner beantragte im Juli 2005 die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen. Nach erfolgten Hinweisen durch das Insolvenzgericht stellte er unter Verwendung von Formblättern im August desselben Jahres abermals einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens, den er mit einem Restschuldbefreiungsantrag verband. In dem eingereichten Vermögensverzeichnis gab der Schuldner durch Ankreuzen des Kastens "nein" an, in den letzten 4 Jahren keine Vermögensgegenstände verschenkt und in den letzten 2 Jahren keine Vermögensgegenstände an nahe Angehörige veräußert zu haben. Zwischenzeitlich hatte er aber Ende Juli 2005 seinen Miteigentumsanteil an einem Grundstück unentgeltlich auf seine Ehefrau übertragen. Im November 2005 wurde das Insolvenzverfahren eröffnet. Den vom Gläubiger gestellten Antrag, dem Schuldner die Restschuldbefreiung wegen der Grundstücksveräußerung zu versagen, lehnten die Untergerichte ab. Die dagegen gerichtete Beschwerde hatte Erfolg.

#### Entscheidung

Der BGH versagte dem Schuldner die Restschuldbefreiung, weil er seine Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten grob fahrlässig verletzt hat. Er verschwieg trotz der in dem Antrag enthaltenen ausdrücklichen Fragestellung eine Schenkung bzw. eine Veräußerung von Vermögensgegenständen an einen nahen Angehörigen. Nach den insolvenzrechtlichen Vorschriften ist über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse Auskunft zu erteilen. Die Auskunft umfasst alle rechtlichen, wirtschaftlichen und tatsächlichen Verhältnisse, die für das Verfahren in irgendeiner Weise von Bedeutung sein können. Die Verpflichtung ist nicht davon abhängig, dass an den Schuldner entsprechende Fragen gerichtet werden. Weil der Schuldner das Formular selbst ausgefüllt und die Richtigkeit der Angaben durch seine Unterschrift bestätigt hatte, musste ihm aufgrund der konkreten Fragestellung in dem Formular der damit bezweckte, auf Schenkungen und Veräußerungen an nahe Angehörige gerichtete Inhalt seiner Auskunftspflicht bewusst sein.

#### Konsequenz

Der BGH setzt seine Rechtsprechung zur groben Fahrlässigkeit konsequent fort. Um auf der sicheren Seite zu sein, muss ein Schuldner die betroffenen Umstände von sich aus, ohne besondere Nachfrage, offen legen, soweit sie offensichtlich für das Insolvenzverfahren von Bedeutung sein können und nicht klar zu Tage liegen.

### 16. Gleichstellung von Lebenspartnern mit Ehegatten in Zusatzversorgung

#### Kernfrage

Ungeachtet der weitestgehenden Gleichstellung von eingetragenen Lebenspartnern mit Ehegatten, sehen diverse Regelungen, hier konkret die Knüpfung zusätzlicher Versorgungsbezüge an den Bestand einer Ehe, die Besserstellung von Ehegatten vor. Der Europäische Gerichtshof hatte nunmehr für den Bereich der Zusatzversorgungsbezüge zu klären, ob darin eine europarechtswidrige Diskriminierung zu sehen sei.

#### Sachverhalt

Der Kläger war ehemals im öffentlichen Dienst beschäftigt, aber seit 1990 erwerbsunfähig und bezog daher eine Zusatzversorgung der öffentlichen Hand. Im Jahre 2001 ging er eine eingetragene Lebenspartnerschaft ein und verlangte

daraufhin die Neuberechnung seiner Zusatzversorgung aufgrund der nach seiner Sicht anzuwendenden besseren Einstufung von Ehegatten. Sein Antrag wurde mit der Begründung, der Kläger sei nicht verheiratet, zurückgewiesen. Hierin sah der Kläger eine unzulässige Diskriminierung wegen seiner sexuellen Ausrichtung.

#### Entscheidung

Der Europäische Gerichtshof, der auf Vorlage des Arbeitsgerichts entschied, gab dem Kläger Recht. Zum 3.12.2003 musste die Gleichstellungsrichtlinie der Europäischen Union in Beschäftigung und Beruf umgesetzt sein. Da das deutsche Recht die eingetragene Lebenspartnerschaft der Ehe rechtlich wenn nicht gleich, so doch sehr vergleichbar ausgestaltet habe, stelle eine Ungleichbehandlung von Lebenspartnern und Ehegatten im Bereich der Zusatzversorgung (Entlohnung) eine nicht gerechtfertigte Diskriminierung dar. Daher sei der öffentliche Versorgungsträger ab dem 3.12.2003 zur Zahlung der Ehegatten-Versorgung verpflichtet.

#### Konsequenz

Die Entscheidung überrascht nicht; sie liegt auf der Linie des Europäischen Gerichtshofes, Diskriminierung, insbesondere aufgrund sexueller Ausrichtung, zu unterbinden. Bedeutung gewinnt die Entscheidung aber dadurch, dass die höheren Zahlungsansprüche ab dem 3.12.2003 entstehen und somit wohl auch in regelverjährten Fällen rückwirkend eingefordert werden können.

### 17. Voraussetzungen und Durchsetzung einer Nettolohnvereinbarung

#### Kernfrage

Bei einer Nettolohnvereinbarung ist der Arbeitgeber verpflichtet, die aus dem vereinbarten Nettolohn hochgerechneten Lohnsteuern und Sozialversicherungsabgaben zusätzlich zu leisten. Das Landesarbeitsgericht Hamm hatte neben der Frage, ob im Streitfall eine Nettolohnvereinbarung tatsächlich vorlag, zu klären, ob und ab welchem Zeitpunkt der Arbeitnehmer im Falle einer Nettolohnvereinbarung auf Zahlung der ausstehenden Lohnbestandteile (hier Lohnsteuer) klagen kann.

#### Sachverhalt

Der Kläger war Profisportler, der im Zusammenhang mit einem Vereinswechsel ein Handgeld und eine Ablösesumme über seinen Spielervermittler erhalten hatte. Da Handgeld und Ablöse unversteuert blieben, wurde der Kläger wegen Steuerhinterziehung verurteilt. Mit seiner auf Zahlung des "fehlenden" Steuerbetrages gerichteten Klage machte der Sportler geltend, dass mit dem Verein die Zahlung des Handgeldes und der Ablöse netto vereinbart gewesen sei. Der Verein bestritt hierbei nicht nur, dass eine Nettolohnvereinbarung vorgelegen habe, sondern trug auch vor, er habe nicht gewusst, dass die Zahlungen an den Spielervermittler von diesem an den Sportler weitergeleitet worden seien.

#### Entscheidung

Das Gericht wies die Klage ab. Dabei unterstrich es zunächst, dass derjenige, der sich auf die Nettolohnvereinbarung beruft, für deren Vorliegen auch beweispflichtig ist. Dies sei dem Sportler bisher nicht ausreichend gelungen. Abgewiesen wurde die Klage aber deshalb, weil die eingeklagten Steuerbeträge noch nicht an das Finanzamt abgeführt worden waren. Sei dies aber der Fall, sei allenfalls Freistellung denkbar.

#### Konsequenz

Macht ein Arbeitnehmer das Vorliegen einer Nettolohnvereinbarung geltend, ist er für deren Vorliegen beweispflichtig. Eine Zahlungsklage ist erst dann zulässig, wenn die Steuern (und ggf. Sozialversicherungsabgaben) vom Arbeitnehmer an die

Behörden abgeführt worden sind. Vorher ist allenfalls eine auf Freistellung von der Abgabenlast gerichtete Klage denkbar.

18. Ist ein Vertragsarzt Amtsträger im Sinne des Strafrechts?

Kernaussage

Wer einem Amtsträger einen Vorteil dafür verspricht, dass er eine Diensthandlung vornimmt und dadurch seine Dienstpflichten verletzt, wird nach den Vorschriften des Strafgesetzbuches wegen Bestechung mit Freiheitsstrafe bestraft. Der Große Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs (BGH) muss nunmehr darüber entscheiden, ob ein Vertragsarzt Amtsträger im Sinne des deutschen Strafrechts ist. Das zugrundeliegende Revisionsverfahren betrifft die Strafbarkeit von Beteiligten am sog. Pharmamarketing.

Sachverhalt

Die Staatsanwaltschaft Verden führte gegen den Geschäftsführer eines Unternehmens ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr und der Bestechung. Das Unternehmen vertreibt als Hilfsmittel im Sinne der sozialrechtlichen Regelungen eingeordnete Geräte, die zur elektromedizinischen Reizstromtherapie bestimmt sind. Nachdem das Ermittlungsverfahren mit der Begründung eingestellt worden war, der Geschäftsführer sei einem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterlegen, hat die Staatsanwaltschaft in einem selbstständigen Verfallsverfahren beantragt, gegen das Unternehmen Wertersatz in Höhe von 350.225 Euro für verfallen zu erklären. Das Landgericht Stade hat diesen Antrag als unzulässig verworfen. Nach den von ihm getroffenen Feststellungen schloss das Unternehmen mit der AOK Verträge über die Abgabe der Reizstromtherapiegeräte an Patienten zur häuslichen Eigenanwendung. Es stellte zudem niedergelassenen Ärzten hochwertige Apparaturen für deren Praxis zur Verfügung und erließ das hierfür zu zahlende Entgelt vollständig oder teilweise, wenn der Arzt Verordnungen über den Bezug eines Reizstromtherapiegeräts ausstellte und diese dem Unternehmen zukommen ließ. Zwischen September 2004 und November 2008 gingen dem Unternehmen mehr als 70.000 Verordnungen zu. Es rechnete seine Leistungen sodann jeweils gegenüber der AOK ab.

Entscheidung

Nach Ansicht des Landgerichts lag weder eine Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB) noch eine Vorteilsgewährung (§ 333 StGB) oder Bestechlichkeit (§ 334 StGB) vor. Hiergegen wandte sich die Staatsanwaltschaft mit ihrer Revision.

Konsequenz

Der BGH wird u. a. darüber zu befinden haben, ob ein niedergelassener Vertragsarzt bei der Verordnung von Hilfsmitteln als Amtsträger anzusehen ist mit der Folge, dass die Beteiligten ein Amtsdelikt begehen können. Wird dies verneint, ist zu klären, ob der Vertragsarzt Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen im Sinne des Strafgesetzbuches ist. Diese Frage ist umstritten und höchstrichterlich noch nicht geklärt. Im Zusammenhang mit einer möglichen Strafbarkeit wegen Betrugs und Untreue ist bisher lediglich entschieden, dass der Vertragsarzt bei der Verordnung eines Arzneimittels als Vertreter der Krankenkasse handelt und mit Wirkung für und gegen diese eine Willenserklärung zum Abschluss eines Kaufvertrages über das verordnete Medikament abgibt.

19. Zum Beginn der Festsetzungsfrist bei Antragsveranlagungen

Rechtslage

Besteht das Einkommen aus Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit, von denen ein Steuerabzug vorgenommen wurde, und entsprechend mit einer Lohnsteuererstattung zu rechnen ist, wird eine Veranlagung nur auf Antrag des

Steuerpflichtigen durchgeführt. Mit dem Jahressteuergesetz 2008 wurde die zweijährige Antragsfrist aufgehoben. Für Veranlagungszeiträume ab 2005 und bei Anträgen, die nach dem 28.12.2007 gestellt werden, sind nunmehr die Regelungen über Verjährungsfristen zu beachten. Die reguläre Festsetzungsverjährung beträgt 4 Jahre (§ 169 Abs. 2 Nr. 2 AO). Bislang höchstrichterlich nicht geklärt ist, ob zusätzlich die 3-jährige Anlaufhemmung (§ 170 Abs. 2 Nr. 1 AO) eingreift und damit im Ergebnis eine 7-jährige Festsetzungsfrist gilt.

#### Sachverhalt

Die Klägerin bezog im Streitjahr 2003 ausschließlich Einkünfte aus nichtselbstständiger Tätigkeit. Im Januar 2008 reichte sie eine Einkommensteuererklärung für 2003 ein. Das beklagte Finanzamt vertrat die Auffassung, dass die zweijährige Antragsfrist abgelaufen sei. Hiergegen richtet sich die Klage.

#### Entscheidung

Das Finanzgericht gab der Klägerin Recht. Die Voraussetzung, dass der Antrag bis zum Ablauf des auf den Veranlagungszeitraum folgenden zweiten Kalenderjahres zu stellen war, ist mit dem Jahressteuergesetz 2008 entfallen. Die Festsetzungsfrist beginnt daher mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Steuer entstanden ist, also mit Ablauf des 31.12.2003. Die reguläre 4-jährige Festsetzungsfrist (§ 169 Abs. Nr. 2 AO) endet mit Ablauf des 31.12.2007, so dass die im Januar 2008 eingereichte Steuererklärung verspätet ist. Der Erfolg der Klage hängt davon ab, ob zusätzlich die -jährige Anlaufhemmung (§ 170 Abs. 2 Nr. 1 AO) eingreift. Im Gegensatz zu einer früheren Entscheidung eines anderen Senats desselben Finanzgerichts (Baden-Württemberg), vertrat der mit der vorliegenden Klage befasste Senat die Auffassung, dass die Anlaufhemmung aufgrund verfassungskonformer Auslegung zu berücksichtigen sei. Anderenfalls läge eine gegen Art. 3 GG verstoßende Ungleichbehandlung derjenigen, die nur auf Antrag zu veranlagten seien, gegenüber denjenigen, für die eine Veranlagungspflicht bestehe, vor. Beide Urteile sind nicht rechtskräftig. Das Revisionsverfahren ist beim Bundesfinanzhof anhängig.

#### Konsequenz

Der Antrag auf Lohnsteuererstattung sollte innerhalb von 4 Jahren gestellt werden. Bis zum 31.12.2011 können daher noch "freiwillige" Einkommensteuererklärungen für das Jahr 2007 abgegeben werden. Unter Bezugnahme auf das anhängige Revisionsverfahren können sogar noch Veranlagungen für 2004 beantragt werden. Das Urteil des BFH bleibt mit Spannung abzuwarten.

### Unternehmer und Freiberufler

#### 20. Notarberuf darf nicht eigenen Staatsangehörigen vorbehalten sein

##### Kernaussage

Die Ausgestaltung des Notarberufs ist in der Bundesnotarordnung geregelt. Nach § 5 BNotO darf nur ein deutscher Staatsangehöriger zum Notar bestellt werden. In den Mitgliedsländern Österreich, Belgien, Griechenland, Frankreich und Luxemburg existiert eine entsprechende Regelung. Dies stellt eine im EG-Vertrag verbotene Diskriminierung dar, da EU-Bürger nicht ohne hinreichenden Grund wegen ihrer Staatsangehörigkeit benachteiligt und in ihrer Niederlassungsfreiheit beschränkt werden dürfen.

##### Sachverhalt

Die EU-Kommission wurde mit einer Beschwerde befasst, die die Staatsangehörigkeitsvoraussetzung für den Zugang zum Beruf des Notars in Deutschland betraf. Im weiteren Verlauf forderte die Kommission die Bundesrepublik Deutschland u. a. Mitgliedstaaten auf, erforderliche Maßnahmen zu

ergreifen um den Verpflichtungen aus dem EG-Vertrag (Art. 43, 45 Abs. 1 EGV) nachzukommen und die entsprechende Richtlinie (89/48) umzusetzen. Dadurch, dass der Zugang zum Beruf des Notars den eigenen Staatsangehörigen vorbehalten bleibt, wird die Niederlassungsfreiheit unzulässig beschränkt. Im Übrigen regelt die Richtlinie, dass die in einem anderen EU-Mitgliedstaat erworbene Qualifikation durch Eignungsprüfung o. ä. anzuerkennen ist. Die Bundesrepublik hielt dies für unbegründet. Daraufhin hat die Kommission Klage vor dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) erhoben.

#### Entscheidung

Der EuGH stellte fest, dass ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit in der EU vorliegt. Diese kann nach dem EG-Vertrag zwar eingeschränkt werden, wenn die Tätigkeit unmittelbare und spezifische Teilhabe an der Ausübung öffentlicher Gewalt umfasst. Das Arbeitsgebiet des Notars fällt jedoch nicht unter den Begriff der öffentlichen Gewalt. Die Haupttätigkeit des Notars besteht in der Beurkundung eines Akts oder eines Vertrages, denen sich die Parteien freiwillig unterwerfen, mithin maßgeblich ist der Parteiwille. Auch erfolgt die freiberufliche Arbeit der Notare (Ausnahme Baden-Württemberg) unter Wettbewerbsbedingungen. Zudem haften Notare für die Handlungen im Rahmen der beruflichen Tätigkeit persönlich. All dies ist für die Ausübung öffentlicher Gewalt untypisch. Hinsichtlich der Anerkennung der Berufsqualifikation eines EU-Bürgers wird die Rüge der fehlenden Umsetzung der Richtlinie aufgrund unklarer Rechtslage zurückgewiesen.

#### Konsequenz

Das Gericht betonte, dass lediglich das Staatsangehörigkeitserfordernis und nicht die Organisation des Notariats als solches betroffen ist. Das Bundesjustizministerium kündigte eine entsprechende Gesetzesänderung an. Offen ist noch die Frage, ob EU-Notare in Deutschland beurkunden können, weil ihre Ausbildung zum Notar in Deutschland nicht anerkannt wird.

#### 21. Grundstücke: Keine Vorsteuer ohne Zuordnung zum Unternehmensvermögen

##### Kernaussage

Unternehmer können Vorsteuer aus dem Erwerb eines gemischt genutzten Grundstückes geltend machen, sofern sie dieses dem Unternehmensvermögen zuordnen. Die Zuordnungsentscheidung muss im Zeitpunkt des Leistungsbezugs erfolgen. Umstritten ist allerdings, wann und wie diese Zuordnungsentscheidung gegenüber dem Finanzamt offen zu legen ist.

##### Sachverhalt

Die Klägerin errichtete in 2005 und 2006 ein Wohnhaus, in dem sie eine Praxis betrieb. Aufgrund ihrer Tätigkeit war sie zum Vorsteuerabzug berechtigt. In 2006 gab die Klägerin erstmals Umsatzsteuervoranmeldungen ab, ohne jedoch hierin Vorsteuer aus der Errichtung des Wohnhauses geltend zu machen. In 2005 hatte sie mangels Registrierung gar keine Voranmeldungen abgegeben. Im Juni 2007 reichte die Klägerin eine Umsatzsteuererklärung für das Jahr 2005 ein, in der sie nun Vorsteuern aus der Erstellung des Wohnhauses deklarierte. Das Finanzamt versagte den Vorsteuerabzug, da die Zuordnung des Grundstückes zum Unternehmensvermögen nicht rechtzeitig erfolgt sei. Die hiergegen gerichtete Klage blieb erfolglos.

##### Entscheidung

Das Finanzgericht (FG) Rheinland-Pfalz folgt der Ansicht des Finanzamtes. Demnach muss die Zuordnungsentscheidung grundsätzlich durch Inanspruchnahme des Vorsteuerabzugs in der USt-Voranmeldung für den Zeitraum des Leistungsbezugs dokumentiert werden. Ist dies nicht möglich, weil keine

Verpflichtung zur Abgabe von Voranmeldungen besteht, kann die Zuordnungsentscheidung - ausnahmsweise - in der USt-Jahreserklärung erfolgen. Dies gilt aber nur, wenn diese zeitnah abgegeben wird. Dies sah das FG jedoch hier nicht als gegeben an, da die Abgabe 17 Monate nach Ablauf des Veranlagungszeitraums erfolgte.

#### Konsequenzen

Gegen das Urteil wurde die Revision zugelassen. Es ist zu hoffen, dass der Bundesfinanzhof (BFH) sich nun der Sache annimmt und für Klarheit sorgt. Bis dahin sollte dem Finanzamt die Zuordnungsentscheidung immer sofort mit dem ersten für das Grundstück erfolgenden Leistungsbezug durch bzw. mit Abgabe der entsprechenden USt-Voranmeldung offen gelegt werden. Um "Missverständnissen" vorzubeugen, bietet es sich an, nicht nur den Vorsteuerabzug aus dem Grundstück geltend zu machen, sondern der Voranmeldung diesbezüglich eine separate Anlage beizufügen.

## 22. Vorsteuerberichtigung bei Umlaufvermögen

#### Rechtslage

Ändern sich die Verhältnisse, die für den Vorsteuerabzug beim Erwerb von Wirtschaftsgütern des Umlaufvermögens maßgebend waren, so ist die Vorsteuer zu berichtigen (§ 15a UStG).

#### Sachverhalt

Kauft ein Kleinunternehmer Ware in 2011, so steht ihm hieraus kein Vorsteuerabzug zu. Überschreitet er in 2012 die Kleinunternehmergrenze, so wird er steuerpflichtig. Verkauft er nun in 2012 die in 2011 erworbene Ware, so unterliegt der Verkauf der Umsatzsteuer. Im Gegenzug kann die Vorsteuer aus dem Erwerb der Ware berichtigt, d. h. nachträglich geltend gemacht werden.

#### Neue Verwaltungsanweisung

Das Bayerische Landesamt für Steuern stellt in einer Verfügung die Verwaltungsauffassung zur Korrektur der Vorsteuer bei Umlaufvermögen dar.

#### Konsequenzen

Die Verfügung ist insbesondere in folgenden Fallkonstellationen zu beachten: - Wechsel vom Kleinunternehmer zur Regelbesteuerung und umgekehrt. - Wechsel von der Durchschnittssatzbesteuerung für Land- und Forstwirte zu Regelbesteuerung und umgekehrt. - Erwerb eines Grundstückes mit Vorsteuerabzug zwecks steuerpflichtiger Weiterveräußerung und spätere tatsächliche steuerfreie Veräußerung. Besonders zu beachten sind folgende Sachverhalte: Eine Korrektur zugunsten der Unternehmer setzt voraus, dass bei Erwerb des Umlaufvermögens ordnungsgemäße Rechnungen vorgelegen haben. Die Unternehmer sollten daher bei Erwerb des Umlaufvermögens nur einwandfreie Rechnungen akzeptieren. Auch wenn sie zu diesem Zeitpunkt noch keine Vorsteuer ziehen können, so erhalten sie sich diese Möglichkeit für den Fall, dass sich die Verhältnisse, wie dargestellt, ändern. Da eine Korrektur nur erfolgt, wenn die auf den Erwerb des jeweiligen Wirtschaftsgutes entfallende Vorsteuer 1.000 EUR übersteigt, kann es gerade für Landwirte zudem wichtig sein, zu klären, was als Wirtschaftsgut bzw. Berichtigungsobjekt im Sinne des § 15a UStG zu verstehen ist. Kauft ein Landwirt z. B. eine Partie von 100 Schweinen auf die insgesamt 1.200 EUR Vorsteuer entfallen, so setzt eine spätere Berichtigung voraus, dass diese Partie als Berichtigungsobjekt angesehen wird, da die Vorsteuer, die auf ein einzelnes Schwein entfällt, nicht 1.000 EUR übersteigt. Die Verfügung stellt hierzu die Auffassung der Finanzverwaltung dar, die von der Rechtsprechung jedoch nicht in vollem Umfang geteilt wird.

## 23. Keine Gemeinnützigkeit bei politischer Betätigung

### Kernproblem

Ein Verein ist als gemeinnützig anzuerkennen, wenn er nach seiner Satzung und nach seiner tatsächlichen Geschäftsführung ausschließlich und unmittelbar gemeinnützigen Zwecken dient. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Fraglich ist, ob die Ausschließlichkeit gegeben ist, wenn man sich auch zu tagespolitischen Themen im Rahmen des Satzungszwecks äußert. So ist es nicht unüblich, dass die begünstigte Tätigkeit mit einer gewissen politischen Zielsetzung verbunden ist.

### Sachverhalt

Satzungsmäßige Aufgabe des klagenden Vereins ist die Förderung der Kultur bspw. durch Bildungsangebote, Diskussions- und Kulturveranstaltungen sowie Informationsstände. Daneben äußerte der Geschäftsführer auf der Homepage seine Meinung zu Fragen der Politik. Er legte kurz vor einer Wahl den Seitenbesuchern eine bestimmte Partei ans Herz. Das beklagte Finanzamt lehnte den Antrag des Klägers auf Anerkennung als gemeinnützigen Zwecken dienende Körperschaft ab und erließ einen auf 0 EUR lautenden Körperschaftsteuerbescheid. Die Klage des Vereins blieb erfolglos.

### Entscheidung

Sowohl das Finanzgericht als auch der Bundesfinanzhof (BFH) haben den Verein nicht als gemeinnützig anerkannt. Die geäußerten politischen Forderungen haben mit dem Satzungszweck der Förderung der Kultur nichts zu tun; mit ihnen wird ein weiterer eigenständiger Zweck verfolgt, der nicht in der Satzung aufgenommen worden war. Insoweit erübrigt sich die Frage, ob die Verfolgung politischer Ziele ein gemeinnütziger Zweck sein kann.

### Konsequenzen

Das Urteil zeigt wieder einmal, dass im Rahmen der Gemeinnützigkeit enge formelle Voraussetzungen zu erfüllen sind. Dankeswerterweise haben die Richter auch festgehalten, dass eine gelegentliche Stellungnahme zur tagespolitischen Themen im Rahmen des Satzungszwecks nicht gemeinnützigkeitsschädlich ist. Die Tagespolitik darf aber nicht zum Mittelpunkt der Tätigkeit der gemeinnützigen Organisation werden.

## 24. Bundeskabinett beschließt verschärfte Regeln im Kampf gegen Geldwäsche

### Kernaussage

Der neue und sehr umfangreiche Maßnahmenkatalog des Gesetzesentwurfs zur "Optimierung der Geldwäscheprävention" soll die vorhandenen Defizite bei der Bekämpfung von Geldwäsche beseitigen. Die Bundesregierung reagiert damit auf die im Deutschland-Bericht der FATF (Financial Action Task Force on Money Laundering) vom 19.2.2010 geäußerte Kritik. Der Gesetzgeber passt das deutsche Recht an die internationalen Standards der Geldwäsche- und Terrorismusfinanzierungsprävention an und bekennt sich auch weiterhin als eines der Gründungsmitglieder der FATF zur nationalen Umsetzung der Empfehlungen des Gremiums.

### Hintergrund und Inhalt

Die zügige Beseitigung der festgestellten Defizite der vorhandenen geldwäscherechtlichen Regelungen erschien notwendig, um effektivere Abwehrmaßnahmen im Kampf gegen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung ergreifen zu können. Bereits zuvor sind mit dem Gesetz zur Umsetzung der Zweiten E-Geld-Richtlinie die aufsichtsrechtlichen Maßnahmen gegen Geldwäsche auf dem Finanzsektor geschärft und der Vortatenkatalog der strafbewehrten Geldwäsche durch das Schwarzgeldbekämpfungsgesetz ausgebaut worden. Daran knüpft der Entwurf an. Er sieht u. a. die Vervollständigung und Konkretisierung der

Sorgfaltspflichten für den Nichtfinanzsektor (Industrie) sowie die freien Berufe vor, insbesondere Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater. Diesen Verpflichteten wird zukünftig bei Fällen, die einen zweifelhaften oder ungewöhnlichen Charakter haben, eine besondere Überwachungspflicht auferlegt. Auch soll der "Geldwäschebeauftragte", der durch das Geldwäschebekämpfungsergänzungsgesetz weggefallen ist, eine Renaissance erfahren, wobei die zuständigen Behörden, z. B. die Bundessteuerberaterkammer ermächtigt werden sollen, kleine Betriebe von der Bestellungspflicht ausnehmen zu können. Des Weiteren sollen die Aufsichts- und Prüfungsrechte der Behörden verbessert, die Meldepflichten erweitert und die bestehenden Sanktionen bei Verstößen gegen das Geldwäschegesetz durch Angleichung des Verschuldensmaßstabs und der Bußgeldhöhe angepasst werden. Das Maßnahmenpaket wird durch die Einrichtung eines "Forums für Geldwäscheprävention und Verhinderung der Terrorismusfinanzierung" als untergesetzliches Instrument flankiert, welche als Knotenpunkt den unverzichtbaren Austausch zwischen allen beteiligten Ressorts gewährleisten soll.

#### Fazit

Die geplanten Änderungen sind ein weiterer Schritt auf dem Weg, den Wirtschaftsstandort Deutschland sicherer gegen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung zu machen. Es ist grundsätzlich zu begrüßen, dass nicht nur die Finanzinstitute, sondern auch andere Gewerbetreibende in die Pflicht genommen werden. Ob das Gesetz den gewünschten Erfolg bringt und in der praktischen Umsetzung aufgrund des erhöhten Bürokratieaufwands alltagstauglich sein wird, bleibt abzuwarten. Das Gesetz soll bis zum Jahresende 2011 in Kraft treten.

#### 25. Wie entnimmt man ein Kfz?

##### Rechtslage

Die Entnahme von Kfz, die zum Unternehmensvermögen gehören, unterliegt nicht der Umsatzsteuer, sofern ihre Anschaffung nicht zum Vorsteuerabzug berechtigte. Der Verkauf solcher Kfz ist hingegen umsatzsteuerpflichtig. Um die Entstehung der Umsatzsteuer zu verhindern, wird daher in der Praxis geraten, zunächst das Kfz zu entnehmen und später privat zu verkaufen. Doch dies ist in der Praxis nicht so einfach. Gelingt der Nachweis der Entnahme nicht, so wird der Verkaufspreis der Umsatzsteuer unterworfen.

##### Sachverhalt

Der Kläger hatte einen Pkw in sein Unternehmensvermögen eingelegt. Ein Vorsteuerabzug stand ihm aufgrund der Einlage nicht zu. Später kaufte er einen neuen Pkw und gab den bisher genutzten hierzu in Zahlung. Den Verkauf seines alten Pkw unterwarf der Kläger nicht der Umsatzsteuer. Zur Begründung verwies er darauf, dass er am Tag des Erwerbs des neuen Pkw den alten ohne Umsatzsteuer aus seinem Unternehmensvermögen entnommen habe. Das beklagte Finanzamt vertrat hingegen die Auffassung, dass der alte Pkw der Finanzierung des Neuerwerbs gedient habe und damit unternehmerischen Zwecken. Von einer Entnahme sei daher nicht auszugehen, sondern es handele sich um einen steuerpflichtigen Verkauf.

##### Entscheidung

Das Finanzgericht (FG) Baden-Württemberg folgt zwar der Auffassung des Klägers, dass eine etwaige Entnahme nicht zu besteuern sei, allerdings sieht es keine objektiven Anhaltspunkte, dass eine solche stattgefunden hat. Der Hinweis in der Rechnung "steuerfreier Umsatz" bzw. die ausdrückliche Erklärung des Unternehmers, den Umsatz nicht versteuern zu wollen, reicht hierfür nicht aus.

### Konsequenz

Weder das vorliegende Urteil noch die hierzu herangezogenen Entscheidungen klären leider, wie eine Entnahme nachgewiesen werden kann. Gemeinsam ist allerdings allen Urteilen, dass eine Entnahme verneint wird, wenn diese am selben Tag wie die Veräußerung erfolgt. Ein gewisser Abstand zwischen Entnahme und Veräußerung schadet daher nicht. Unabhängig hiervon sollten Unternehmer, die beabsichtigen, ein Kfz vor der Veräußerung zu entnehmen, um der Umsatzsteuer zu entgehen, die Entnahme gegenüber dem Finanzamt offen legen.

## 26. Betriebsteilverlagerung ins grenznahe Ausland ist keine Betriebsstilllegung Kernfrage

Wird ein Betrieb stillgelegt, sind betriebsbedingte Kündigungen zulässig. Wird dagegen "nur" eine Betriebsstätte verlegt, ist zu prüfen, ob nicht ein Betriebsübergang vorliegt, der Kündigungen wegen des Betriebsübergangs unzulässig macht. Diese Grundsätze des deutschen Rechts gelten auch bei grenzüberschreitenden Sachverhalten. So hatte das Bundesarbeitsgericht jetzt darüber zu entscheiden, ob die Verlagerung einer Betriebsstätte aus Deutschland in die Schweiz zur Betriebsstilllegung (in Deutschland) oder zu einem Betriebsübergang (in die Schweiz) führt.

### Sachverhalt

Der Arbeitgeber war eine in Grenznähe zur Schweiz ansässige Konzerntochter, deren Mutter auch in der Schweiz Unternehmen hat. Zum 1.1.2009 wurde ein Betriebsteil in Deutschland eingestellt und in die Schweiz verlegt; konkret wurden die wesentlichen materiellen und immateriellen Produktionsmittel zu einem weniger als 60 Kilometer entfernten neuen Standort in der Schweiz gebracht. Dem Kläger gegenüber wurden vom deutschen Arbeitgeber 2 Kündigungen seines nach deutschem Recht bestimmten Arbeitsverhältnisses wegen Betriebsstilllegung ausgesprochen. Das Angebot eines neuen Arbeitsvertrages mit dem Schweizer Unternehmen lehnte er ab. Gegen die Kündigung wehrte sich der Arbeitnehmer mit dem Einwand, es liege ein Betriebsübergang vor, der die Kündigung unwirksam mache.

### Entscheidung

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) gab dem Kläger Recht. Wenn für einen Arbeitsvertrag deutsches Recht maßgeblich sei, so sei die Frage, ob ein Betriebsübergang vorliege, nach deutschem Recht zu beurteilen. Dies gelte auch, wenn ein Betriebsteil wie im konkreten Fall ins - jedenfalls grenznahe - Ausland verlagert werde. Hier komme es zu einem nach deutschem Recht zu beurteilenden Betriebsübergang, der eine Rechtfertigung der ausgesprochenen Kündigungen durch dringende betriebliche Gründe ausschließe. Eine Berufung auf eine Betriebsstilllegung sei ausgeschlossen, da der Betriebsteil auf das ausländische Unternehmen übertragen worden sei.

### Konsequenz

Der Entscheidung ist zuzustimmen. Die Frage, welche Ansprüche gegen das übernehmende ausländische Unternehmen bestehen und ob sich auch diese nach deutschem Recht richten können, hat das Bundesarbeitsgericht allerdings nicht entschieden. Festzuhalten bleibt, dass die deutschen Betriebsübergangsregelungen jedenfalls nicht an der Grenze Halt machen. Dies gilt zumindest für einen grenznahen Bereich.

## 27. Geltendmachung der Nichtigkeit von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung einer KG

### Rechtsslage

Besteht Streit über die Wirksamkeit von Beschlüssen der Gesellschafter, lassen sich

hierzu gesetzliche Regelungen nur für die Aktiengesellschaft (§§ 241 ff AktG) finden. Nach ständiger Rechtsprechung sind diese Anfechtungs- und Nichtigkeitsvorschriften bei der GmbH entsprechend anwendbar. Die Klage ist daher gegen die Gesellschaft zu richten; die Anfechtungsfrist von einem Monat (§ 246 Abs. 1 AktG) stellt hingegen nur ein Leitbild dar. Bei den Personengesellschaften ist die Klage grundsätzlich gegen die Mitgesellschafter zu richten. Im Gesellschaftsvertrag können jedoch Regelungen über die Anfechtung von Beschlüssen enthalten sein, die auf ihren Regelungsgehalt zu überprüfen sind.

#### Sachverhalt

Die Klägerin und eine Beklagte sind Kommanditisten zweier GmbH & Co. KGs und zugleich an deren persönlich haftender Gesellschafterin - der (weiteren) beklagten GmbH - beteiligt. Auf einer gemeinsamen Gesellschafterversammlung der Kommanditgesellschaften und der beklagten GmbH wurden mit den Stimmen der beklagten Kommanditistin jeweils der Ausschluss der Klägerin aus den Kommanditgesellschaften und die Einziehung ihres Geschäftsanteils an der beklagten GmbH beschlossen. In den Gesellschaftsverträgen der Kommanditgesellschaften hieß es unter anderem jeweils: "Ein Gesellschafterbeschluss kann nur innerhalb von 2 Monaten durch Klage angefochten werden...". Die Klägerin erhob gegen die Beklagten Klage und beantragte die Feststellung der Nichtigkeit der Beschlüsse nichtig.

#### Entscheidung

Der Bundesgerichtshof (BGH) wies die Klage an das Berufungsgericht zurück. Im Rahmen der Zulässigkeit der Klage hinsichtlich der Beschlüsse der KGs ist nun zu prüfen, ob die Mitgesellschafterinnen die richtigen Klagegegner sind. Die Nichtigkeit von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung einer KG wird grundsätzlich durch Feststellungsklage gegen die Mitgesellschafter geltend gemacht. Abweichend kann der Gesellschaftsvertrag bestimmen, dass der Streit mit der Gesellschaft auszutragen ist. Die Übernahme des kapitalgesellschaftsrechtlichen Klagesystems auf Personengesellschaften hängt von der Auslegung des Gesellschaftsvertrags im Einzelfall ab. Der Wortlaut der Regelung im Gesellschaftsvertrag führt nach Ansicht des BGH zu keinem eindeutigen Ergebnis. Die Vereinbarung einer Anfechtungsfrist weist auf die Übernahme des kapitalgesellschaftsrechtlichen Systems auch hinsichtlich der Gesellschaft als Klagegegner hin. Allein die Verwendung des Worts "Anfechten" zwingt aber nicht zu dieser Auslegung. Das Berufungsgericht hat daher weitere Feststellungen zu treffen.

#### Konsequenz

Wegen der geringen Gesellschafterzahl neigte der BGH im vorliegenden Rechtsstreit dazu, dass die Klage gerade nicht gegen die Gesellschaft gerichtet werden sollte. Ist dies dennoch gewollt, müssen eindeutige Regelungen im Gesellschaftsvertrag getroffen werden.

### 28. Mantelkaufregelung des § 8c KStG verfassungswidrig?

#### Kernproblem

Die Übertragung von GmbH-Anteilen führt nach § 8c KStG grundsätzlich zu einem anteiligen Untergang von Verlustvorträgen, wenn und soweit mehr als 25 % der Anteile übertragen werden. Werden mehr als 50 % der Anteile übertragen, gehen die Verlustvorträge sogar vollständig unter. Hierdurch soll der missbräuchliche Handel mit reinen Verlustgesellschaften verhindert werden, da es für Erwerber durchaus von Interesse sein kann, deren Verlustvorträge zu übernehmen, um sie mit eigenen Gewinnen zu verrechnen. Da die sog. Mantelkaufregelung des § 8c KStG aber nicht nur die missbräuchliche Übertragung solcher (meist "leeren") Verlustgesellschaften betrifft, wird die Regelung seit jeher im Schrifttum stark kritisiert. Ob bzw. inwieweit die dabei vorgetragenen verfassungsrechtlichen

Bedenken zutreffend sind, wird nunmehr vom Bundesverfassungsgericht zu entscheiden sein.

#### Sachverhalt

An einer im Jahr 2006 gegründeten GmbH waren 2 Gesellschafter mit einem Anteil von 13.000 EUR bzw. 12.000 EUR beteiligt. Nachdem die Gesellschaft in den ersten beiden Jahren Verluste von insgesamt ca. 600.000 EUR erlitt, konnte sie in 2008 einen Gewinn in etwa gleicher Höhe erzielen. Die Finanzverwaltung versagte indes teilweise den Ausgleich dieses Gewinns mit den vorgetragenen Verlusten, da der Minderheitsgesellschafter seinen Anteil von 12.000 EUR in 2008 an einen Dritten veräußerte. Aufgrund der Übertragung von 48 % der Anteile kürzte das Finanzamt den Verlustvortrag entsprechend, mit der Folge einer erheblichen Steuermehrbelastung in 2008. Hiergegen reichte die GmbH Klage beim Finanzgericht ein, mit der Begründung, die Regelung sei verfassungswidrig.

#### Entscheidung

Das FG Hamburg teilt die Bedenken der GmbH. Die Mantelkaufregelung verstoße im Fall eines Gesellschafterwechsels gegen den im Grundgesetz verankerten Gleichheitssatz (Art. 3 GG) und das in ihm begründete Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Da jedoch die Befugnis, über den Verstoß einer Vorschrift gegen die Verfassung zu urteilen, einzig dem Bundesverfassungsgericht obliegt, hat das Finanzgericht den Richtern in Karlsruhe die Prüfung des § 8c KStG zur Entscheidung vorgelegt.

#### Konsequenzen

Aufgrund der Vielzahl der geäußerten Bedenken gegen die Verfassungskonformität des § 8c KStG, die wohl auch vom BFH geteilt werden, war es letztendlich nur noch eine Frage der Zeit, bis die Frage dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt wurde. Zu beachten ist jedoch, dass die Vorlage den § 8c KStG in seiner ursprünglichen Fassung betrifft. Die Regelung des § 8c KStG ist indes zwischenzeitlich durch die Einführung einer Konzern- und Stille-Reserven-Klausel teilweise entschärft worden. Die ebenfalls eingeführte Sanierungsklausel ist nach einer Entscheidung der Europäischen Kommission indes europarechtswidrig und (vorerst) nicht mehr anzuwenden. Ob bzw. inwieweit durch die nachträgliche Einführung der genannten Klauseln verfassungsrechtliche Bedenken ausgeräumt werden können, ist fraglich. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur ursprünglichen Fassung bleibt indes mit Spannung abzuwarten, entsprechende Fälle sollten in der Praxis offen gehalten werden.

#### 29. Freigrenze Betriebsfeste: geplante oder teilnehmende Personen?

##### Kernproblem

Kernpunkt vieler Lohnsteuerausgabenprüfungen ist die Überprüfung von geldwerten Vorteilen, die anlässlich von Betriebsveranstaltungen anfallen können. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) gehören Zuwendungen des Arbeitgebers zu Betriebsveranstaltungen als Leistungen im überwiegend eigenbetrieblichen Interesse nicht zum Arbeitslohn, wenn es sich um herkömmliche (übliche) Betriebsveranstaltungen und übliche Zuwendungen handelt. Von einer Üblichkeit wird grundsätzlich ausgegangen, wenn nicht mehr als 2 Betriebsveranstaltungen im Jahr durchgeführt werden und die Aufwendungen des Arbeitgebers nicht mehr als 110 EUR brutto je Arbeitnehmer und Veranstaltung betragen. Wird die Freigrenze von 110 EUR überschritten, liegt in voller Höhe Arbeitslohn vor. Zuwendungen an den Ehegatten oder Angehörige des Arbeitnehmers sind diesem zuzurechnen. Kritik erfährt nicht nur die seit 1993 bestehende Freigrenze von 200 DM, die ab 2002 mit besagten 110 EUR zugrunde gelegt wird, sondern auch die Berechnungsmethode. Hier lässt eine Entscheidung des Finanzgerichts (FG) Düsseldorf aufhorchen.

### Sachverhalt

Die Lohnsteueraußenprüfung bei einer GmbH mit 340 Arbeitnehmern führte zur Nachversteuerung einer Betriebsveranstaltung. Die GmbH hatte erstmalig ein Betriebsfest durchgeführt und rechnete nach einer Umfrage mit 600 Teilnehmern einschl. Familienangehörigen. Dementsprechend wurden Speisen und Getränke bestellt sowie der äußere Rahmen mit Live-Musik, Zelt, Service, Toiletten und Kinderanimation geplant. Tatsächlich nahmen jedoch nur 348 Personen teil, davon 97 Arbeitnehmer mit einer oder mehreren Begleitpersonen. Die Kosten pro Teilnehmer beliefen sich bei 348 Teilnehmern nach Abzug einer Speisenpauschale für die Nichtteilnehmer auf 67,56 EUR. Würde man hingegen auf die ursprünglich geplante Teilnehmerzahl von 600 Personen abstellen, beliefen sich die Kosten auf 52,95 EUR je Teilnehmer. Im letztgenannten Fall würde nur die Teilnahme mit mind. 2 Begleitpersonen zum Arbeitslohn führen; dies entspricht jedoch nicht der Verwaltungsauffassung.

### Entscheidung

Das FG Düsseldorf hielt es für gerechtfertigt, in diesem Fall auf den geplanten Teilnehmerkreis von 600 Personen abzustellen. Die teilnehmenden Arbeitnehmer hätten durch die Nicht-Teilnahme eines Großteils der angemeldeten Arbeitnehmer keine Bereicherung in Form von überzähligen Speisen und Getränken oder überdimensionierten sonstigen Sachleistungen für den äußeren Rahmen erfahren. Insoweit seien sämtliche Kosten der nicht teilnehmenden Arbeitnehmer aus der Durchschnittsberechnung auszuschneiden. Nicht rütteln will das FG an der Freigrenze von 110 EUR - zumindest im Streitjahr 2005.

### Konsequenz

Nach dieser mutigen, aber richtigen Entscheidung hat das FG zur Fortbildung des Rechts die Revision zugelassen. Die Verwaltung hat diese bereits eingelegt, so dass der Ausgang des Verfahrens beim BFH spannend bleibt. Bis dahin sollten unbedingt gleichartige Fälle offengehalten werden.

## 30. Sacheinlageverbot bei Neugründung einer UG (haftungsbeschränkt) durch Abspaltung

### Kernaussage

Die Unternehmergesellschaft - UG - (haftungsbeschränkt) kann nur durch Neugründung entstehen. Hierbei besteht eine Bareinlageverpflichtung des betreffenden Gesellschafters. Auch bei der Neugründung im Wege der Abspaltung ist das gesetzliche Verbot der Sacheinlage (§ 5a Abs. 2 Satz 2 GmbHG) zu beachten.

### Sachverhalt

Eine GmbH begehrt die Eintragung einer UG (haftungsbeschränkt) in das Handelsregister. Durch Abspaltung aus dem Vermögen der GmbH sollte die UG mit einem Stammkapital von 1 EUR neu gegründet werden. Entsprechend sollte nach dem Spaltungsplan auf die UG ein Betrag von 1 EUR gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten übertragen werden. Das Registergericht und das Beschwerdegericht wiesen den Eintragungsantrag wegen des Verstoßes gegen das Verbot von Sacheinlagen zurück.

### Entscheidung

Der Bundesgerichtshof (BGH) wies die hiergegen gerichtete Beschwerde zurück, weil die UG nicht ordnungsgemäß errichtet wurde. Die Neugründung einer UG im Wege der Umwandlung durch Abspaltung (§ 123 Abs. 2 Nr. 2 UmwG) verstößt gegen das Verbot der Sacheinlage. Bei der UG handelt es sich um keine neue Rechtsform einer Kapitalgesellschaft, sondern um eine Variante der GmbH, so dass alle Regelungen bezüglich der GmbH auch auf die UG Anwendung finden. Die

Regelungen sind aber im Lichte der besonderen gesetzlichen Bestimmungen für die UG (§ 5a Abs. 2 Satz 2 GmbHG) anzuwenden. Diese verbieten die Gründung einer UG durch Sacheinlage. Die Abspaltung eines Vermögensteils eines Rechtsträgers und Übertragung des Teils zur Neugründung einer GmbH auf diese stellt nach der gesetzlichen Konzeption zwingend eine Sachgründung dar. Überzeugende Anhaltspunkte für eine Verdrängung des Sacheinlageverbots durch umwandlungsspezifische Vermögensübertragungen lassen sich nicht finden. Insbesondere unterscheidet der Gesetzeswortlaut nicht nach der Entstehungsweise der Gesellschaft. Auch enthält die entsprechende Verweisungsnorm im Umwandlungsgesetz (§ 135 Abs. 2 Satz 1 UmwG) keine einschlägige Einschränkung.

#### Konsequenz

Eine Neugründung der UG durch Spaltung oder Ausgliederung ist nicht möglich. Das im GmbH-Gesetz verankerte Sacheinlageverbot lässt keinen Spielraum. Wegen des frei wählbaren Stammkapitals der UG von mindestens 1 EUR dürfte eine Sachgründung ohnehin kaum erforderlich werden.

### 31. Rechtskraft eines im Prozess gegen Gesellschafter ergangenen Urteils

#### Kernaussage

Die Rechtskraft eines im Prozess gegen die Gesellschafter ergangenen Urteils erstreckt sich nicht auf die Gesellschaft. Die Rechtskraft des Urteils wirkt grundsätzlich nur gegen die Gesellschafter, selbst wenn alle Gesellschafter am Vorprozess beteiligt waren.

#### Sachverhalt

Die Beklagte ist eine Gesellschaft bürgerlichem Rechts (GbR). Ihre 4 Gesellschafter haben der Klägerin im Jahr 2003 ein notarielles Angebot zum Kauf einer noch zu vermessenden Grundstücksteilfläche - befristet bis zum Dezember 2006 - unterbreitet. Die Klägerin nahm das Angebot im Oktober 2005 an. Allerdings hatte die Beklagte das Objekt bereits zuvor an einen Dritten weiterveräußert. Die Klägerin nahm daraufhin die 4 Gesellschafter als Gesamtschuldner auf Zahlung von Schadensersatz in Anspruch, da ihr durch die Nichterfüllung des Grundstückskaufvertrages ein Gewinn entgangen sei, den sie durch die Weiterveräußerung des Grundstücks hätte erzielen können. Das Berufungsgericht des Vorprozesses hat die Klage wegen fehlender Bestimmbarkeit der verkauften Grundstücksflächen rechtskräftig abgewiesen. Die Klägerin nimmt nunmehr die GbR in Anspruch. Das Oberlandesgericht (OLG) wies die Klage als unzulässig ab, da über denselben Streitgegenstand bereits im Vorprozess zu Lasten der Klägerin entschieden worden sei.

#### Entscheidung

Der Bundesgerichtshof (BGH) gab der Klage statt. Die Rechtskraft eines Urteils wirkt grundsätzlich nur für und gegen die Parteien des Rechtsstreits, in dem das Urteil ergangen ist. Parteien des Vorprozesses waren nur die Gesellschafter. Eine ausnahmsweise Erstreckung der Rechtskraft auf einen nicht am Verfahren beteiligten Dritten lässt sich nicht aus dem Gesetz herleiten. Zwar gilt die von der Unterinstanz herangezogene gesetzliche Vorschrift des HGB (§ 129 Abs. 1) entsprechend für die GbR. Allerdings regelt diese bloß Inhalt und Umfang der Bindungswirkung eines gegen die Gesellschaft ergangenen Urteils für und gegen die Gesellschafter, indem Einwendungen ausgeschlossen sind, die schon der Gesellschaft abgesprochen wurden. Auch ordnet die herangezogene Vorschrift der Zivilprozessordnung (§ 736 ZPO) keine Rechtskrafterstreckung an, sondern bestimmt nur, dass zur Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen nicht zwingend ein Titel gegen die Gesellschaft erforderlich ist, sondern auch mit einem Titel gegen alle Gesellschafter vollstreckt werden kann. Der Gefahr einer doppelten

Inanspruchnahme kann durch den Erfüllungseinwand oder mit der Vollstreckungsabwehrklage begegnet werden.

#### Konsequenz

Bei Zahlungsverpflichtungen einer GbR sind neben dieser grundsätzlich auch die Gesellschafter nach Maßgabe der akzessorischen Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft verpflichtet. Die Klage ist daher regelmäßig gegen die Gesellschaft und gegen deren Gesellschafter zu erheben. Nur so kann die Vollstreckung auch in das Privatvermögen der Gesellschafter gesichert werden.

### 32. Keine Gemeinnützigkeit bei fehlerhafter satzungemäßer Vermögensbindung

#### Kernproblem

Gemeinnützigkeitsrechtlich begünstigte Mittel sind für gemeinnützige Zwecke zu verwenden. Bei Auflösung bzw. Aufhebung oder Wegfall steuerbegünstigter Zwecke bedingt dies die sog. satzungsmäßige Vermögensbindung. Danach ist der Zweck, für den das Vermögen in den obigen Fällen verwendet werden soll, in der Satzung so genau zu bestimmen, dass das Finanzamt allein auf Grund der Satzung prüfen kann, ob der Verwendungszweck steuerbegünstigt ist.

#### Sachverhalt

Nach der für die Streitjahre 1999 bis 2006 geltenden Satzung sollte das Vermögen des klagenden Vereins bei dessen Auflösung oder bei Wegfall des bisherigen Zwecks an einen als gemeinnützig anerkannten Verein fallen. Dieser hat der marokkanischen Kultur verpflichtet zu sein und muss das übertragene Vermögen unmittelbar und ausschließlich für gemeinnützige Zwecke verwenden. Das Finanzamt und auch das Finanzgericht sahen darin keine ordnungsgemäße satzungsmäßige Vermögensbindung.

#### Entscheidung

Nach Ansicht des Bundesfinanzhofs (BFH) ist bei der obigen Formulierung hinreichend aus der Satzung ersichtlich, dass das Vermögen des Vereins auch bei seiner Auflösung oder beim Wegfall seines bisherigen Zwecks für steuerbegünstigte Zwecke verwendet wird. Es muss nicht der Satzung entnehmbar sein, wie der Satzungszweck "Förderung der marokkanischen Kultur" konkret durch die begünstigte Körperschaft verwirklicht wird.

#### Konsequenzen

Die satzungsmäßigen Anforderungen des Gemeinnützigkeitsrechts sind sehr formell - insoweit ist es immer empfehlenswert, Satzungen und auch Satzungsänderungen vorab mit dem Finanzamt aus gemeinnützigkeitsrechtlicher Sicht abzustimmen. Dies liegt im beiderseitigen Interesse, um Auslegungstreitigkeiten von vornherein zu vermeiden. Seit 2009 sieht der Gesetzgeber vor, dass jede Satzung gesetzlich vorgegebene Formulierungen - auch in Bezug auf die satzungsmäßige Vermögensbindung - enthält. Dies führt zu einer weiteren Reduzierung von Auslegungsunterschieden.

### 33. Videoüberwachung am Arbeitsplatz nur bei konkretem Verdacht

#### Rechtsslage

Die Videoüberwachung von Arbeitnehmern an ihrem Arbeitsplatz ist nur dann zulässig, wenn der Arbeitgeber einen besonderen sachlichen Grund nachweisen kann. Kommen Straftaten vor, setzt dies regelmäßig einen Verdacht gegenüber (konkreten) Arbeitnehmern voraus, der eine gewisse Stärke erreicht haben muss. Das Arbeitsgericht Düsseldorf hatte nunmehr zu den Anforderungen an diesen Verdacht zu entscheiden.

### Sachverhalt

Der Arbeitgeber ist Betreiber eines Brauhauses. 2 Arbeitnehmern warf er vor, die ausgeschenkten Biere nicht ordnungsgemäß abgerechnet zu haben und legte zum Beweis Videoaufzeichnungen vor, die er heimlich angefertigt hatte. Beide Arbeitnehmer obsiegten mit ihren gegen die daraufhin erfolgten Kündigungen gerichteten Klagen, weil das Arbeitsgericht die Videoaufzeichnungen als unzulässig einstufte und nicht verwertete.

### Entscheidung

Der Arbeitgeber konnte vor Erstellung der Videoaufzeichnungen nur den abstrakten und pauschal gegen sämtliche Ausschenkende gerichteten Verdacht auf nicht ordnungsgemäße Abrechnung nachweisen. Diese pauschale Verdachtsstufe, die nicht weiter gegenüber einzelnen Arbeitnehmern konkretisiert war, reichte zur Videoüberwachung nicht aus. Erforderlich ist diese Konkretisierung im Hinblick auf die Person des Tatverdächtigen und die begangene Tat. Nur dann sind heimliche Videoaufzeichnungen zulässig.

### Konsequenz

Ohne einen konkreten gegen einzelne Personen und Tatabläufe gerichteten Verdacht ist eine heimliche Videoüberwachung stets unzulässig. Erforderlich sind nachprüfbare Anhaltspunkte. Eine andere Entscheidung wäre wohl möglich gewesen, wenn der Arbeitgeber eine offene Videoüberwachung mit der Begründung durchgeführt hätte, angesichts der Kassenbefugnis im Ausschank sei ein sensibler Bereich betroffen.

## 34. Mutterschutzzeiten in betrieblicher Zusatzversorgung zu berücksichtigen Kernfrage

Zusatzversorgungskassen im öffentlichen Dienst stellen eine umlagefinanzierte betriebliche Altersversorgung dar. Sind für einen bestimmten Zeitraum (Wartezeit) für einen Arbeitnehmer Umlagen gezahlt worden, hat dieser Anspruch auf eine Zusatzversorgung. Das Bundesverfassungsgericht hatte nunmehr darüber zu entscheiden, ob die Regelung einer Zusatzversorgungskasse, Mutterschutzzeiten, in denen keine Umlage gezahlt worden ist, im Rahmen der Bestimmung der Wartezeit außen vor zu lassen, verfassungsgemäß ist.

### Sachverhalt

Die Klägerin war im öffentlichen Dienst beschäftigt und dort im Mutterschutz gewesen. Da Mutterschutzgeld steuerfrei ausgezahlt wird, wurde für diese Zeit keine Umlage zur Zusatzversorgung gezahlt; anders als für Krankheitszeiten, in denen kranke Arbeitnehmer Lohnfortzahlung und Zuschüsse zum Krankengeld erhielten. Die Statuten der Zusatzversorgung sahen vor, dass ein Anspruch nur dann bestand, wenn mindestens 60 Monate Umlage gezahlt worden war. Da für die Klägerin aufgrund der Mutterschutzzeiten lediglich 59 Monate Umlage gezahlt wurde, lehnte die Zusatzversorgungskasse den Leistungsantrag der Klägerin ab und unterlag vor dem Bundesverfassungsgericht.

### Entscheidung

Die Satzungsregelung, Mutterschutzzeiten deshalb bei der Wartezeit für die Zusatzversorgung nicht zu berücksichtigen, weil in dieser Zeit keine Umlage gezahlt werde, stellt nach Ansicht der Richter eine den Gleichheitsgrundsatz verletzende geschlechterbezogene Diskriminierung dar. Nicht nur würden Mütter gegenüber männlichen Arbeitnehmern benachteiligt; eine ungerechtfertigte Benachteiligung liege auch gegenüber erkrankten Arbeitnehmern vor. Zwar stelle die Befreiung von der Umlage während des Mutterschutzes eine Erleichterung dar, die eigentlich dazu diene, Mütter im Arbeitsleben zu schützen, weil Mehrkosten (hier: der Umlage)

vermieden würden, dies dürfe im Ergebnis aber nicht dazu führen, dass eine Diskriminierung bei den Beitragszeiten entstehe.

#### Konsequenz

Die Entscheidung überrascht nicht. Sie hat über den konkreten Fall der Klägerin hinaus aber weitreichende Folgen. Denn jede im öffentlichen Dienst beschäftigte Frau mit Zusatzversorgung kann eine Nachberechnung ihrer Zusatzversorgung unter Einbeziehung von Mutterschaftszeiten verlangen. Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist dies auch rückwirkend möglich.

### 35. Zulagenwiderruf in Altfällen - möglicherweise wirksam

#### Kernfrage

Seitdem die Rechtsprechung Arbeitsvertragsklauseln als Allgemeine Geschäftsbedingungen behandelt, müssen sie den seit dem 1.1.2002 geltenden strengeren zivilrechtlichen Anforderungen standhalten. Danach gilt, dass Arbeitsvertragsklauseln, die Zulagen oder Gehaltsbestandteile unter den freien Widerruf des Arbeitgebers stellen, als überraschende Klauseln in der Regel unwirksam sind. Für die Wirksamkeit mindestens erforderlich ist, dass Widerrufgründe genannt sind. Das Bundesarbeitsgericht hat sich jetzt dazu geäußert, ob die Unwirksamkeitsrechtsprechung auch dann gelten kann, wenn die streitige Arbeitsvertragsklausel vor dem Inkrafttreten der strengeren gesetzlichen Anforderungen vereinbart worden ist.

#### Sachverhalt

Der Arbeitsvertrag des Klägers aus dem Jahr 1990 sah eine widerrufliche Zulage vor, die der Arbeitgeber im Jahr 2007 widerrief. Mit seiner Klage machte der Kläger die Unwirksamkeit des Widerrufs geltend. Der Arbeitgeber trug jedoch vor, dass die neuere Rechtsprechung zur Überprüfung von Arbeitsvertragsklauseln nach Gesichtspunkten Allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht auf Regelungen anwendbar seien, die vor der Verschärfung der zivilrechtlichen Gesetzgrundlage vereinbart worden seien; jedenfalls müsse hier eine ergänzende Vertragsauslegung vorgenommen werden, was den Widerruf möglich werden lasse.

#### Entscheidung

Das Gericht gab dem Arbeitgeber jedenfalls insoweit Recht, als dass die Rechtsprechung nach neuer Rechtslage nicht unmittelbar auf Altfälle angewendet werden könne. Da nach neuer Rechtsprechung zulässige Widerrufgründe im Arbeitsvertrag enthalten sein müssen, sei eine ergänzende Vertragsauslegung erforderlich, die von der zweiten Instanz nachgeholt werden müsse. Ziel dabei sei, festzustellen, ob der vom Arbeitgeber behauptete Widerrufgrund der "schwierigen wirtschaftlichen Verhältnisse" ein zulässiger Widerrufgrund ist und ob tatsächlich schwierige wirtschaftliche Verhältnisse vorgelegen hätten.

#### Konsequenz

Die Entscheidung ist zu begrüßen. In sogenannten Altfällen, also bei Arbeitsverträgen, die vor dem 1.1.2002 datieren, erscheint es nunmehr möglich, dass Arbeitsvertragsklauseln, die erst durch die Verschärfung der Regelungen zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam geworden sind, doch noch "gerettet" werden können.

### 36. Abmahnung verbraucht Kündigungsgrund auch bei Straftat

#### Kernfrage

Begeht ein Arbeitnehmer eine Pflichtverletzung, ist es am Arbeitgeber, zu entscheiden, mit welcher Sanktion, Abmahnung oder Kündigung, er reagiert. Wählt er die Abmahnung, stellt sich die Frage, ob er aus dem gleichen Grund noch kündigen kann. Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hatte in einer solchen

Konstellation zu entscheiden, ob eine zunächst abgemahnte Straftat nach Verurteilung noch zur Kündigung berechtigt.

Sachverhalt

Der Kläger war Justizangestellter und hatte einen Kollegen über einen Durchsuchungsbeschluss gegen ein Kind des Kollegen unterrichtet und war hierfür zunächst abgemahnt worden. In dem im Anschluss gegen den Kläger eingeleiteten Strafverfahren wurde er zu einer Freiheitsstrafe verurteilt, worauf hin der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis fristlos hilfsweise fristgerecht kündigte. Die hiergegen geführte Kündigungsschutzklage war erfolgreich.

Entscheidung

Der Arbeitgeber konnte das Arbeitsverhältnis nicht aufgrund der (nachträglichen) Verurteilung kündigen. Zwar wäre die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen der Straftat zulässig und möglich gewesen. Weil der Arbeitgeber aber die Abmahnung wählte, war der Kündigungsgrund verbraucht. Nach Ansicht der Richter stellte die Verurteilung insoweit keine neue Tatsache dar, zumal sie sich auf den abgemahnten Sachverhalt bezog.

Konsequenz

Der Arbeitgeber muss sich bei jeder Pflichtverletzung entscheiden, welche arbeitsrechtlichen Konsequenzen er zieht. Dies gilt auch im Straftatbereich. Er kann nicht zunächst abmahnen, um dann abzuwarten, wie sich ein Strafverfahren entwickelt.

GmbH-Gesellschafter/-Geschäftsführer
--------------------------------------

### 37. UG: Erhöhung des Stammkapitals durch Sacheinlage möglich

Rechtslage

In der Rechtsprechung und Lehre war umstritten, ob auch bei einer den Betrag des Mindestkapitals der GmbH von 25.000 EUR erreichenden Erhöhung des Stammkapitals einer Unternehmergesellschaft -UG- (haftungsbeschränkt) Sacheinlagen wegen des Sacheinlageverbots (§ 5a Abs. 2 Satz 2 GmbHG) ausgeschlossen sind. Vereinzelt wurde vertreten, dass das Verbot nur für die Gründung gilt und eine Kapitalerhöhung durch Sacheinlagen grundsätzlich möglich sei. Die herrschende Meinung vertrat die Auffassung, dass das Verbot nicht mehr für einen den Übergang zur GmbH bewirkende Kapitalerhöhung gelte. Die Gegenansicht hielt die Leistung von Sacheinlagen erst ab dem Zeitpunkt der Eintragung des Mindestkapitals der GmbH für zulässig. Der BGH entschied gemäß der herrschenden Meinung.

Sachverhalt

Eine UG war mit einem Stammkapital von 500 EUR im Handelsregister eingetragen. Ihr Alleingesellschafter beschloss die Erhöhung des Stammkapitals um 24.500 EUR in Form einer Sacheinlage, da Beteiligungen des Gesellschafters an einer anderen Gesellschaft auf die UG übertragen werden sollten. Das Handelsregister hat die Eintragung der Kapitalerhöhung abgelehnt, da die Gesellschaft noch nicht über ein Stammkapital von 25.000 EUR verfüge. Die Beschwerde blieb vor dem OLG ohne Erfolg.

Entscheidung

Der Bundesgerichtshof (BGH) gab der UG Recht. Das Sacheinlageverbot in § 5a Abs. 2 Satz 2 GmbHG erfasst auch Kapitalerhöhungen nach Gründung der UG. Es findet jedoch keine Anwendung mehr, wenn die UG ihr Stammkapital so erhöht, dass es den Betrag des Mindestkapitals von 25.000 EUR erreicht oder übersteigt.

Bereits die sprachliche Fassung der Sonderregelungen in § 5a GmbHG lässt diese Auslegung zu. Auch gebietet der Sinn und Zweck diese Auslegung, da anderenfalls die UG gegenüber der Neugründung einer GmbH, die durch Sacheinlage möglich ist, in ungerechtfertigter Weise benachteiligt wäre.

#### Konsequenz

Durch das Urteil ist geklärt, dass eine Kapitalerhöhung durch Sacheinlage nicht erst dann zulässig ist, wenn die UG schon zur GmbH geworden ist, sondern bereits dann, wenn sie durch diese noch einzutragende Kapitalerhöhung zur GmbH wird. Nach Prüfung der Sacheinlage der UG durch das Registergericht und Eintragung der Kapitalerhöhung kann sodann die GmbH entstehen.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Schmidt - Rechtsanwälte

Stefan Schwarz

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Steuerrecht