

## Gesamthemenbrief

### Ihre Mandanteninformationen des Monats [Mai 2012]

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. Veranlagungszeitraumbezogene Auslegung des Beteiligungsbegriffs i. S. d. EStG
2. Wesentliche Beteiligung: Maßgeblichkeit des Gesamtvertragskonzepts
3. Zum Nachweiserfordernis für die Anrechnung ausländischer Körperschaftsteuer
4. Einkünfteerzielungsabsicht bei befristeter Vermietung
5. Diskriminierung nach AGG: innerhalb von 2 Wochen geltend machen
6. Einschränkung des Werbungskostenabzugs ist verfassungskonform
7. Deutschland und Türkei vereinbaren Doppelbesteuerungsabkommen
8. Fristlose Kündigung bei unberechtigter Vorteilsgewährung
9. 1.7.2012: Renten steigen um über 2 Prozent
10. Steuerförderung von Gebäudeaufwendungen im Sanierungsgebiet
11. Unterlegene Bewerber können bei rechtswidriger Beförderung Schadensersatz verlangen
12. Auch bei Wohnung im Leerstand ist Grundsteuer fällig

#### **Unternehmer und Freiberufler**

1. Vorsteuerabzug bei Holdinggesellschaften
2. Fristlose Kündigung bei Diebstahl geringwertiger Sachen und langer Betriebszugehörigkeit
3. Einstweilige Anordnung zur Durchsetzung von Steuererstattungen
4. Vorsteuerabzug aus Strafverteidigungskosten
5. Vorsteuerabzug bei Erwerb zahlungsgestörter Forderungen
6. Geschäftsveräußerung im Ganzen ohne Grundstücksübertragung?
7. Trauerredner und Umsatzsteuer
8. Geschäftsveräußerung im Ganzen und Vorsteuerabzug
9. Verfassungswidrigkeit der gewerbsteuerlichen Hinzurechnung von Zinsen und Mieten
10. Passivierung "angeschaffter Rückstellungen" auch bei echter Vertragsübernahme
11. Arbeitgeber darf nicht auf Betriebsrats-Dateien zugreifen
12. Guthaben auf Arbeitszeitkonto mit Minusstunden verrechenbar?
13. Außerordentliche Kündigung von ordentlich unkündbaren Mitarbeitern
14. Erstattungszinsen bei Kapitalgesellschaften (weiterhin) steuerpflichtig

15. Bundesanzeiger nur noch im Internet: Abschied von der Druckversion
16. Arbeitgeber muss Daten ausgeschiedener Arbeitnehmer sofort von Homepage löschen
17. Nacherhebung von Sozialversicherungsbeiträgen trotz Betriebsprüfung
18. Wann ist eine Außenprüfungsanordnung rechtswidrig?
19. Gewerbesteuererklärung 2011 muss elektronisch eingereicht werden
20. Verdachtskündigung möglich ohne Nachweis der Täterschaft
21. Überlassung von Tiefgaragenstellplätzen durch Gemeinden
22. Umsatzsteuererstattung als außerordentliche Einkünfte
23. Vorsteuerabzug trotz Betrugsabsicht des Lieferers?
24. Pflicht des Arbeitgebers zur Erhaltung der Höhe einer variablen Vergütung?
25. Zur Feststellung der Auseinandersetzungsbilanz einer GbR

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

## 1. Veranlagungszeitraumbezogene Auslegung des Beteiligungsbegriffs i. S. d. EStG

### Kernaussage

Die Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften, die im Privatvermögen gehalten werden, ist nach dem Einkommensteuergesetz steuerpflichtig, wenn der Veräußerer innerhalb der letzten fünf Jahre am Kapital der Gesellschaft wesentlich beteiligt war. Die Schwelle, ab der eine wesentliche Beteiligung angenommen wird, wurde im Zeitablauf immer weiter gesenkt. Die zunächst geltende Grenze von 25 % wurde ab dem Veranlagungszeitraum 1999 auf 10 % gesenkt und beträgt aktuell nur noch 1 %. Der Bundesfinanzhof (BFH) hatte nunmehr darüber zu entscheiden, ob sich die Grenze nach der im Veräußerungsjahr oder nach der für jeden Veranlagungszeitraum geltenden Beteiligungsschwelle bestimmt.

### Sachverhalt

Der Antragsteller war an einer AG mit folgenden Beteiligungsquoten beteiligt: Bis zum 28.12.1997 hielt er rund 13 %, ab dem 29.12.1997 hingegen nur noch knapp unter 10 %. Am 1.12.1999 veräußerte der Antragsteller 50.000 Aktien und erzielte hieraus einen Gewinn von knapp 13 Mio. DM. Nach Auffassung des Finanzamts war die Veräußerung grundsätzlich steuerpflichtig, da der Steuerpflichtige die ab dem Jahr 1999 geltende Wesentlichkeitsgrenze von 10 % innerhalb der letzten fünf Jahre überschritten hatte. Dem hielt der Steuerpflichtige entgegen, dass die Frage des Vorliegens einer wesentlichen Beteiligung für jeden Veranlagungszeitraum gesondert anhand der für diesen geltenden Wesentlichkeitsgrenze zu beantworten sei. Die hier vom Steuerpflichtigen im vorläufigen Rechtsschutzverfahren beantragte Aussetzung der Vollziehung wurde schließlich vom BFH gewährt.

### Entscheidung

Nach Auffassung der Richter bestehen ernstliche Zweifel daran, ob die im Jahr der Veräußerung geltende Beteiligungsgrenze für den gesamten Fünf-Jahreszeitraum zu prüfen ist oder ob die Beteiligungsgrenze jeweils veranlagungszeitraumbezogen zu prüfen ist.

### Konsequenzen

Der BFH wird erst im (bereits anhängigen) Hauptverfahren endgültig über die Rechtsfrage entscheiden können. Es ist davon auszugehen, dass auch dieses Urteil zu Gunsten des Steuerpflichtigen ergehen wird. Entsprechende Verfahren sollten daher offen gehalten werden. Abschließend ist zu beachten, dass das Urteil im Hinblick auf die Absenkung auf die 1 %-Grenze nicht entsprechend angewandt werden kann, da der Wortlaut des aktuellen Rechts - im Gegensatz zur alten Rechtslage - nicht mehr auf das Vorliegen einer wesentlichen Beteiligung abstellt.

## 2. Wesentliche Beteiligung: Maßgeblichkeit des Gesamtvertragskonzepts

**Kernaussage**

Nach dem Einkommensteuergesetz stellt die Veräußerung von im Privatvermögen gehaltenen Anteilen an Kapitalgesellschaften einen steuerpflichtigen Veräußerungsvorgang dar, wenn der Veräußerer innerhalb der letzten fünf Jahre zu mehr als 1 % beteiligt war. Nach altem Recht bestand eine Steuerpflicht indes erst ab einer Beteiligungsgrenze von 25 % (bis Veranlagungszeitraum 1999) bzw. 10 % (1999-2000). Der Bundesfinanzhof (BFH) hatte nunmehr zu der Frage Stellung zu nehmen, ob eine Steuerpflicht bereits dann vorliegt, wenn im Rahmen mehrerer hintereinander folgender Anteilsübertragungen und einer damit zusammenhängenden Kapitalerhöhung die Beteiligungsgrenze lediglich kurzfristig überschritten wird.

**Sachverhalt**

Der Kläger hielt eine Beteiligung an einer GmbH. Im Rahmen eines notariellen Beurkundungstermins im Jahr 1994 wurden mehrere miteinander verbundene Anteilsübertragungen sowie eine Kapitalerhöhung vereinbart, an deren Ende der Kläger zu genau 25 % an der GmbH beteiligt war. Dies entsprach auch dem Willen der Vertragsparteien. Aus lediglich technischen Gründen hatte der Kläger im Zuge dieser Maßnahmen die Beteiligungsgrenze von 25 % jedoch vorübergehend überschritten. Aufgrund dessen behandelte das Finanzamt die im Streitjahr 1997 erfolgte Veräußerung von Anteilen an der GmbH als steuerpflichtig. Die hiergegen gerichtete Klage des Steuerpflichtigen wurde abgewiesen. Der BFH gab schließlich dem Kläger Recht.

**Entscheidung**

Der BFH ist - entgegen seiner früheren Rechtsprechung - der Auffassung, dass eine wesentliche Beteiligung i. S. d. einkommensteuerlichen Vorschrift nicht gegeben ist, wenn im Zuge mehraktiger Anteilsübertragungen der Gesellschafter die Beteiligungsgrenze von 25 % (altem Recht) zwar vorübergehend überschritten hat, der Gesellschafter nach dem Gesamtvertragskonzept aber endgültig nur mit 25 % beteiligt werden soll und auch wird. Der Gesellschafter habe vorliegend zu keinem Zeitpunkt eine wirtschaftliche Verfügungsbefugnis über mehr als 25 % der Anteile innegehabt. Der bloße technische Durchgangserwerb von mehr als 25 % führe zu keiner anderen Beurteilung.

**Konsequenz**

Das Urteil des BFH überrascht, fußt es doch entgegen der früheren eher formal-rechtlichen Rechtsauffassung nunmehr auf einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise. Aus demselben Grund ist die Entscheidung jedoch auch zu begrüßen. Zwar ist das Urteil noch zur alten Rechtslage (25 %-Grenze) ergangen; es sollte indes auf die aktuelle Beteiligungsschwelle von 1 % entsprechend anzuwenden sein.

**3. Zum Nachweiserfordernis für die Anrechnung ausländischer Körperschaftsteuer****Kernproblem**

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat bereits 2007 entschieden, dass das in Deutschland bis 2001 geltende Anrechnungsverfahren europarechtswidrig sei. Es gewährte einem Steuerinländer eine Anrechnung der Körperschaftsteuer der ausschüttenden Gesellschaft auf seine inländische Einkommensteuer nämlich nur dann, wenn die Dividende von einer inländischen Körperschaft stammte. Im Jahr 2011 konkretisierte der EuGH sodann zahlreiche verfahrensrechtliche Anschlussfragen, die sich bei der Anrechnung ausländischer Körperschaftsteuer ergeben. Das Finanzgericht (FG) Münster hatte sich nunmehr mit der praktischen Umsetzung des vom EuGH entwickelten Anforderungskatalogs zur Anrechnung ausländischer Körperschaftsteuer zu beschäftigen.

**Sachverhalt**

Die Kläger erzielten in den Streitjahren 1996 bis 2001 Dividenden aus Beteiligungen an ausländischen Kapitalgesellschaften. Im Rahmen des Klageverfahrens, das ursprünglich aus anderen Gründen geführt wurde, begehrten sie die Anrechnung der auf den Dividenden lastenden ausländischen Körperschaftsteuer. Als Nachweis legten sie Geschäftsberichte und Jahresabschlüsse der ausländischen Kapitalgesellschaften vor. Den jeweils anzurechnenden Körperschaftsteuerbetrag errechneten sie unter Verwendung des jeweils geltenden Körperschaftsteuersatzes selbst. Mit dem Hinweis, dass die vorgelegten Unterlagen nicht ausreichend seien, verwehrte das veranlagende Finanzamt die Anrechnung der ausländischen Steuer. Die Klage der Steuerpflichtigen vor dem FG Münster blieb erfolglos.

**Entscheidung**

Nach Auffassung des FG Münster ist der inländische Fiskus befugt, vom Dividendenempfänger die Vorlage solcher Belege zu verlangen, anhand derer sich eindeutig und genau überprüfen lässt, ob die Voraussetzungen für die Körperschaftsteuer-Anrechnung gegeben sind. Diesem Erfordernis wird nicht entsprochen, wenn der Steuerpflichtige - wie vorliegend geschehen - anhand der handelsrechtlichen Jahresabschlüsse die körperschaftsteuerliche Belastung der ausgeschütteten Dividenden selbst berechnet. Vielmehr seien (Steuer-) Bescheinigungen der ausschüttenden Kapitalgesellschaften vorzulegen, aus denen sich die tatsächliche Körperschaftsteuer-Belastung ergebe.

**Konsequenz**

Das für den Steuerpflichtigen ungünstige Urteil des FG Münsters überrascht nicht, hatte der EuGH die Anforderungen zur Anrechnung ausländischer Körperschaft doch recht hoch angesetzt. Denn vielen Steuerpflichtigen dürfte es in der Praxis schwerfallen, detaillierte Nachweise über die tatsächliche Körperschaftsteuer-Vorbelastung ihrer Dividenden für den relevanten Zeitraum vorzulegen. Vor dem Hintergrund des zwischenzeitlich beim Bundesfinanzhof (BFH) anhängigen Revisionsverfahrens sollten betroffene Steuerpflichtigen die Veranlagung dennoch offen halten.

**4. Einkünfteerzielungsabsicht bei befristeter Vermietung****Kernproblem**

Seit jeher verfolgen Gesetzgebung und Finanzverwaltung ein Prinzip: Gewinne sozialisieren, Verluste privatisieren. Praktische Auswirkungen erfährt dies insbesondere bei der Vermietung von Immobilien: Während Überschüsse stets als steuerpflichtig behandelt werden, betrachtet das Finanzamt Verluste in der Regel skeptisch und verlangt den Nachweis der Absicht, auf Dauer positive Einkünfte zu erzielen. Dabei wird eine innerhalb von 5 Jahren nach der Anschaffung einer Immobilie erfolgte Veräußerung bzw. Selbstnutzung regelmäßig als Indiz gegen die Einkünfteerzielungsabsicht gewertet. Dies ruft eine Prognoserechnung auf den Plan, die häufig negativ ausfällt und in der Folge den Steuervorteil ausschließt. Aber wie verhält es sich, wenn bereits bei dem Erwerb der Immobilie ein befristeter Mietvertrag mit übernommen werden muss? Das zu klären war Aufgabe des Finanzgerichts Köln.

**Sachverhalt**

Ein Ärztehepaar erwarb von der Großmutter der Ehefrau entgeltlich eine Immobilie und trat in den bestehenden Mietvertrag ein. Der Vertrag besaß eine Selbstnutzungsklausel und war auf 5 Jahre beschränkt; bei Erwerb des Objekts betrug die Laufzeit noch etwa 3 Jahre. Wegen Zahlungsverzugs der Mieter wurde das Objekt schon vorzeitig geräumt und von dem Ehepaar bezogen. Das Finanzamt lehnte die Berücksichtigung der beantragten Vermietungsverluste mit Hinweis auf die geplante Selbstnutzung ab. Hiergegen wandten sich die Eheleute und trugen vor, sie hätten als bloße Rechtsnachfolger keinerlei Einfluss auf die inhaltliche Ausgestaltung des Mietvertrags gehabt. Darüber hinaus habe sich die Selbstnutzung allein durch Zahlungsverzug der Mieter ergeben und sei weder geplant noch vorhersehbar gewesen.

**Entscheidung**

Die Finanzrichter wiesen die Klage ab. Eine weniger als 5 Jahre laufende Vermietung spreche zunächst gegen eine auf Dauer angelegte Vermietung. Hinzu käme die sachverhaltsspezifische Besonderheit, dass sich die Selbstnutzungsklausel des von der Großmutter abgeschlossenen Mietvertrags ausdrücklich auf "eine der beiden Töchter oder eines der Enkelkinder" bezog. Da weder ein Verzicht hierauf noch eine Weitervermietung erfolgte, habe man sich auch entsprechend der Klausel verhalten. Hierdurch habe das Ehepaar ein weiteres, gegen die dauerhafte Vermietungsabsicht sprechendes Indiz geschaffen, anstatt die Indizwirkung der befristeten Vermietung zu entkräften.

**Konsequenz**

Befristete Mietverträge können auch dann für eine auf Dauer angelegte Vermietungstätigkeit sprechen, wenn sie in mehrfacher Verlängerungsabsicht abgeschlossen werden. In solchen Fällen müssen jedoch weitere Umstände hinzutreten, die den Verzicht auf eine Überschussprognose rechtfertigen. Ob dies auch das übernommene Mietverhältnis sein kann, muss der Bundesfinanzhof jetzt klären, denn der Streitfall ist dort anhängig geworden.

## 5. **Diskriminierung nach AGG: innerhalb von 2 Wochen geltend machen**

### **Kernfrage**

Bewerber, die glauben, wegen eines Verstoßes gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) aufgrund von Diskriminierung Ersatzansprüche gegen den potentiellen Arbeitgeber zu haben, müssen diese Ansprüche schriftlich geltend machen. Das AGG sieht hierfür eine Frist von zwei Wochen vor. Das Bundesarbeitsgericht hatte nunmehr darüber zu entscheiden, ob diese - im entschiedenen Fall bei Anzeige abgelaufene Frist - durch tarifvertragliche Fristen, innerhalb derer ein Anspruch geltend gemacht werden muss, verdrängt bzw. ergänzt werden kann.

### **Sachverhalt**

Der Kläger hatte sich unter Hinweis auf seine Schwerbehinderung auf eine Lehrerstelle beworben. Dennoch wurde er nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen und erhielt Anfang September eine Absage. Mit einem im November beim potentiellen Arbeitgeber eingegangenen Schreiben machte der Kläger Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche geltend, weil die Vermutung einer Benachteiligung wegen seiner Behinderung bestehe. Ferner sei gegen die nach dem Schwerbehindertenrecht bestehende Pflicht zur Einladung zum Vorstellungsgespräch verstoßen worden. Der Arbeitgeber wandte hiergegen ein, dass Ansprüche, selbst wenn sie bestünden, verfallen seien, weil der Kläger die gesetzliche Anzeigepflicht nicht eingehalten habe und die tarifvertragliche Verfallfrist von sechs Monaten nicht anwendbar sei.

### **Entscheidung**

Das Bundesarbeitsgericht gab dem Arbeitgeber Recht. Ansprüche seien bereits wegen Nichteinhaltung der gesetzlichen Zwei-Wochen-Frist ausgeschlossen. Die Frist gelte für jede Person, die Ansprüche nach dem AGG geltend mache und sei auch in der Länge nicht zu beanstanden. Die Frist beginne mit Kenntnis von den Indizien einer Diskriminierung zu laufen (hier: Erhalt des Ablehnungsschreibens). Eine Verlängerung der Frist aufgrund tarifvertraglicher Anspruchsfristen käme nicht in Betracht.

### **Konsequenz**

Mit der Entscheidung bestätigt das Bundesarbeitsgericht die im AGG enthaltene Zwei-Wochen-Frist als Ausschlussfrist. Die Nichteinhaltung dieser Frist führt zum Verlust des Anspruchs.

## 6. **Einschränkung des Werbungskostenabzugs ist verfassungskonform**

### **Kernaussage**

Die Neuregelung zum steuerlichen Abzugsverbot von Berufs(erst)ausbildungskosten vom 13.12.2011 ist verfassungskonform. So entschied jüngst das Finanzgericht Düsseldorf.

### **Sachverhalt**

Der Kläger absolvierte in den Jahren 2005 und 2006 erstmalig eine Berufsausbildung zum Berufspiloten und tätigte hierfür in den genannten Jahren Aufwendung. In Ermangelung von Erträgen führten diese Aufwendungen nach Auffassung des Klägers zu einem Verlust. Er beehrte, die Aufwendungen in seiner Einkommensteuererklärung als vorweggenommene Werbungskosten abziehen zu können. Das Finanzamt versagte den Abzug. Mit seiner Klage verlangt der Berufspilot, den Verlust gesondert festzustellen, um ihn in Folgejahren mit positiven Einkünften zu verrechnen.

### **Entscheidung**

Das Finanzgericht Düsseldorf wies die Klage ab. Die steuerliche Abzugsfähigkeit von Kosten der erstmaligen Berufsausbildung sei ausgeschlossen, wenn die Ausbildung nicht im Rahmen eines Dienstverhältnisses erfolge. Diese Regelung sei auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Zwar sei das steuerliche Abzugsverbot in der derzeit geltenden Fassung erst am 13.12.2011 in Kraft getreten; dies hindere jedoch seine Anwendbarkeit auf die länger zurückliegenden Streitjahre nicht. Vielmehr sei der zeitliche Anwendungsbereich bei Neufassung des Abzugsverbots explizit geregelt. Es sei mithin für alle Veranlagungszeiträume ab 2004 anzuwenden. Auch das verfassungsrechtliche Verbot der rückwirkenden Steuergesetzgebung sei nicht verletzt. Dieses Verbot setze nämlich insbesondere voraus, dass der Steuerpflichtige in den Bestand der ursprünglichen Regelung habe vertrauen können. Ein solches Vertrauen sei aber dann ausgeschlossen, wenn die neue Rechtsvorschrift mit Wirkung für die Vergangenheit regelt, was bis zu einer Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung der allgemeinen Rechtsanwendungspraxis entsprach. So lag der

Fall auch hier. Erst durch eine Rechtsprechungsänderung im Jahr 2011 sei der Gesetzgeber veranlasst worden, die bisherige Rechtsanwendungspraxis einer gesetzlichen Regelung zuzuführen. Der Kläger habe mithin kein Vertrauen in die durch Rechtsprechungsänderung anerkannte Rechtslage entwickeln können. Die Rückwirkung sei zulässig. Auch im Übrigen seien Verfassungsverstöße nicht ersichtlich. Das Abzugsverbot sei gleichheitsgerecht ausgestaltet.

### **Konsequenz**

Die Rechtsprechungsänderung aus dem Jahr 2011 wirkt sich nicht aus. Durch das schnelle Handeln des Gesetzgebers ist der ursprüngliche Rechtszustand wieder hergestellt. Kosten der erstmaligen Berufsausbildung sind nicht als Werbungskosten, sondern nur als Sonderausgaben abzugsfähig. Das letzte Wort hat jetzt der Bundesfinanzhof.

## **7. Deutschland und Türkei vereinbaren Doppelbesteuerungsabkommen**

### **Neues Doppelbesteuerungsabkommen**

Deutschland und die Türkei haben im September 2011 ein neues Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung (DBA) geschlossen. Am 5.3.2012 hat die Bundesregierung einen Gesetzentwurf zur Umsetzung des Doppelbesteuerungsabkommens in die parlamentarische Beratung eingeführt. Das neue Abkommen mit der Türkei soll rückwirkend ab dem 1.1.2011 angewendet werden.

### **Besteuerung von Unternehmensgewinnen**

Im Doppelbesteuerungsabkommen wird (in Abschnitt 2 b des Protokolls) geregelt, dass die Bestimmung über Unternehmensgewinne (Art. 7 des Abkommens) auch für Personengesellschaften gilt. Ausdrücklich erwähnt werden in diesem Zusammenhang Sondervergütungen. Erhält ein türkischer Gesellschafter einer deutschen Personengesellschaft Sondervergütungen in Form von Zinsen, sind diese zukünftig in Deutschland zu besteuern.

### **Reduzierung von Quellensteuersätzen**

Die nach dem alten Abkommen geltenden Quellensteuersätze werden reduziert. Hiervon sind auch Schachtelbeteiligungen betroffen, d. h. Beteiligungen unbeschränkt steuerpflichtiger Kapitalgesellschaften am Grund- oder Stammkapital einer anderen unbeschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaft in bestimmter Mindesthöhe. Bei Dividenden sinkt der Satz für Schachtelbeteiligungen auf 5 % (bisher 15 %). Für Streubesitzdividenden sinkt der Quellensteuersatz auf 15 % (bisher 20 %). Für Zinsen wird der Satz von 15 % auf 10 % abgesenkt. Bei Lizenzen verbleibt es wie bisher bei einer Quellensteuer von 10 %. Die bislang bestehende Möglichkeit zum Abzug fiktiver Quellensteuern entfällt.

### **183-Tage-Regelung / Steuerbefreiung für Dividenden**

Die Anwendung der 183-Tage-Regelung wird vom bisher gültigen Steuerjahr auf einen 12-Monats-Zeitraum umgestellt. Eine Steuerbefreiung für Dividenden und Unternehmensgewinne setzt nach dem neuen Abkommen voraus, dass die Einkünfte aus einer aktiven Tätigkeit erzielt werden. Kann dies nicht nachgewiesen werden, gilt die Anrechnungsmethode.

## **8. Fristlose Kündigung bei unberechtigter Vorteilsgewährung**

### **Kernfrage**

Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf hatte in einer jüngeren Entscheidung zu zwei Rechtsfragen Stellung zu nehmen. Zum einen ging es darum, ob einem Arbeitnehmer, dem von einem Geschäftspartner private Vorteile gewährt worden waren, fristlos gekündigt werden kann. Zum anderen hatte das Gericht darüber zu befinden, ob ein unterjähriges Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis dazu führen kann, dass eine erfolgsabhängige Vergütung bei entsprechender arbeitsvertraglicher Regelung ganz entfallen kann. Dabei geht die Rechtsprechung regelmäßig davon aus, dass Vergütungsbestandteile, die vertraglich fest zugesagt sind, in der Regel nicht unter Widerrufs- oder Freiwilligkeitsvorbehalte gestellt werden können.

### **Sachverhalt**

Der Kläger war leitender Angestellter und hatte sich von einem Geschäftspartner private Vorteile (hier Bauleistungen am Privathaus) gewähren lassen. Deswegen kündigte der Arbeitgeber fristlos. Mit seiner Kündigungsschutzklage, mit der er die Vorteilsgewährung bestritt, machte der Kläger parallel Ansprüche auf seine Tantieme geltend. Als Grund führte er an, die bestehende

Arbeitsvertragsregelung, die eine Tantieme im Falle des unterjährigen Ausscheidens ausschloss, sei unwirksam.

### **Entscheidung**

Das Gericht wies die Kündigungsschutzklage ab. Die fristlose Kündigung sei wirksam, weil eine "Schmiergeldzahlung" regelmäßig immer eine fristlose Kündigung rechtfertige; zumal beim Kläger nachgewiesen werden konnte, dass er die Vorteilsgewährung wider besseren Wissens bestritten habe. Gleichzeitig stellte das Gericht fest, dass die Vergütungsansprüche erst mit der fristlosen Kündigung enden. Aus diesem Grund könne er den Teil der Tantieme verlangen, der bis zur fristlosen Kündigung verdient worden sei. Die Tantieme stelle einen festen Vergütungsbestandteil dar, dessen Ausschluss bei unterjährigem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis unwirksam sei.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung überrascht im Hinblick auf die Wirksamkeit der Kündigung nicht. Mit Rücksicht auf den Tantiemeanspruch hat das Landesarbeitsgericht allerdings die Revision zum Bundesarbeitsgericht (BAG) zugelassen. Hier bleibt abzuwarten, ob das BAG, soweit dies die arbeitsvertragliche Klausel zulässt, den Tantiemeanspruch für den Fall einer berechtigten, unterjährigen, fristlosen Kündigung wegfallen lässt.

## 9. **1.7.2012: Renten steigen um über 2 Prozent**

### **Rentenanstieg zum 1.7.2012**

Nach Mitteilung des Statistischen Bundesamtes und der Deutschen Rentenversicherung gibt es zum 1.7.2012 einen erheblichen Rentenanstieg zu verzeichnen: in Westdeutschland um 2,18 %, in den neuen Bundesländern um 2,26 %. Durch die Senkung der Beitragssätze werden Arbeitnehmer und Arbeitgeber um 2,6 Milliarden Euro entlastet. Der aktuelle Rentenwert (West) steigt von 27,47 EUR auf 28,07 EUR, der Rentenwert (Ost) erhöht sich von 24,37 EUR auf 24,92 EUR.

### **Grund für den Rentenanstieg**

Mehr als 20 Millionen Rentner profitieren mit der Anpassung vom fortgesetzten wirtschaftlichen Aufschwung 2011, der mit Lohnsteigerungen und einem deutlichen Beschäftigungszuwachs verbunden war.

### **Neues Renten-Gesetzespaket beabsichtigt**

Bundesarbeitsministerin Ursula von der Leyen erklärte, die Bundesregierung werde noch vor der Sommerpause ein Gesetzespaket auf den Weg bringen, "damit sich Leistung, Einsatz und Vorsorge für mehr Menschen als bisher im Alter auszahlen". Die neue Zuschussrente stellt sicher, dass sich Vorsorge auch für Geringverdiener und insbesondere Frauen lohnt, die viele Jahre Teilzeit gearbeitet, Kinder erzogen oder Angehörige gepflegt haben. Die neue Kombirente ermöglicht flexibleres Arbeiten in den letzten Jahren des Berufslebens und die Altersvorsorge Selbstständiger soll künftig nicht mehr dem Zufall überlassen bleiben.

## 10. **Steuerförderung von Gebäudeaufwendungen im Sanierungsgebiet**

### **Kernproblem**

Das Einkommensteuergesetz fördert Aufwendungen an einem Gebäude des Privatvermögens grundsätzlich nur dann, wenn es der Einkünfteerzielung dient, also z. B. vermietet wird. Nach Wegfall der Eigenheimzulage verblieb dem selbstnutzenden Häuslebauer nur die Steuerermäßigung für Handwerkerleistungen, die im eigenen Haushalt erbracht werden. Ausnahmen hiervon bestehen noch bei denkmalgeschützten oder in einem städtischen Sanierungs- oder Entwicklungsgebiet belegenen Immobilien. Deren Aufwendungen in die förderfähigen Zwecke werden mit immerhin 90 % über 10 Jahre verteilt wie Sonderausgaben abgezogen. Weil die Finanzverwaltung nicht über eigenen Bausachverstand verfügt, sieht das Gesetz ein Bescheinigungsverfahren der Gemeinden vor. Die Behörde stellt hier die Förderfähigkeit und Höhe der gemachten Aufwendungen in einer Bescheinigung fest, die dem Finanzamt als Grundlagenbescheid dient. Doch ist mit dem Besitz der Bescheinigung der Steuervorteil auch tatsächlich bereits gesichert?

### **Sachverhalt**

Eine vierköpfige Familie lebte in einem steuerlich begünstigten Sanierungsgebiet und stellte einen Bauantrag auf "Dachgeschoss-Ausbau und Umbau eines Einfamilienhauses zu einem Zweifamilienhaus mit abgeschlossenem Treppenhaus und Gasheizung". Die Stadt versah ihre Zusage

mit baugesetzlichen Auflagen, die auch eingehalten wurden. Die Eltern beantragten in ihrer Einkommensteuererklärung unter Vorlage der städtischen Bescheinigung den Sonderausgabenabzug. Das Finanzamt lehnte den Antrag mit der Begründung ab, dass es sich bei den Aufwendungen um solche für einen nicht begünstigten Neubau handele. Das Gesetz fördere jedoch nur "Modernisierungs- und Instandsetzungsmaßnahmen". Doch gerade diese hatte die Stadt auch bescheinigt. Ob das Finanzamt sich hieran halten musste, entschied das Hessische Finanzgericht (FG).

### **Entscheidung**

Das FG verneinte ebenso wie das Finanzamt die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die Steuerbegünstigung der Baumaßnahme, weil eine neue Wohneinheit entstanden sei, und keine Modernisierung an einer bereits bestehenden Wohnung. Nach Auffassung der Richter enthalte die städtische Bescheinigung auch formalrechtlich insoweit keine das Finanzamt bindende Entscheidung. Die von der Gemeindebehörde getroffene verbindliche Feststellung beziehe sich nicht auf die Frage, ob die Wohnung der Kläger eine modernisierte, instandgesetzte bzw. erhaltene Wohnung oder aber einen Neubau im steuerrechtlichen Sinn darstelle.

### **Konsequenz**

Gegen das Urteil wurde bereits Revision beim Bundesfinanzhof (BFH) eingelegt. Der BFH hat jedoch in seiner bisherigen Rechtsprechung die Bindungswirkung auch nur auf die baurechtlichen Verhältnisse bezogen, so dass ein vom FG abweichendes Urteil überraschen würde.

## **11. Unterlegene Bewerber können bei rechtswidriger Beförderung Schadensersatz verlangen**

### **Rechtslage**

Nicht nur im Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) sind Arbeitnehmer vor Diskriminierungen geschützt. Beispielsweise ist im Bereich der öffentlichen Hand eine sogenannte Konkurrentenklage möglich, wenn das Auswahlverfahren zu einer Beförderung rechtswidrig erfolgt. Hier ermöglicht die Konkurrentenklage noch vor Ablauf des Auswahlverfahrens eine Rechtsprüfung. Das Bundesverwaltungsgericht hatte nun über die Rechtsfolgen einer rechtswidrigen Kandidatenauswahl zu entscheiden.

### **Sachverhalt**

Der verbeamtete Kläger war bei einer Bewerbung auf eine Stelle mit Leitungsfunktion nicht berücksichtigt worden. Anstelle dessen wurde die Stelle an einen Konkurrenten vergeben, der anlässlich des Auswahlverfahrens erst aus dem Landes- in den Bundesdienst versetzt worden war. Allerdings wurde der Kläger hierüber erst nach Besetzung der Stelle informiert. Mit seiner Klage begehrte der Kläger Schadensersatz wegen seiner Nichtberücksichtigung.

### **Entscheidung**

Das Bundesverwaltungsgericht gab dem Kläger Recht. Das Auswahlverfahren sei aus mehreren Gründen rechtswidrig gewesen. So hatte der Arbeitgeber die Stelle bereits so ausgeschrieben, dass sie auf das Anforderungsprofil des Konkurrenten zugeschnitten war. Darüber hinaus war der ausgewählte Konkurrent noch in seiner alten Position in die Besoldungsstufe befördert worden, in die die ausgeschriebene Stelle fiel. Im Ergebnis sei damit das Leistungsprinzip als Auswahlgrundsatz unterlaufen worden. Schließlich sei der abgelehnte Bewerber zu spät unterrichtet worden, was seinen effektiven Rechtsschutz vereitelt habe. Vor diesem Hintergrund sei der Kläger so zu stellen, als sei die Auswahlentscheidung zu seinen Gunsten erfolgt.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung dahin, dass das Auswahlverfahren im konkreten Fall nicht den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Auswahl entsprach, wird nicht überraschen. Sehr wohl überrascht die Rechtsfolge in ihrer Reichweite. Denn der Kläger muss so behandelt werden, als sei er erfolgreich gewesen. Mit anderen Worten: im Rahmen der (beamtenrechtlichen) Konkurrentenklage ist der Schadensersatzanspruch wohl weitergehend zu verstehen als im arbeitsrechtlichen Bereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes.

## **12. Auch bei Wohnung im Leerstand ist Grundsteuer fällig**

### **Kernaussage**

Der Eigentümer eines Grundstücks bleibt grundsätzlich auch dann grundsteuerpflichtig, wenn er seine



Wohnungen nicht vermieten konnte und deshalb keine Einnahmen hatte. Dies entschied jüngst das Gießener Verwaltungsgericht.

#### **Sachverhalt**

Der Kläger ist Eigentümer eines bebauten Grundstücks. Er hatte das Gebäude aufwändig in vier gehoben ausgestattete exklusive Eigentumswohnungen umgebaut und diese im Jahr 2007 als Mietwohnungen angeboten. Für 2009 beantragte der Kläger bei der Stadt den Erlass der erhobenen Grundsteuer mit der Begründung, die Wohnungen seien nicht vermietet gewesen und auch nicht selbstgenutzt oder anderen kostenlos überlassen worden. Er selbst habe die Wohnungen ständig im Internet und durch Zeitungsannoncen angeboten. Mehrere Mietinteressenten habe er aus Bonitätsgründen ablehnen müssen; im Übrigen sei der Leerstand strukturell bedingt. Die Stadt lehnte den Antrag des Klägers ab, den anschließenden gerichtlichen Streit über den Erlass von Grundsteuer verlor der Kläger ebenfalls.

#### **Entscheidung**

Ob der Leerstand tatsächlich strukturell bedingt war, konnte das Verwaltungsgericht offenlassen, denn jedenfalls hatte der klagende Eigentümer die Ertragsminderung seines Grundstücks für das Jahr 2009 selbst zu vertreten. Er hatte nicht alle zumutbaren Anstrengungen unternommen, um Mieter für die leerstehenden Objekte zu finden. Gerade angesichts der Exklusivität seiner Wohnungen war es ihm zuzumuten, mit der Vermietung - zusätzlich zu der Anzeigenschaltung und dem Internetangebot - auch noch einen Immobilienmakler zu beauftragen. Denn die Beauftragung eines Maklers stellt die effektivste Form der Vermietungsbemühungen für Wohnraum dar. Da der Kläger dies im Streitjahr nicht getan hatte, schuldete er die Grundsteuer in voller Höhe.

#### **Konsequenz**

Vermietungsbemühungen, die sich darauf beschränken, Anzeigen in der regionalen Presse zu schalten und lediglich ein Angebot ins Internet einzustellen, reichen nicht aus, um einen Erlass von Grundsteuer zu rechtfertigen. Je schwieriger ein Objekt zu vermieten ist, desto intensiver und nachhaltiger müssen die Vermietungsbemühungen des Eigentümers ausfallen.

## Unternehmer und Freiberufler

### 1. Vorsteuerabzug bei Holdinggesellschaften

#### **Kernaussage**

Das Halten von Gesellschaftsbeteiligungen für sich alleine berechtigt nicht zum Vorsteuerabzug. Nur soweit Holdinggesellschaften gegenüber ihren Beteiligungsunternehmen entgeltliche Leistungen erbringen, ist ein Vorsteuerabzug möglich.

#### **Sachverhalt**

Eine Holdinggesellschaft erbrachte Beratungsleistungen gegenüber zwei ihrer ca. 50 Beteiligungsunternehmen und erzielte Zinsen aus der Hingabe eines Darlehens an eine amerikanische Tochtergesellschaft. Streitig war u. a. der Vorsteuerabzug aus den Gemeinkosten. Die Holdinggesellschaft vertrat hier die Ansicht, dass ihr der volle Vorsteuerabzug zustehe, da sie ausschließlich Umsätze erbringe, die zum Vorsteuerabzug berechtigen bzw. diesem nicht entgegenstehen.

#### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof (BFH) wertete das Verhältnis der erzielten Umsätze (ca. 0,6 Mio. EUR) zu den Ansätzen der Beteiligungen in der Bilanz (ca. 99 Mio. EUR) sowie der erzielten Umsätze zu den entstandenen Kosten (1:5) als Indiz, dass das Halten der Beteiligungen die Haupttätigkeit der Holdinggesellschaft darstellte. Der Holdinggesellschaft stehe daher maximal ein anteiliger Vorsteuerabzug in Höhe von 50 % aus den Gemeinkosten zu.

#### **Konsequenz**

Der BFH bestätigt mit dem Urteil seine jüngste Rechtsprechung. Danach ist die Vorsteuer aufzuteilen, wenn die bezogenen Leistungen der unternehmerischen und nichtunternehmerischen Betätigung (Halten von Beteiligungen) dienen. Es ist fraglich, ob Holdinggesellschaften aufgrund des Urteils in ähnlichen Konstellationen nun mindestens ein 50 %-iger Vorsteuerabzug aus den Gemeinkosten

zusteht. Der BFH brauchte hierauf nicht explizit einzugehen, da das Finanzamt schon einen höheren Abzug zugelassen hatte. Er ließ daher offen, welcher Maßstab zur Bestimmung des anteiligen Vorsteuerabzugs zugrunde zu legen ist, um dem Verhältnis von unternehmerischer und nichtunternehmerischer Tätigkeit gerecht zu werden.

## 2. **Fristlose Kündigung bei Diebstahl geringwertiger Sachen und langer Betriebszugehörigkeit**

### **Rechtslage**

Bis zur "Emmely-Entscheidung" galt der Grundsatz, dass eine Straftat gegenüber dem Arbeitgeber eine fristlose Kündigung ohne vorherige Abmahnung rechtfertigte. Mit der "Emmely-Entscheidung" weichte das Bundesarbeitsgericht diesen Grundsatz im Bereich Diebstahls und Unterschlagung geringwertiger Sachen für die Fälle auf, bei denen eine Interessenabwägung zugunsten des Arbeitnehmers sprach. Dies ist insbesondere dann so, wenn ein lang bestehendes und (regelmäßig) unbeanstandetes Arbeitsverhältnis vorliegt. Diese Entscheidung wird seither in fristlosen Kündigungssachen stets zugunsten des Arbeitnehmers angeführt. Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hatte nunmehr zur Abgrenzung des "Emmely-Urteils" zu entscheiden.

### **Sachverhalt**

Der Kläger war bereits rd. 20 Jahre - zuletzt als Filialleiter - beim Arbeitgeber tätig, als er zunächst einen Beutel Streusand aus der Filiale mitnahm, ohne ihn zu bezahlen. Zwei Tage später wurde er mit unbezahlten Waren im Wert von 12,02 EUR angetroffen. Der Arbeitgeber kündigte das Arbeitsverhältnis fristlos ohne Abmahnung. Der Kläger hatte die Vorwürfe zunächst geleugnet.

### **Entscheidung**

Das Landesarbeitsgericht hielt die Kündigung für wirksam. Die im Rahmen der fristlosen Kündigung vorzunehmende Interessenabwägung falle trotz der langen Betriebszugehörigkeit auch vor dem Hintergrund der "Emmely-Entscheidung" zu Ungunsten des Klägers aus. Dabei sei entscheidend zu berücksichtigen, dass der Kläger die Vorwürfe zunächst geleugnet habe, er in einer gehobenen Vertrauensposition angestellt sei und der Schaden nicht nur im "Cent-Bereich" liege.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung liegt auf dem Kurs weiterer Entscheidungen der arbeitsrechtlichen Obergerichte. Man mag mutmaßen, dass dort versucht wird, die "Emmely-Entscheidung" praxistauglich zu machen. Auf eine Wertgrenze wird bisher nicht abgestellt, obwohl die Entscheidung vom "Cent-Bereich" spricht. Regelmäßig stellen die arbeitsrechtlichen Obergerichte vielmehr auf das Nachtatverhalten ab. Wenn der Arbeitnehmer zunächst leugnet, scheinen die Gerichte "geneigter", dem Arbeitgeber Recht zu geben.

## 3. **Einstweilige Anordnung zur Durchsetzung von Steuererstattungen**

### **Kernaussage**

Die Finanzverwaltung tut sich bekanntlich schwer damit, unliebsame Urteile zeitnah umzusetzen. Für die betroffenen Unternehmen ist dies zumeist mehr als ärgerlich. Nicht nur, dass sie auf die angestrebte Steuererstattung warten müssen, häufig ergeben sich noch zusätzliche Beratungskosten, um die ihnen zustehenden Ansprüche endgültig durchzusetzen. Eine aktuelle Entscheidung des Finanzgerichts (FG) Münster könnte helfen, diesem Treiben ein Ende zu bereiten.

### **Sachverhalt**

Aufgrund der jüngsten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zur Besteuerung der Abgabe von Speisen an Imbissständen, hatte ein Unternehmer beantragt, die Umsatzsteuerbescheide für 2007 und 2008 zu seinen Gunsten zu ändern. Diese standen unter dem Vorbehalt der Nachprüfung. Das Finanzamt lehnte eine Änderung zunächst ab. Über den hiergegen eingelegten Einspruch wollte die Behörde erst nach Veröffentlichung des Urteils des EuGH im Bundessteuerblatt entscheiden. Solange wollte der Unternehmer nicht warten und stellte einen Antrag auf einstweilige Anordnung beim hier zuständigen Finanzgericht Münster auf Erstattung von ca. 100.000 EUR.

### **Entscheidung**

Die Richter gaben dem Antrag statt. Zum Einen sei durch die Korrektur der Umsatzsteuererklärungen der Anspruch des Klägers glaubhaft gemacht worden. Zum Anderen läge auch ein Anordnungsgrund vor, da der Kläger unmittelbar von der Zahlungsunfähigkeit bedroht sei.

**Konsequenz**

Das Urteil ist zwar nicht geeignet, gegen jegliche Verzögerungen der Finanzverwaltung vorzugehen. In Fällen jedoch, in denen den betroffenen Unternehmern existenzielle Schäden drohen, z. B. die Insolvenz, ist ein Antrag auf einstweilige Anordnung zu prüfen.

**4. Vorsteuerabzug aus Strafverteidigungskosten****Kernaussage**

Der Vorsteuerabzug setzt einen unmittelbaren Zusammenhang der bezogenen Leistungen mit Umsätzen voraus, die zum Vorsteuerabzug berechtigen. Dies klingt einfach, doch in der Praxis stellt sich oft die Frage, ob ein solcher unmittelbarer Zusammenhang gegeben ist.

**Sachverhalt**

Der Kläger war Einzelunternehmer sowie Mehrheitsgesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH, die steuerpflichtige Bauleistungen erbrachte. Gegen den Kläger sowie einen weiteren Geschäftsführer der GmbH wurde ein Strafverfahren wegen Bestechung eröffnet. Die Beauftragung der Strafverteidiger erfolgte sowohl von der GmbH als auch von dem jeweiligen Geschäftsführer. Die Abrechnung erfolgte jedoch ausschließlich gegenüber der GmbH. Streitig war, ob die Rechtsanwaltskosten zum Vorsteuerabzug berechtigten.

**Entscheidung**

Objektiv betrachtet richtete sich das Verfahren gegen die beiden Geschäftsführer persönlich, was gegen einen Vorsteuerabzug spricht. Hiergegen lässt sich jedoch argumentieren, dass die Rechtsanwaltskosten ohne die Bautätigkeit der GmbH nicht angefallen wären und die Kosten somit aufgrund der steuerpflichtigen Bauleistungen der GmbH entstanden sind. Der Bundesfinanzhof (BFH) hat nun Zweifel, welcher Auffassung hinsichtlich der Auslegung des Begriffs des "unmittelbaren Zusammenhangs" zu folgen ist. Er legte diese Frage daher dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) zur Entscheidung vor. Sollte der EuGH den Vorsteuerabzug grundsätzlich zulassen, möchte der BFH weiterhin geklärt wissen, ob der Umstand, dass die Beauftragung der Rechtsanwälte auch durch die Gesellschafter erfolgte, nur einen anteiligen Vorsteuerabzug zulässt.

**Konsequenz**

Die Entscheidung des EuGH dürfte mit Spannung erwartet werden. Betrifft der Fall doch sowohl die grundsätzlichen Voraussetzungen des Vorsteuerabzugs, als auch formale Fragen der im Sinne des Vorsteuerabzugs korrekten Beauftragung und Abrechnung von Leistungen. In ähnlich gelagerten Fällen sollten die Verfahren unter Berufung auf die Vorlage an den EuGH offen gehalten werden.

**5. Vorsteuerabzug bei Erwerb zahlungsgestörter Forderungen****Kernaussage**

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hatte zuletzt festgestellt, dass der Erwerb zahlungsgestörter Forderungen auf eigenes Risiko zu einem unter dem Nennwert liegenden Preis keine entgeltliche Dienstleistung darstellt. Damit stand das Urteil im Widerspruch zur Auffassung der Finanzverwaltung. Der Bundesfinanzhof (BFH) hat nun die Folgeentscheidung getroffen.

**Sachverhalt**

Der Kläger kaufte von einer Bank Forderungen auf. Bezogen auf den Nennwert der Forderungen, galten 57,8 % davon als realisierbar. Da für die Realisierung ein Zeitraum von 3 Jahren angenommen wurde, ermittelten die Vertragsparteien einen abgezinsten wirtschaftlichen Nennwert in Höhe von 54,2 %. Der letztendlich vereinbarte Kaufpreis betrug 51,8 % des Nennwertes der Forderungen. Das Finanzamt sah auch unter Berücksichtigung der neuen EuGH-Rechtsprechung eine entgeltliche Leistung des Klägers, da der Kaufpreis unter dem wirtschaftlichen Nennwert lag.

**Entscheidung**

Der BFH folgt ausdrücklich dem EuGH. Demnach liegt keine entgeltliche Leistung des Klägers vor. Ein Unternehmer, der zahlungsgestörte Forderungen unter "Vereinbarung" eines vom Kaufpreis abweichenden "wirtschaftlichen Werts" erwirbt, erbringt an den Forderungsverkäufer keine entgeltliche Leistung. Liegt beim Kauf zahlungsgestörter Forderungen keine entgeltliche Leistung an den Forderungsverkäufer vor, ist der Forderungserwerber aus Eingangsleistungen für den Forderungserwerb und den Forderungseinzug nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt. Eine

Rechnungsberichtigung lässt die Steuerschuld nicht mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Rechnungserteilung entfallen.

#### **Konsequenz**

Der Kläger ist hinsichtlich der Forderungskäufe aus umsatzsteuerlicher Sicht nicht unternehmerisch tätig. Er unterliegt damit insoweit nicht der Umsatzsteuer. Allerdings hat dies auch zur Folge, dass der Kläger sowohl hinsichtlich des Forderungserwerbs als auch des Forderungseinzugs nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt ist.

### **6. Geschäftsveräußerung im Ganzen ohne Grundstücksübertragung?**

#### **Kernaussage**

Geschäftsveräußerungen im Ganzen sind nicht steuerbar und unterliegen damit nicht der Umsatzsteuer. Ob eine Geschäftsveräußerung im Ganzen vorliegt oder nicht, ist häufig unklar. Die Rechtslage wird durch neue Urteile permanent fortentwickelt.

#### **Sachverhalt**

Die Klägerin betrieb ein Einzelhandelsgeschäft für Sportartikel in einem in ihrem Eigentum stehenden Ladenlokal. Im Juni 1996 veräußerte sie den Warenbestand und die Ladeneinrichtung an eine GmbH. Das Ladenlokal vermietete sie auf unbestimmte Zeit an die GmbH. Der Mietvertrag war kurzfristig, d. h. bis zum 3. Werktag eines Quartals zum Ablauf des folgenden Quartals von beiden Seiten kündbar. Die Klägerin behandelte den Verkauf als Geschäftsveräußerung im Ganzen. Dem folgte das Finanzamt nicht. Es sah die Voraussetzungen einer Geschäftsveräußerung im Ganzen als nicht gegeben an und forderte Umsatzsteuer nach, da die GmbH das Geschäft nach nur ca. 2 Jahren aufgegeben hatte.

#### **Entscheidung**

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) und ihm nun nachfolgend der Bundesfinanzhof (BFH) stellen sich gegen die Auffassung der Finanzverwaltung. Demnach ermöglicht ein unbefristeter Mietvertrag, auch wenn er kurzfristig kündbar ist, die Fortführung des Geschäfts, sofern die übertragenen Wirtschaftsgüter dies zulassen. Dass die GmbH das Geschäft 2 Jahre fortführte, ist als Indiz für die Absicht der Erwerberin zu werten, das Geschäft fortzuführen. Eine der Annahme einer Geschäftsveräußerung im Ganzen entgegenstehende Absicht zur Abwicklung des Geschäfts, wie vom Finanzamt unterstellt, lag demnach gerade nicht vor.

#### **Konsequenz**

Die Urteile weichen von der bisher vom BFH vertretenen Rechtsauffassung ab bzw. entwickeln diese fort. Zwar hielt der BFH auch schon in der Vergangenheit für die Annahme einer Geschäftsveräußerung im Ganzen die Übertragung einer Immobilie für nicht zwingend erforderlich. Er forderte jedoch einen auf mindestens 8 Jahre befristeten Mietvertrag. Letzteres ist nun überholt. Unternehmer, die beabsichtigen, ihr Geschäft zu veräußern, müssen sich auf die neue Rechtslage einstellen. Gleiches gilt für die Erwerber. Eine fehlerhafte Einschätzung führt zu Umsatzsteuernachforderungen seitens der Finanzverwaltung.

### **7. Trauerredner und Umsatzsteuer**

#### **Rechtslage**

Seit Jahren fordern Politiker die Abschaffung bzw. Beschränkung der Anwendung des ermäßigten Steuersatzes (7 % Umsatzsteuer). Passiert ist jedoch bisher nichts. So wundert es nicht, dass sich die Gerichte aber auch die Verwaltung immer wieder mit Fällen beschäftigen müssen, die für die Betroffenen wichtig sind, für Unbeteiligte aber nur die undurchsichtige Rechtslage aufzeigen.

#### **Neue Verwaltungsanweisung**

Die Oberfinanzdirektion (OFD) Frankfurt a. M. hat zur umsatzsteuerlichen Behandlung der Leistungen von Trauerrednern Stellung bezogen. Zur Debatte stand die Anwendung des ermäßigten Steuersatzes. Der Verband der Trauerredner hatte darauf verwiesen, dass die Moderation und Leitung der Beisetzung dem Trauerredner obliege, der die alleinige Verantwortung für das Gelingen der Trauerfeier trage. Bei der Trauerrede handele es sich um ein Unikat, das auf der Veranstaltung wiedergegeben und später den Verbliebenen übergeben werde. Die OFD sieht hierin keine begünstigte Übertragung eines Urheberrechts an dem Trauermanuskript. Ebenso liegt keine Eintrittsberechtigung für ein Theater, Konzert oder ähnliche Darbietung vor, die begünstigt sind, da die Trauerredner kein Entgelt von den trauernden Angehörigen verlangen. Zudem verweist die Verfügung

auf die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH), wonach Trauerredner nicht als Künstler anzusehen sind.

#### **Konsequenz**

Solange die Angehörigen nicht auf die Idee kommen Eintrittsgelder für die Beerdigung zu verlangen, ist die Rechtslage einfach: Trauerredner unterliegen dem Regelsteuersatz von 19 % Umsatzsteuer.

### 8. **Geschäftsveräußerung im Ganzen und Vorsteuerabzug**

#### **Einführung**

Der Vorsteuerabzug richtet sich grundsätzlich nach dem Umsatz, dem die entsprechenden Kosten unmittelbar zuzurechnen sind. Berechtigt dieser Umsatz nicht zum Vorsteuerabzug oder ist er der nichtunternehmerischen Sphäre zuzuordnen, so ist ein Vorsteuerabzug nicht zulässig. Was ist aber bei einer Geschäftsveräußerung im Ganzen? Diese ist nicht steuerbar, gehört aber weder zu solchen den Vorsteuerabzug ausschließenden Umsätzen, noch zum nichtunternehmerischen Bereich.

#### **Neue Verwaltungsanweisung**

Nach Ansicht der Oberfinanzdirektion (OFD) Frankfurt a. M. kommen Kosten, die in Verbindung mit einer als Geschäftsveräußerung im Ganzen zu qualifizierenden Grundstücksveräußerung stehen, z. B. Makler- und Notarkosten, grundsätzlich für einen Vorsteuerabzug in Betracht. Die Höhe des Vorsteuerabzugs orientiert sich am Umfang der Nutzung des Grundstücks vor der Veräußerung für Zwecke, die den Vorsteuerabzug zulassen bzw. ausschließen.

#### **Konsequenz**

Die Auffassung der OFD Frankfurt a. M. dürfte sachgerecht sein. Fraglich ist jedoch, welcher Zeitraum der Ermittlung des Vorsteuerschlüssels zugrunde gelegt werden soll: ein Tag, ein Jahr oder ein längerer Zeitraum vor der Veräußerung? Leider lässt die OFD dies offen, obwohl sich im Zeitablauf, z. B. bei vermieteten Grundstücken, hinsichtlich des Vorsteuerabzugs unterschiedliche Nutzungsverhältnisse ergeben können.

### 9. **Verfassungswidrigkeit der gewerbsteuerlichen Hinzurechnung von Zinsen und Mieten**

#### **Kernproblem**

Auf Seiten der steuerpflichtigen Gewerbetreibenden hat die wirtschaftliche Bedeutung der Gewerbesteuer seit der Senkung des Körperschaftsteuersatzes auf 15 % im Jahr 2008 sowie der gleichzeitig eingeführten Nichtabzugsfähigkeit der Gewerbesteuer als Betriebsausgabe nochmals zugenommen. Für die Gemeinden hingegen, die durch die individuelle Festlegung des Hebesatzes die Höhe der Gewerbesteuer maßgeblich beeinflussen können, stellt die Gewerbesteuer eine wichtige Einnahmequelle dar. Die seit Jahren geführte Diskussion über eine Reform oder gar Abschaffung der Gewerbesteuer dürfte durch einen aktuellen Beschluss des Finanzgerichts (FG) Hamburg, der verfassungsrechtliche Zweifel an wesentlichen Vorschriften des Gewerbesteuergesetzes äußert, neue Nahrung erhalten.

#### **Sachverhalt**

In dem zugrunde liegenden Verfahren pachtete die Klägerin die für ihren Tankstellenbetrieb wesentlichen Wirtschaftsgüter. Die Pachtzinsen wurden im Rahmen der Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer als Betriebsausgaben berücksichtigt und minderten den zu versteuernden Gewinn. Anders hingegen bei der Gewerbebesteuerung. Diese sieht eine (teilweise) Hinzurechnung u. a. von Zinsen, Mieten und Pachten vor. Diese Vorschrift hält das FG Hamburg wegen Verstoßes gegen den grundgesetzlich verankerten allgemeinen Gleichheitssatz nunmehr für verfassungswidrig.

#### **Entscheidung**

Das Gericht führt aus, dass der allgemeine Gleichheitssatz eine gleichmäßige Belastung aller Steuerpflichtigen nach ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit gebietet, die unter Berücksichtigung des Eigentumsgrundrechts zu bestimmen sei. Erwirtschaftete der Gewerbetreibende mit seinem Betrieb einen Ertrag und werde dieser besteuert, ohne Aufwendungen - wie etwa im Streitfall die Pachtzinsen - zu berücksichtigen, sei das sogenannte Ist-Leistungsfähigkeitsprinzip verletzt. Ein solcher Verstoß könne zwar grundsätzlich gerechtfertigt sein, allerdings erachtet das Gericht die bisher angenommenen Rechtfertigungsgründe (z. B. Objektsteuercharakter der Gewerbesteuer, Äquivalenzprinzip, Gleichstellung des Fremdkapitaleinsatzes mit dem Eigenkapitaleinsatz) als unzureichend.

**Konsequenz**

Eine endgültige Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit der Hinzurechnungsvorschrift obliegt allein dem Bundesverfassungsgericht, dem die Frage zur Klärung vorgelegt wurde. Da de facto fast jeder Betrieb von dieser Hinzurechnungsvorschrift mehr oder weniger betroffen ist, ist die Entscheidung mit Spannung zu erwarten. Betroffene Steuerpflichtige sollten ein Offenhalten entsprechender Verfahren anstreben.

**10. Passivierung "angeschaffter Rückstellungen" auch bei echter Vertragsübernahme****Kernproblem**

Bereits Ende 2009 hatte der Bundesfinanzhof (BFH) entschieden, dass angeschaffte betriebliche Verbindlichkeiten, die beim Veräußerer einem steuerlichen Ausweisverbot unterliegen (z. B. Drohverlustrückstellungen), beim Erwerber keinem Passivierungsverbot unterliegen, wenn die Übernahme im Rahmen eines Betriebserwerbs gegen Schuldfreistellung stattgefunden hat (Schuldbeitritt). Ungeklärt war bislang die Frage, ob diese Rechtsgrundsätze auch für Fälle einer echten Schuldübernahme gelten. Die Schuldübernahme unterscheidet sich vom Schuldbeitritt dadurch, dass der Verpflichtungserwerber direkt gegenüber dem Verpflichtungsgläubiger für seine Schuld einzustehen hat.

**Sachverhalt**

Die klagende GmbH hatte im Streitjahr 1994 den Betrieb einer Tochtergesellschaft im Rahmen eines Unternehmenskaufs (Übertragung von Wirtschaftsgütern) übernommen. Im Rahmen dieses Vorgangs wurden u. a. auch Jubiläumsrückstellungen und Rückstellungen für Verpflichtungen gegenüber einem Pensionsversicherungsverein übernommen und bei der Kaufpreisermittlung berücksichtigt. Das Finanzamt vertrat hierzu die Auffassung, dass die GmbH die Verbindlichkeiten zwar in ihrer Eröffnungsbilanz mit den Anschaffungskosten anzusetzen habe, in der darauffolgenden Schlussbilanz aber unter Beachtung der steuerlichen Ausweisverbote eine gewinnerhöhende Auflösung der Rückstellungen vorzunehmen habe. Die nach erfolglosem Einspruchsverfahren eingereichte Klage war erfolgreich.

**Entscheidung**

Nach Auffassung des Bundesfinanzhofs (BFH) sind - unter Beachtung der handelsrechtlichen Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung - Anschaffungsvorgänge stets erfolgsneutral zu behandeln. Dieser Grundsatz gilt auch für die Steuerbilanz. Soweit im Steuerrecht vorgesehen ist, dass bestimmte Passivpositionen (z. B. Drohverlustrückstellung oder Jubiläumsrückstellungen) nicht auszuweisen sind, gilt dies aber nicht, wenn sie entgeltlich erworben wurden. Vielmehr sind diese zwingend und stets mit den Anschaffungskosten zu bewerten. An der erfolgsneutralen Bewertung zu Anschaffungskosten ändert sich auch nichts in nachfolgenden Schlussbilanzen.

**Konsequenz**

Der BFH hat der Auffassung der Finanzverwaltung eine klare Absage erteilt. Es ist nunmehr endgültig geklärt, dass die Anschaffungskosten von Verbindlichkeiten die Bewertungsuntergrenze bilden und somit - entgegen der Auffassung der Finanzverwaltung - ein "Erwerbsgewinn" insoweit nicht entstehen kann. Soweit die Finanzverwaltung hiervon in der Vergangenheit abgewichen ist, sollte in verfahrensrechtlich noch offenen Fällen eine entsprechende Änderung beantragt werden. Hinsichtlich der Auslagerung von Pensionsverpflichtungen, für die die Rechtsprechung analog Anwendung finden könnte, sei auf die damit einhergehenden Gestaltungsmöglichkeiten verwiesen.

**11. Arbeitgeber darf nicht auf Betriebsrats-Dateien zugreifen****Rechtslage**

Das Verhältnis zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber ist davon geprägt, dass der Betriebsrat zwar selbstständig ist, aber Ressourcen und Betriebsmitteln des Arbeitgebers nutzt. Das führt regelmäßig zu der Frage, inwieweit der Arbeitgeber auf vom Betriebsrat genutzte Mittel zugreifen kann. Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf entschied jetzt, dass einem Arbeitgeber der Zugriff auf Dateien, die auf dem Laufwerk des Betriebsrats im betriebsinternen EDV-System gespeichert sind, nicht erlaubt ist.

**Sachverhalt**

Der Betriebsrat eines Unternehmens hatte interne Dokumente auf einem eigenen Laufwerk beim Arbeitgeber gespeichert; unter anderem - unter dem Briefkopf des Betriebsrats - eine nicht

unterzeichnete achtseitige Stellungnahme in einem Kündigungsschutzverfahren. Der Arbeitgeber vermutete, dass ein Betriebsratsmitglied die Stellungnahme während seiner Arbeitszeit verfasst hatte, was einem Arbeitszeitbetrug gleich komme. Er beantragte daher, gerichtlich festzustellen, dass die vollständige Dokumentenhistorie ohne Zustimmung des Betriebsrats zurückverfolgt werden dürfe, um festzustellen, wann und durch wen die Datei bearbeitet wurde. Der Betriebsrat seinerseits begehrte vom Arbeitgeber die Dokumentation der Zugriffe auf den Betriebsratsserver.

#### **Entscheidung**

Weder dem Arbeitgeber noch dem Betriebsrat stehen die jeweiligen Auskunfts- bzw. Zugriffsansprüche zu. Aufgrund der autonomen Ausgestaltung der Regelungen über den Betriebsrat, habe dieser das Recht, seine Daten und Dateien eigenverantwortlich zu verwalten, ohne dass es auf die Eigentumsverhältnisse an den Laufwerken ankomme. Der Betriebsrat seinerseits hatte kein Rechtsschutzinteresse, weil er bereits wusste, dass auf sein Laufwerk zugegriffen worden war. Aufgrund seiner Eigenverantwortlichkeit müsse er dies aus eigenem Recht heraus verhindern.

#### **Konsequenz**

Die Entscheidung zeigt das Verhältnis zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber. Unabhängig davon, dass der Betriebsrat im Unternehmen integriert ist und von diesem finanziert werden muss, ist er ein autonomes "Organ" des Unternehmens und als solches selbstverwaltend.

### **12. Guthaben auf Arbeitszeitkonto mit Minusstunden verrechenbar?**

#### **Kernproblem**

Viele Arbeitgeber führen für ihre Mitarbeiter Arbeitszeitkonten, auf denen Überstunden angesammelt werden können. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hatte nunmehr darüber zu entscheiden, ob ein solches Arbeitszeitkonto den Arbeitgeber berechtigt, Minusstunden des Arbeitnehmers (hier aufgrund einer Änderung im Tarifvertrag) mit Guthabenstunden auf dem Arbeitszeitkonto zu verrechnen.

#### **Sachverhalt**

Die Klägerin war tarifvertraglich beim Arbeitgeber beschäftigt. Zum 1.4.2008 trat ein neuer Tarifvertrag in Kraft, der die Erholungszeiten innerhalb der Arbeitszeit kürzte. Aufgrund einer ersten Weigerung des Betriebsrats, diese Änderung in die Dienstpläne zu übertragen, wurde die Kürzung erst zum 1.7.2008 umgesetzt. Der Arbeitgeber war der Meinung, durch die um drei Monate verspätete Umsetzung schuldeten die Arbeitnehmer Arbeitszeit in Höhe des verkürzten Erholungszeitraums über drei Monate und kürzte das Zeitguthaben der Klägerin auf ihrem Arbeitszeitkonto. Hiergegen wandte sich die Klägerin mit Erfolg.

#### **Entscheidung**

Der Arbeitgeber muss die gekürzten Stunden wieder gutschreiben. Eine Verrechnung eines Zeitguthabens auf einem Arbeitszeitkonto mit etwaigen Minusstunden kommt nur in Betracht, wenn eine entsprechende Regelung im Arbeitsvertrag, in einer Betriebsvereinbarung oder in einem Tarifvertrag den Arbeitgeber hierzu ermächtigt. Eine solche Verrechnungsklausel existierte beim Arbeitgeber aber nicht. Weder der auf das Arbeitsverhältnis anwendbare Tarifvertrag noch eine Betriebsvereinbarung erlaubten es, das Arbeitszeitkonto der Klägerin mit Minusstunden zu belasten, die sich aus der Nichtausschöpfung der tarifvertraglichen Wochenarbeitszeit in den Dienstplänen ergaben.

#### **Konsequenz**

Die Entscheidung zeigt, dass die bloße Einrichtung von Arbeitszeitkonten nicht ausreichend ist, um flexible Arbeitszeiten zu ermöglichen. Vielmehr muss die Einführung von Arbeitszeitkonten mit einer schriftlichen Vereinbarung unterlegt werden, die regelt, wie mit dem Zeitkonto umzugehen ist und wie sich die Salden verstehen.

### **13. Außerordentliche Kündigung von ordentlich unkündbaren Mitarbeitern**

#### **Kernfrage**

Tarifverträge können vorsehen, dass Arbeitnehmer, wenn sie eine bestimmte Betriebszugehörigkeitszeit erreicht haben, nicht mehr ordentlich kündbar sind. Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hatte nunmehr darüber zu entscheiden, ob diesen Arbeitnehmer jedenfalls dann, wenn ihr Arbeitsplatz aufgrund einer Umstrukturierung wegfällt, zumindest außerordentlich gekündigt werden kann

**Sachverhalt**

Die Klägerin war wegen ihrer langen Beschäftigungszeit und der einschlägigen tarifvertraglichen Regelungen nicht mehr ordentlich kündbar. Im Rahmen einer Umstrukturierung beim Arbeitgeber traf dieser die unternehmerische Entscheidung, die Arbeiten, für die die Klägerin beschäftigt war, nicht mehr selber durchzuführen, sondern durch Fremdfirmen abwickeln zu lassen. Der Arbeitgeber kündigte daher das Arbeitsverhältnis der Klägerin außerordentlich aus wichtigem Grund.

**Entscheidung**

Das Landesarbeitsgericht gab der Klägerin Recht, ließ aber die Revision zum Bundesarbeitsgericht wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache ausdrücklich zu. Das Arbeitsverhältnis habe nicht wirksam außerordentlich gekündigt werden können. Der Arbeitgeber könne sich beim Arbeitsvertrag, wie bei jedem anderen Vertrag auch, nicht ohne Weiteres von seiner Vertragsbindung lossagen, sondern müsse die ordentliche Unkündbarkeit der Klägerin bereits bei der Erstellung seines unternehmerischen Konzepts mit einplanen. Umstände für eine Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung der Klägerin hatte der Arbeitgeber gerade nicht vorgetragen. Insbesondere habe der Arbeitgeber nicht dazu vorgetragen, dass die Umstrukturierung in Form zukünftiger Fremdvergabe aus betrieblichen Gründen unumgänglich war.

**Konsequenz**

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts bleibt abzuwarten. Dabei werden sich die Richter insbesondere dazu äußern müssen, ob betriebliche Zwänge dazu führen können, einen ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer wieder kündbar werden zu lassen.

**14. Erstattungszinsen bei Kapitalgesellschaften (weiterhin) steuerpflichtig****Kernproblem**

Für die Rechtslage vor dem Jahressteuergesetz 2010 hat der Bundesfinanzhof (BFH) im Juni 2010 - abweichend von seiner bisherigen Rechtsprechung - entschieden, dass auf die Einkommensteuer entfallende Erstattungszinsen nicht der Einkommensteuer unterliegen. Fraglich war bislang, ob diese Rechtsgrundsätze auch auf Kapitalgesellschaften übertragbar sind. Die Finanzgerichte hatten daher nunmehr zu klären, ob auch von Kapitalgesellschaften erhaltene Erstattungszinsen auf Körperschaftsteuer steuerfrei sind.

**Sachverhalt**

Die klagende GmbH hatte im Streitjahr 2002 Erstattungszinsen für zuviel entrichtete Körperschaftsteuer erhalten. Das Finanzamt behandelte diese Erstattungszinsen als steuerpflichtig und erhöhte entsprechend das Einkommen der GmbH. Einspruch und Klage hiergegen blieben ohne Erfolg. Auch die gegen die nichtzugelassene Revision eingelegte Beschwerde beim BFH wurde zurückgewiesen.

**Entscheidung**

Der BFH teilt im Ergebnis die Auffassung der Vorinstanzen. Im Gegensatz zu den der Einkommensteuer unterliegenden steuerpflichtigen natürlichen Personen hat der BFH bei Kapitalgesellschaften keine Zweifel an der Steuerpflicht von Erstattungszinsen. Dies wird im Wesentlichen damit begründet, dass Kapitalgesellschaften keine außerbetriebliche Sphäre haben. Demnach ist jede von der Kapitalgesellschaft erzielte Einnahme grundsätzlich steuerpflichtig, wenn und soweit keine entgegenstehende Regelung besteht. Dies ist für Erstattungszinsen auf Körperschaftsteuer indes nicht der Fall. Ebenso sieht es der BFH als verfassungsrechtlich unkritisch an, dass Erstattungszinsen steuerpflichtig zu behandeln sind, während korrespondierende Nachzahlungszinsen nicht abziehbar sind.

**Konsequenz**

Wengleich die Entscheidung des BFH wenig erfreulich ist, haben sich Steuerpflichtige hierauf in der Praxis einzustellen. Für den Bereich der Einkommensteuer besteht jedoch weiterhin Hoffnung, dass hierauf entfallende Erstattungszinsen steuerfrei bleiben. So ist im Schrifttum höchst umstritten, ob durch die gesetzliche Änderung im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2010 eine tatsächliche Änderung der Rechtslage herbeigeführt wurde. Ist dies zu bejahen, stellt sich des Weiteren die Frage, ob diese rückwirkende Änderung verfassungskonform ist. Mit beiden Fragen beschäftigt sich der BFH in einem derzeit anhängigen Verfahren.



## 15. **Bundesanzeiger nur noch im Internet: Abschied von der Druckversion**

### **Hintergrund**

Der Bundesanzeiger ist ein bedeutendes bundesweites Amtsblatt und dient als wesentliche Informationsquelle im Rechts- und Wirtschaftsbereich. Herausgeber ist das Bundesjustizministerium; der Bundesanzeiger erscheint mehrmals wöchentlich als gedruckte Zeitung. Neben der Druckversion wurde bereits 2002 der elektronische Bundesanzeiger als kostenlos zugängliches internetbasiertes Verkündungs- und Bekanntmachungsorgan eingerichtet. Die elektronische Variante löst die Zeitung nun ab

### **Gedruckter Bundesanzeiger wird vollständig eingestellt**

Ab dem 1.4.2012 wird die gedruckte Ausgabe des Bundesanzeigers endgültig eingestellt. Alle bisher noch in der Printversion vorgenommenen Veröffentlichungen sind künftig im elektronischen Bundesanzeiger zu publizieren. Dadurch entsteht eine zentrale Bekanntmachungsplattform; diese ist unter [www.bundesanzeiger.de](http://www.bundesanzeiger.de) für jedermann kostenlos im Internet abrufbar. Das Nebeneinander von gedrucktem und elektronischem Bundesanzeiger wird damit beendet.

### **Namensänderung in "Bundesanzeiger"**

Der elektronische Bundesanzeiger wird zukünftig nur noch den traditionellen Namen "Bundesanzeiger" tragen. Wie bisher wird er aus einem amtlichen Teil und weiteren Teilen, wie zum Beispiel gerichtlichen oder gesellschaftsrechtlichen Bekanntmachungen oder Bekanntmachungen von Kommunen, bestehen. Der Zugang zu Verkündungen und Bekanntmachungen soll durch zusätzliche Serviceangebote und Recherchemöglichkeiten erleichtert werden. Ab April wird unter der oben genannten Internetadresse ein kostenloser Newsletter angeboten, der über die im amtlichen Teil neu erschienenen Veröffentlichungen informiert.

## 16. **Arbeitgeber muss Daten ausgeschiedener Arbeitnehmer sofort von Homepage löschen**

### **Kernfrage**

Dienstleistungsunternehmen, insbesondere im Bereich der Beratung, veröffentlichen auf Ihren Internetseiten häufig Fotos mit Namen und zusätzlichen Informationen Ihrer Arbeitnehmer. Oftmals werden die Arbeitnehmer auch in Beiträgen auf der Internetseite genannt. Diese Veröffentlichungen sind nur zulässig, wenn der Arbeitnehmer ihnen zustimmt. Denn grundsätzlich liegt bei einer unberechtigten Verwendung von Bild und Namen ein Verstoß gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht bzw. das Recht am eigenen Bild und Namen vor. Das Landesarbeitsgericht Hessen hatte nunmehr darüber zu entscheiden, wann und in welchem Umfang ein ausgeschiedener Arbeitnehmer einen Löschungsanspruch gegenüber seinem ehemaligen Arbeitgeber hat.

### **Sachverhalt**

Der Kläger war Rechtsanwalt. Sein bisheriger Arbeitgeber hatte während der Dauer des Arbeitsverhältnisses ein Profil auf der Internetseite veröffentlicht. Darüber hinaus befand sich sein Name auch im Nachrichtenbereich der Homepage. Nach dem Ausscheiden war der Kläger weiterhin als Rechtsanwalt tätig und verlangte die Löschung seiner persönlichen Daten von der Website. Dem kam die Kanzlei lediglich im Hinblick auf das Profil nach; der Verweis im Nachrichtenbereich wurde nicht gelöscht. Hiergegen beantragte der Kläger einstweiligen Rechtsschutz und hatte Erfolg.

### **Entscheidung**

Bei Ausscheiden eines Arbeitnehmers ist jeder Verweis auf seine Person oder seinen Namen von der Internetpräsenz des bisherigen Arbeitgebers zu löschen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Veröffentlichung werbenden Charakter hat und geeignet ist, den Anschein zu erwecken, die Kompetenz des Arbeitnehmers stünde dem Arbeitgeber noch zur Verfügung. Ein berechtigtes Interesse des ehemaligen Arbeitgebers an der Weiterverwendung bestand hier nicht.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung überzeugt. Mit dem Ausscheiden eines Arbeitnehmers ist der ehemalige Arbeitgeber nicht mehr berechtigt, mit der Kompetenz des Arbeitnehmers zu werben. Dies gilt insbesondere in Branchen, in denen auch gezielt nach Personen und Qualifikationen gesucht wird. Dass im Einzelfall ein berechtigtes Interesse an der Weiterveröffentlichung besteht, dürfte nur in besonderen Ausnahmefällen gegeben sein.

## 17. **Nacherhebung von Sozialversicherungsbeiträgen trotz Betriebsprüfung**

**Kernaussage**

Das Bayerische Landessozialgericht (LSG) hatte mit Urteil aus dem Jahr 2011 festgestellt, dass ein bestandskräftiger Bescheid über die Betriebsprüfung der Rentenversicherung eine weitere Nachforderung für den gleichen Zeitraum verhindern kann. Die Spitzenverbände der Sozialversicherung entschieden hingegen, dass dieses Urteil keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung hat und der Feststellung grundsätzlich nicht zu folgen ist.

**Entscheidung**

Der Rentenversicherungsträger hatte bei dem klagenden Versorgungsunternehmen eine Betriebsprüfung für die Jahre 2000 bis 2004 durchgeführt, die zu einer Beitragsnachforderung führte. Der Beitragsbescheid war bestandskräftig geworden. Wenige Jahre später wurden dieselben Jahre auch vom Finanzamt geprüft. Den entsprechenden Prüfungsbescheid des Finanzamts wertete auch der Rentenversicherungsträger aus und machte weitere Nachforderungen für den bereits geprüften Zeitraum geltend. Dies sei unzulässig, urteilte das LSG, denn die Jahre wurden bereits geprüft und bestandskräftig beschieden. Solange der bestandskräftige Bescheid nicht zurückgenommen werde, hindere er weitere Nachforderungen.

**Ansicht des GKV Spitzenverbandes**

Die Spitzenorganisationen stellen sich ausdrücklich gegen diese Rechtsprechung und meinen, die Prüfungen der Rentenversicherungsträger sind nur auf Stichproben beschränkt. Eine Verpflichtung zur vollständigen Überprüfung der versicherungsrechtlichen Verhältnisse aller Versicherten besteht nicht. Eine über diese Kontrollfunktion hinausgehende Bedeutung kommt den Betriebsprüfungen nicht zu. Insbesondere sollen sie den Arbeitgeber als Beitragsschuldner weder schützen noch Entlastung erteilen. Arbeitgeber können sich daher nicht auf Vertrauensschutz berufen, wenn ein Sachverhalt bei einer vorherigen Betriebsprüfung unbeanstandet blieb.

**Konsequenz**

In vielen Fällen weiß der Arbeitgeber, für welche Sachverhalte Sozialversicherungsbeträge fällig werden. Die Ansprüche aus vorsätzlich vorenthaltenden Beiträgen verjähren erst in 30 Jahren. In Zweifelsfragen haben Arbeitnehmer und Arbeitgeber das Recht, rechtzeitig eine Entscheidung der Einzugsstelle herbeizuführen, die sodann bindend ist. Im Hinblick auf diese weitreichenden Konsequenzen aufgrund langer Verjährungsfristen sollte im Zweifel ein Berater hinzugezogen werden.

**18. Wann ist eine Außenprüfungsanordnung rechtswidrig?****Kernaussage**

Die Außenprüfung ist im Bereich des Steuerrechts eine durch die Finanzbehörde beim Steuerpflichtigen durchzuführende Gesamtüberprüfung steuerlich relevanter Sachverhalte. Sie dient der Ermittlung, Prüfung und Beurteilung der Verhältnisse eines Steuerpflichtigen um die Gleichmäßigkeit der Besteuerung sicherzustellen. Weil eine umfangreiche steuerliche Überprüfung einen starken Eingriff in die Rechte eines Steuerbürgers darstellt, gelten für die Durchführung besondere Voraussetzungen und Vorschriften. In diesem Zusammenhang entschied der Bundesfinanzhof (BFH) nun, dass die Anordnung einer solchen Außenprüfung wegen Verstoßes gegen das Willkür- und Schikaneverbot rechtswidrig sein kann, wenn sie gar nicht dazu geeignet ist, die steuerlichen Verhältnisse des Geprüften aufzuklären und das Finanzamt sich von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen.

**Sachverhalt**

Der Kläger ist selbstständiger Rechtsanwalt. 2004 ordnete die Finanzbehörde eine Außenprüfung an. Gegen die Prüfungsanordnung erhob der Kläger Einspruch mit der Begründung, die Außenprüfung sei unverhältnismäßig, da allenfalls mit einem geringfügigen Mehrergebnis zu rechnen sei. Zudem sei die Vorlage der angeforderten Unterlagen nicht erforderlich, denn seine steuerlichen Verhältnisse seien seit Jahren unverändert und bekannt. Die Gründe der Außenprüfung seien zudem nur vorgeschoben, denn er vertrete seit Jahren einen Beamten der Finanzverwaltung wegen behördeninternen Mobbings. Die Prüfung sei nur wegen dieser behördeninternen Differenzen angeordnet worden, wofür es Zeugen gebe. Das Finanzgericht wies die Klage ab; es ging dabei aber ermessensfehlerhaft davon aus, dass das Willkürverbot erst verletzt sein kann, wenn das Ergebnis der Außenprüfung unter keinem Gesichtspunkt umgesetzt werden kann.

**Entscheidung**

Der BFH hob das Urteil auf. Ob und in welchem Umfang eine Außenprüfung angeordnet wird, ist eine Ermessensentscheidung. Ein geringes steuerliches Mehrergebnis führt nicht bereits zu einer fehlerhaften Prüfungsanordnung. Die Anordnung muss aber dem Zweck dienen, die steuerlichen Verhältnisse des Geprüften aufzuklären. Dabei hat das Finanzamt den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und das Willkür- und Schikaneverbot zu beachten. Lässt sich das Finanzamt maßgeblich von sachfremden Erwägungen leiten, so dass der Zweck der Prüfung in den Hintergrund tritt, kann ein Verstoß vorliegen. Das Finanzgericht muss sich jetzt erneut mit der Sache befassen und hat hierzu die benannten Zeugen zu hören.

**Konsequenz**

Diese Entscheidung des BFH eröffnet die Möglichkeit, sich gegen willkürliche Betriebsprüfungen zu wehren. Dabei ist im Einzelfall zu prüfen, ob sich das Finanzamt von sachfremden Erwägungen bei Erlass der Anordnung hat leiten lassen und der Zweck der Prüfung der steuerlichen Verhältnisse in den Hintergrund getreten ist.

**19. Gewerbesteuererklärung 2011 muss elektronisch eingereicht werden****Kernaussage**

Die Gewerbesteuererklärung einschließlich der Erklärungen zur gesonderten Feststellung des vortragsfähigen Gewerbeverlustes und die Erklärung für die Zerlegung des Gewerbesteuermessbetrags sind grundsätzlich bis zum 31.5. des Folgejahres beim zuständigen Finanzamt abzugeben. Wird die Erklärung von Angehörigen der steuerberatenden Berufe erstellt, wird die Frist allgemein bis zum 31.12. verlängert. Einzelunternehmen unterfallen nur dann der Gewerbesteuerpflicht, wenn der Gewerbeertrag den gesetzlichen Freibetrag von 24.500 EUR übersteigt.

**Elektronische Übermittlung ab 2011**

Durch das so genannte Steuerbürokratieabbaugesetz aus 2008 wird ab dem Erhebungszeitraum 2011 die Übermittlung der Steuererklärungsdaten auf elektronischem Wege gesetzlich vorgeschrieben. Die Abgabe der Steuererklärungen hat dann nach amtlich vorgeschriebenem Datensatz zu erfolgen. Die Datenfernübertragung betrifft neben der Gewerbesteuererklärung auch die Erklärung zur Festsetzung des Gewerbesteuermessbetrags und die Zerlegungserklärung. Die übermittelten Daten sind mit einer elektronischen Signatur zu versehen; eine zusätzliche Einreichung von Belegen in Papierform ist nicht vorgesehen. Ausnahmen werden generell nur gewährt, wenn sich die Abgabe in elektronischer Form für den Steuerpflichtigen als unbillige Härte erweisen würde. Dies ist dann der Fall, wenn die Schaffung der technischen Voraussetzungen zur elektronischen Übermittlung für den Steuerpflichtigen mit erheblichem finanziellem Aufwand verbunden ist, also z. B. ein Internetanschluss erst noch geschaffen werden müsste. Ein Härtefall ist auch zu bejahen bei nicht oder nur eingeschränkt vorhandenen EDV-Kenntnissen des Steuerpflichtigen.

**Besonderheiten bei Personengesellschaften**

Generell haben auch Personengesellschaften ihre Gewerbesteuererklärung zukünftig online zu übermitteln. Dies gilt für die Erklärung zur einheitlichen und gesonderten Feststellung für Feststellungszeiträume, die nach dem 31.12.2010 beginnen, aber nur bei maximal 10 Personen. Wegen technischer Schwierigkeiten sind Feststellungserklärungen mit einer höheren Personenanzahl zunächst noch in Papierform einzureichen.

**20. Verdachtskündigung möglich ohne Nachweis der Täterschaft****Rechtslage**

Die fristlose Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist auch dann möglich, wenn dem Arbeitnehmer eine Straftat zwar nicht nachgewiesen ist, aber ein dringender Tatverdacht besteht (sogenannte Verdachtskündigung). Dabei gilt, dass gerade bei der Verdachtskündigung eine Interessenabwägung vorgenommen werden muss, bei der auf Seiten des Arbeitnehmers auch eine langjährige Beschäftigung mit einzubeziehen ist. Faustformel war hierzu, dass je länger das Arbeitsverhältnis bestanden hatte, die Verdachtskündigung umso seltener zulässig war und eine ordentliche Kündigung ausgesprochen werden musste. Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hat diese Faustformel nunmehr zumindest aufgeweicht.

**Sachverhalt**

Der Kläger, der langjährig bei den im Rahmen einer Kündigungsschutzklage beklagten Verkehrsbetrieben beschäftigt war, war dort mit dem Handling von Blankofahrscheinrollen betraut. Diese Rollen wurden mit den endgültigen Fahrscheinen bedruckt. Unter anderem hatte der Kläger auch Zugang zu einem Schulungsraum, in dem zu Schulungszwecken Fahrscheine gedruckt werden konnten. Nachdem zwei Personen, die dem Kläger nahe standen, innerhalb kurzer Zeit mehrere Langzeittickets, die im Schulungsraum gedruckt worden waren, zur Rückerstattung eingereicht hatten, kündigten die Verkehrsbetriebe das Arbeitsverhältnis des Klägers fristlos wegen Verdachts auf eine Straftat.

**Entscheidung**

Mit seiner Kündigungsschutzklage unterlag der Kläger. Das Gericht sah den Kläger als dringend verdächtig an, die Fahrscheine gedruckt und dann über ihm nahe stehende Personen zu Geld gemacht zu haben. Damit bestand der dringende Verdacht für eine Straftat zu Lasten des Arbeitgebers. Dass der Kläger lange Jahre beanstandungslos beschäftigt gewesen sei, stehe der Wirksamkeit der Verdachtskündigung nicht entgegen. Auch die Täterschaft musste dem Kläger nicht nachgewiesen werden.

**Konsequenz**

Die Entscheidung vereinfacht - jedenfalls dann, wenn erhebliche Verdachtsmomente bestehen - fristlose Kündigungen auch gegenüber seit langem beschäftigten Arbeitnehmern. Insoweit sieht das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg die langjährige Beschäftigung jedenfalls nicht als ein so starkes Kriterium, das die Interessenabwägung generell zugunsten des Arbeitnehmers ausfallen lässt.

**21. Überlassung von Tiefgaragenstellplätzen durch Gemeinden****Einführung**

Juristische Personen des öffentlichen Rechts (Körperschaften, Anstalten, Stiftungen) werden im Regelfall nicht als Unternehmer behandelt, sofern sie auf öffentlich-rechtlicher Grundlage tätig werden. Dies gilt jedoch nicht, wenn die Nichtbesteuerung dieser Leistungen größere Wettbewerbsverzerrungen zur Folge hätte.

**Sachverhalt**

Eine Gemeinde überließ in einer Tiefgarage Stellplätze auf hoheitlicher Grundlage (Bestimmungen der Straßenverkehrsordnung) gegen Entgelt. Das zuständige Finanzamt unterwarf die Einnahmen der Umsatzsteuer, da eine Nicht-Besteuerung private Parkhausbetreiber in der Umgebung benachteiligen würde. Hiergegen klagte die Gemeinde und verlor schließlich vor dem Bundesfinanzhof (BFH).

**Entscheidung**

In Anlehnung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), kommt der BFH zu dem Ergebnis, dass die Überlassung der Stellplätze durch die Gemeinde der Umsatzsteuer unterliegt. Ansonsten, d. h. im Falle der Behandlung der Gemeinde als Nichtunternehmer, wären größere Wettbewerbsverzerrungen die zu befürchtende Folge.

**Konsequenz**

Hatte der BFH auch schon zuvor ähnlich geurteilt, so weist er jetzt ausdrücklich darauf hin, dass er seine bisherige Rechtsprechung geändert hat. Damit kann jede Tätigkeit der öffentlichen Hand der Umsatzsteuer unterliegen, sofern hierdurch größere Wettbewerbsverzerrungen zu erwarten sind. Die Definition der "größeren Wettbewerbsverzerrung" durch den BFH ist auch für andere hoheitliche Tätigkeiten von Bedeutung. Demnach kommt eine Nichtbesteuerung nur bei unbedeutenden Wettbewerbsverzerrungen in Betracht. Weiterhin ist nicht nur die gegenwärtige Konkurrenz zu betrachten, sondern auch potenzielle Wettbewerber. Maßgeblich ist hierbei die Art der Tätigkeit und nicht die Betrachtung des lokalen Marktes. Im Fall war daher für den BFH entscheidend, dass Parkraum überlassen wurde. Im Hinblick auf die Wettbewerbssituation war es unerheblich, ob es sich um Parkraum in Tiefgaragen, Parkhäusern oder Freiflächen handelte. Ebenso war die Qualifizierung des Parkplatzes nach dem gültigen Straßen- und Wegerecht ohne Bedeutung für die umsatzsteuerliche Behandlung. Das Urteil wird den Kreis der Tätigkeiten der öffentlichen Hand, die der Umsatzsteuer unterliegen, erheblich erweitern. Die Betroffenen sollten daher prüfen, ob für sie Handlungsbedarf besteht.

## 22. Umsatzsteuererstattung als außerordentliche Einkünfte

### Kernaussage

Streit vor den Finanzgerichten in Sachen Umsatzsteuer ist aufgrund der immer komplexer werdenden Regelungen sowie einer hinter den neuesten Rechtsentwicklungen regelmäßig zurück bleibenden Finanzverwaltung nicht immer zu vermeiden. Hat der Unternehmer Erfolg, so ist die Freude zunächst groß. Die Ernüchterung kann dann aber ganz schnell folgen, wenn es um die ertragsteuerliche Erfassung einer Umsatzsteuererstattung geht. Ein Urteil des Niedersächsischen Finanzgerichts bringt hier Erleichterung.

### Sachverhalt

Ein Unternehmer stritt mit dem Finanzamt darüber, ob seine Umsätze für die Jahre 1996 bis 2003 mit dem ermäßigten Steuersatz (7 %) zu besteuern sind. Der Unternehmer hatte Erfolg und erhielt eine Erstattung nebst Zinsen von ca. 177.000 EUR. Diese setzte der Unternehmer in seiner Einkommensteuererklärung an, deklarierte sie jedoch als ermäßigt zu besteuern außerordentliche Einkünfte. Nachdem das Finanzamt diesem Ansatz nicht folgte, klagte der Unternehmer und verwies darauf, dass es sich bei den Umsatzsteuererstattungen um eine Vergütung für eine mehrjährige Tätigkeit handele und somit um außerordentliche Einkünfte.

### Neues Urteil

Das Niedersächsische Finanzgericht gab dem Kläger Recht und qualifizierte die Umsatzsteuererstattungen als außerordentliche Einkünfte. Diese unterliegen daher dem ermäßigten Steuersatz. Dies gilt jedoch nicht für die ebenfalls ausgezahlten Erstattungszinsen (ca. 37.000 EUR).

### Konsequenz

Aufgrund des in Deutschland progressiv steigenden Steuersatzes können derartige Erstattungen steuerliche Mehrbelastungen im Vergleich zu einer auf die Jahre verteilten Auszahlung verursachen. Aufgrund des Urteils kann dies vermieden werden. Allerdings ist die Entscheidung nicht unumstritten. In ähnlichen Fällen haben sich andere Finanzgerichte gegen die Qualifizierung von Umsatzsteuererstattungen als außerordentliche Einkünfte ausgesprochen. Das letzte Wort wird nun der Bundesfinanzhof (BFH) haben. Bis dahin sollte gegen anders lautende Veranlagungen Einspruch eingelegt werden. Es bleibt zu hoffen, dass der BFH dem Finanzgericht Niedersachsen folgt. Denn es dürfte schwer verständlich sein, wenn ein erfolgreicher Rechtsstreit um Umsatzsteuer eine vergleichsweise erhöhte Einkommensteuer zur Folge hätte.

## 23. Vorsteuerabzug trotz Betrugsabsicht des Lieferers?

### Rechtslage

Wer von seinem Lieferanten betrogen wird, hat nicht nur Ärger mit diesem, sondern häufig auch mit dem Finanzamt. Dies zeigt auch einer der schwersten Fälle von Wirtschaftskriminalität in Deutschland, der "Flow-Tex Fall", der nun auch den Bundesfinanzhof (BFH) beschäftigt.

### Sachverhalt

Die Klägerin kaufte fünf Maschinensysteme bei einer Kommanditgesellschaft (KG) ein und verleaste diese an eine weitere KG. Die Forderungen aus den Leasingverträgen trat die Klägerin unter Sicherungsübereignung der Maschinensysteme an Banken zwecks Finanzierung des Kaufpreises ab. Die Klägerin nahm die Systeme ab, prüfte die Identifikationsnummern, fotografierte die Systeme und bestätigte die körperliche Übergabe an die leasende KG. Später kam heraus, dass diese KG in betrügerischer Absicht zwar mehr als 3.000 solcher Leasingverträge abgeschlossen hatte, jedoch nur ca. 300 dieser Maschinensysteme tatsächlich existierten. Strittig war, ob die Lieferungen an die Klägerin tatsächlich erfolgt waren und ihr hieraus der Vorsteuerabzug zustand.

### Entscheidung

Laut BFH ist "umsatzsteuerrechtlich jede Übertragung eines körperlichen Gegenstandes durch eine Partei, die eine andere Partei ermächtigt, über diesen Gegenstand faktisch wie ein Eigentümer zu verfügen als Lieferung zu qualifizieren". Die zivilrechtliche Bewertung dieses Vorgangs ist insoweit ohne Bedeutung. Der BFH ging daher vom Vorliegen einer Lieferung aus und gewährte den Vorsteuerabzug. Dem stand auch nicht entgegen, dass die betrügerische KG die Absicht hatte, die übertragenen Maschinensysteme später durch weitere Übereignungen an andere

Leasinggesellschaften zu unterschlagen, da für die umsatzsteuerliche Beurteilung die Verhältnisse im Zeitpunkt der Lieferung entscheidend sind.

### **Konsequenz**

Umsatzsteuerlich setzt das Vorliegen einer Lieferung nicht zwingend eine zivilrechtliche Eigentumsverschaffung voraus. So kann z. B. ein Dieb umsatzsteuerlich gestohlene Ware liefern, auch wenn der Diebstahl selbst keine Lieferung darstellt. Unternehmern, die von ihren Lieferanten betrogen werden, bleibt daher die Hoffnung, dass ihnen wenigstens der Vorsteuerabzug verbleibt. Der Fall zeigt allerdings, dass dies kein Automatismus ist, sondern immer einer Prüfung des einzelnen Falles bedarf.

## **24. Pflicht des Arbeitgebers zur Erhaltung der Höhe einer variablen Vergütung?**

### **Kernfrage**

Sehen Arbeitsverträge einen variablen Vergütungsbestandteil vor, kommt es im Hinblick darauf, ob damit ein fester Bestandteil entsteht, auf die vertragliche Regelung an. Nur wenn der variable Teil nicht zulässigerweise im Ermessen des Arbeitgebers steht (z. B. Prämie) besteht ein fester Rechtsanspruch zugunsten des Arbeitnehmers. Daneben besteht die Frage, in welcher Höhe der variable Vergütungsbestandteil zu zahlen ist. Das Bundesarbeitsgericht hatte darüber zu entscheiden, ob ein Arbeitnehmer quasi aus Bestandsschutzgründen einen festen Anspruch auch der Höhe nach auf die variable Vergütung haben kann

### **Sachverhalt**

Der Kläger war lange Jahre als Versicherungsvertreter tätig. Dabei war die Vertriebsstruktur zunächst so geregelt, dass sogenannte Beauftragte für den vom Kläger verantworteten Bereich im Rahmen von Kaltakquisemaßnahmen Beratungstermine für den Kläger vereinbarten. Der Arbeitgeber reduzierte die Anzahl dieser Beauftragten aber über die Zeit hinweg deutlich, was zu wesentlich weniger Beratungsterminen und damit zu einem erheblichen Einkommensrückgang führte, nachdem das Gehalt des Klägers im Wesentlichen erfolgsabhängig mit Rücksicht auf die vermittelten Versicherungen war. Mit seiner auf Schadensersatz gerichteten Klage machte der Kläger geltend, der Arbeitgeber müsse eine größere Anzahl an Beauftragten zur Verfügung stellen.

### **Entscheidung**

Das Bundesarbeitsgericht wies die Klage ab. Eine variable Vergütung sei neben Markteinflüssen immer davon abhängig, wie der Arbeitgeber seinen Vertrieb organisiere. Besteht keine konkrete vertragliche Verpflichtung, ist der Arbeitgeber in seinen Organisationsentscheidungen frei und insbesondere nicht verpflichtet, eine Struktur vorzuhalten, die eine maximale variable Vergütung sichert. Dabei kam im Falle des Klägers noch hinzu, dass er sich in seinem Arbeitsvertrag hatte zusichern lassen, die Anzahl der Beauftragten selber zu bestimmen.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung überrascht dem Grunde nach nicht. Zu begrüßen ist sie aber deshalb, weil das Bundesarbeitsgericht feststellt, dass eine variable Vergütung, auch wenn sie ein fester Gehaltsbestandteil geworden ist, nicht der Höhe nach im Sinne einer Mindestvergütung fest geschrieben ist.

## **25. Zur Feststellung der Auseinandersetzungsbilanz einer GbR**

### **Kernaussage**

Wird eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) aufgelöst, so ist das Gesellschaftsvermögen unter den Gesellschaftern auseinanderzusetzen. Hier wird zur Erfassung der vorhandenen Vermögensgegenstände in der Regel eine Auseinandersetzungsbilanz aufgestellt. Reicht das Vermögen zur Berichtigung der Gesellschaftsschulden nicht aus, haben die Gesellschafter für den Fehlbetrag aufzukommen. Diese so genannte "Nachschusspflicht bei Verlust" ist gesetzlich normiert. Der Bundesgerichtshof (BGH) hatte aktuell zu entscheiden, ob der Beschluss über die Feststellung einer solchen Auseinandersetzungsbilanz mit einfacher Mehrheit gefasst werden kann.

### **Sachverhalt**

Die Klägerin ist ein geschlossener Immobilienfonds in der Rechtsform einer GbR. Der beklagte Gesellschafter war an ihr mit einer Quote von unter 1 % beteiligt. Der Gesellschaftsvertrag regelte, dass alle Beschlüsse mit einfacher Mehrheit gefasst werden könnten, soweit nicht gesetzlich oder gesellschaftsvertraglich, wie z. B. bei der Auflösung der GbR, etwas anderes bestimmt sei. Als die

GbR in eine wirtschaftliche Schieflage geriet, fasste die Gesellschafterversammlung mit der erforderlichen 3/4-Mehrheit den Beschluss, die GbR zu liquidieren. Ferner wurde in einem weiteren Beschluss mit einfacher Mehrheit der Schlussbilanz zugestimmt und der Liquidator angewiesen, die erforderlichen Nachschüsse einzufordern. Nach Ansicht des beklagten Gesellschafters war der zweite Beschluss nicht wirksam; er verweigerte die Zahlung. Die daraufhin erhobene Klage der GbR hatte Erfolg.

**Entscheidung**

Die GbR kann von den Gesellschaftern die geltend gemachten Nachschüsse fordern. Der betreffende Beschluss konnte mit einfacher Mehrheit gefasst werden. Verlangt nämlich der Gesellschaftsvertrag einer GbR für die Feststellung der Auseinandersetzungsbilanz als Grundlage der Verlustausgleichspflicht keine 3/4-Mehrheit, ist ein mit einfacher Mehrheit gefasster Beschluss von einer Satzungsklausel gedeckt, die grundsätzlich Beschlüsse mit einfacher Mehrheit zulässt.

**Konsequenz**

Regelmäßig ist im Gesellschaftsvertrag einer GbR nicht ausdrücklich normiert, dass für die Beschlussfassung über eine Auseinandersetzungsbilanz die einfache Mehrheit genügen soll. Für die formelle Zulässigkeit einer solchen Mehrheitsentscheidung genügt es aber, dass eine Auslegung des Gesellschaftsvertrages ergibt, dass der betreffende Beschlussgegenstand einer Mehrheitsentscheidung unterworfen sein soll. Im Einzelfall kann aber zu prüfen sein, ob sich die Mehrheitsklausel als treuwidrige Ausübung der Mehrheitsmacht gegenüber der Minderheitsmacht darstellt. Dann ist die Klausel inhaltlich unwirksam.

[Schlussformel]

Für Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen