

## **Brief für Unternehmer- und Freiberufler** (HaufeIndex: 1491235)

### **Brief für Unternehmer- und Freiberufler des Monats Oktober 2011**

[Anrede]

Sehr geehrte Damen und Herren,

[Einführung - Standard]

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**

1. Erlöschen krankheitsbedingt nicht gewährter Urlaubsansprüche
2. Vorsteuerabzug für gemischt genutzte Grundstücke ab 2011
3. Der Fiskus haftet, wenn er Unternehmen in die Insolvenz treibt
4. Umkehr der Steuerschuldnerschaft für Handys
5. Ermäßigter Steuersatz für Ticket-Eigenhändler
6. Zeitliche Grenzen des Verlustvortrags bei Verjährung der Feststellung
7. Die Option zur Umsatzsteuer bei Grundstücksvermietungen
8. Geschäftsführer muss geprüften Jahresabschluss vorlegen; bei Unterlassen droht Abberufung
9. Erben kann Umsatzsteuer auslösen
10. Wie erhalten ausländische Unternehmer ihre Vorsteuer zurück?
11. Leistungen kommunaler Wasserversorgungsunternehmen und Umsatzsteuer
12. Herrschender Gesellschafter darf bei Kündigung des EAV mitstimmen
13. Zur Ansparrücklage nach Realteilung einer GbR
14. Vorsätzliche Manipulation der Arbeitszeiterfassung rechtfertigt fristlose Kündigung
15. Verkauf eines Gewerbebetriebs im Nachlass durch den Verwalter innerhalb der Sperrfrist ist schädlich
16. Kriterien für Schätzungen bei Steuerhinterziehung
17. Der deutsche Bundestag beschließt die Änderung des Umwandlungsrechts
18. Schuldrechtliche Abreden gelten nicht bei Betriebsübergang
19. Übertragung immaterieller Wirtschaftsgüter nun als sonstige Leistung zu qualifizieren
20. Zur Höhe der Abfindungszahlung für ausgeschiedenen GbR-Gesellschafter
21. Betriebsaufspaltung aufgrund alleiniger Geschäftsführungsbefugnis
22. Kein Vorsteuerabzug für innergemeinschaftliche Erwerbe?
23. BMF folgt BFH: Handlungsbedarf bei Organschaften
24. Essgewohnheiten verhindern ermäßigten Steuersatz für Pferde
25. Keine Arbeitnehmer-Haftung bei Strafanzeigen gegen Arbeitgeber
26. HIV Infektion ist (für sich genommen) keine Behinderung
27. Fristlose Kündigung bei erheblichem Überziehen der Pausenzeiten
28. Verlagerung von privaten Darlehen in den steuerlichen Bereich

29. Zur Betriebsaufspaltung zwischen Mehrheitsaktionär und AG
30. Ausschließungsbeschluss der Gesellschafter einer GmbH & Co. KG
31. Zugang der Amtsniederlegungserklärung des Geschäftsführers an ausländische Gesellschafter
32. Kein zwangsläufiger Gestaltungsmissbrauch bei inkongruenter Gewinnausschüttung

#### 1. Erlöschen krankheitsbedingt nicht gewährter Urlaubsansprüche

##### **Rechtslage**

Insbesondere eine jüngere Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) hat dazu geführt, dass Verunsicherung im Bereich der Urlaubsansprüche besteht. Es gilt, dass der gesetzliche Mindestanspruch, wenn er wegen Krankheit nicht genommen werden kann, nicht verfällt und während der Krankheit weiter anwächst. Seither sind krankheitsbedingt nicht genommene Urlaubsansprüche ständiges Thema arbeitsgerichtlicher Entscheidungen. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hatte zuletzt darüber zu entscheiden, ob solche Urlaubsansprüche bei Wiederaufnahme der Arbeit den normalen Befristungsregelungen unterliegen, nach denen nicht genommener Jahresurlaub bis längstens zum 31.3. des Folgejahres übertragen werden kann, wenn eine diesbezügliche Vereinbarung besteht.

##### **Sachverhalt**

Der Kläger, dessen Urlaubsanspruch 30 Tage im Jahr betrug, der aber nicht ins Folgejahr übertragbar war, war zwischen Januar 2005 und Juni 2008 dauerhaft erkrankt. Nach seiner Rückkehr in den Beruf gewährte ihm der Arbeitgeber im Jahr 2008 insgesamt 30 Urlaubstage. Mit seiner Klage begehrte der Kläger die Feststellung, dass ihm aus den Jahren 2005 bis 2007 noch 90 Urlaubstage zustünden.

##### **Entscheidung**

Das BAG wies die Klage ab. Zwar blieben die wegen der Krankheit nicht genommenen Urlaubsansprüche erhalten. Allerdings würden diese krankheitsbedingt nicht genommenen Urlaubsansprüche bei Rückkehr zur Arbeit nicht anders behandelt als "normale" Urlaubsansprüche. Das heißt, sie unterliegen nach Rückkehr in die Tätigkeit den gleichen Verfallfristen, so dass sie am 31.12.2008 untergegangen seien.

##### **Konsequenz**

Die Entscheidung stellt klar, dass krankheitsbedingt nicht genommene Urlaubsansprüche "normalen" Urlaubsansprüchen gleich gestellt sind. Sie werden nicht bevorzugt behandelt, insbesondere wandeln sie sich nicht in einen Abgeltungsanspruch um. Offen gelassen hat das Bundesarbeitsgericht allerdings die - aus einem anderen Verfahren heraus beim Europäischen Gerichtshof anhängige - Frage, ob und in welchem Umfang Urlaubsansprüche über Jahre hinweg angesammelt werden können. In einem Parallelurteil unterstellte das BAG den Urlaubsabgeltungsanspruch den arbeits- oder tarifvertraglich vereinbarten Verfall- oder Ausschlussfristen. Der Abgeltungsanspruch entstehe mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses und sei kein "fortgesetzter" Urlaubs-, sondern reiner Geldanspruch, so dass er Verfall- und Ausschlussfristen zugänglich sei. Ohne eine entsprechende Klausel käme es beim Abgeltungsanspruch zur Regelverjährung von 3 Jahren.

#### 2. Vorsteuerabzug für gemischt genutzte Grundstücke ab 2011

##### **Rechtslage**

Zum 1.1.2011 wurde der Vorsteuerabzug für gemischt genutzte Grundstücke, d. h. für solche, die sowohl für unternehmerische als auch für nichtunternehmerische Zwecke genutzt werden, neu geregelt. Im Gegensatz zur bisherigen Regelung kann nunmehr für den Teil des Grundstücks, der nichtunternehmerisch, also z. B. privat genutzt wird, kein Vorsteuerabzug mehr geltend gemacht werden (Ende des Seeling-Modells). Im Gegenzug entfällt insoweit die Besteuerung einer Entnahme.

##### **Neue Verwaltungsanweisung**

Das Bundesfinanzministerium (BMF) hat nun den Umsatzsteueranwendungserlass (UStAE) an die neue Rechtslage angepasst. In Abschn. 15.6a UStAE werden die wesentlichen Aussagen hierzu getroffen.

### **Konsequenzen**

Die neue Verwaltungsauffassung ist grundsätzlich zu beachten. Für die Praxis besonders wichtig ist, dass gemischt genutzte Grundstücke, unabhängig von der Beschränkung des Vorsteuerabzuges, unverändert in vollem Umfang dem Unternehmensvermögen zugeordnet werden können und sollten. Denn hierdurch erhält der Unternehmer sich die Chance auf eine Vorsteuerkorrektur zu seinen Gunsten, wenn die unternehmerische Nutzung später ausgeweitet oder das Grundstück steuerpflichtig veräußert wird. Es ist allerdings zu beachten, dass das BMF eine vollständige Zuordnung zum Unternehmensvermögen nur akzeptiert, wenn diese dem Finanzamt schriftlich mit Abgabe der Voranmeldungen mitgeteilt wird. Auch wenn hierzu noch eine Grundsatzentscheidung des Bundesfinanzhofs (BFH) aussteht, sollte der Auffassung des BMF gefolgt werden, um unnötigen Ärger zu vermeiden.

### **3. Der Fiskus haftet, wenn er Unternehmen in die Insolvenz treibt**

#### **Rechtslage**

Aufgrund von massiven Steuerausfällen durch Umsatzsteuerbetrug sieht die Finanzverwaltung es nicht gerne, wenn insbesondere Existenzgründer hohe Vorsteuererstattungsansprüche geltend machen, ohne einen einzigen Umsatz zu erzielen. Die Finanzverwaltung reagiert hierauf regelmäßig mit Überprüfungen der Anmeldungen, ggf. der Verzögerung der Auszahlung der Erstattung und häufig mit der Nicht-Anerkennung der Unternehmereigenschaft des Betroffenen. Dies mag im Einzelfall durchaus berechtigt sein, kann aber auch den Ruin für den Unternehmer bedeuten.

#### **Sachverhalt**

Die Klägerin befasste sich mit der Herstellung eines neuen Baustoffes. Die hierzu erforderliche Produktionsanlage sollte eine nahestehende Gesellschaft errichten. Diese stellte der Klägerin im Jahr 1994 ca. 22 Mio. DM für geleistete Arbeiten in Rechnung, die diese wiederum in ihren Voranmeldungen berücksichtigte. Das Finanzamt leitete daraufhin eine Umsatzsteuersonderprüfung ein und versagte der Klägerin die Unternehmereigenschaft. Da u. a. die Kunden nicht bereit waren, Rechnungen ohne Umsatzsteuerausweis zu akzeptieren, konnte die Klägerin nach eigener Aussage trotz hohem Auftragsbestand keine Umsätze mehr erzielen und ging in die Insolvenz. Erst später, im Jahr 2000, erkannte das Finanzamt die Unternehmereigenschaft an und erstattete die Vorsteuer. Die Klägerin forderte nun Schadensersatz vom Land für verlorene Investitionen, entgangenen Gewinn sowie entstandene Beratungskosten in Höhe von 360 Mio. DM.

#### **Entscheidung**

Der Bundesgerichtshof (BGH) hält die Versagung der Unternehmereigenschaft nur für gerechtfertigt, falls das Finanzamt objektiv davon ausgehen konnte, dass die Klägerin die unternehmerische Betätigung nicht ernsthaft oder in Betrugsabsicht verfolgte. Lediglich die Tatsache, dass die Klägerin tatsächlich keine Umsätze erzielt hat, steht der Unternehmereigenschaft nicht entgegen. Da die Vorinstanz hierzu keine ausreichenden Feststellungen getroffen hat, verwies der BGH das Verfahren an diese zurück.

#### **Konsequenzen**

Für die Anerkennung der Unternehmereigenschaft in der Aufbauphase eines Unternehmens ist es ausreichend, dass objektiv die Absicht besteht, Umsätze zu erzielen. Dies gilt auch dann, wenn sich später herausstellt, dass tatsächlich keine Umsätze realisiert werden. Versagt die Finanzverwaltung dem Steuerpflichtigen in einem solchen Fall die Unternehmereigenschaft, so handelt sie rechtswidrig, dem Steuerpflichtigen steht dann Schadensersatz zu.

### **4. Umkehr der Steuerschuldnerschaft für Handys**

#### **Einführung**

Mit Wirkung vom 1.7.2011 wurde die Umkehr der Steuerschuldnerschaft auf die Lieferung von Mobilfunkgeräten und integrierten Schaltkreisen ausgeweitet. Dies gilt jedoch nur, wenn das Entgelt für die jeweilige Lieferung

mindestens 5.000 EUR beträgt. Der Kauf eines Handys im Elektronikfachmarkt ist daher von der Neuregelung nicht betroffen.

#### **Neue Verwaltungsanweisung**

Das Bundesfinanzministerium (BMF) hat nun zur Neuregelung Stellung genommen. Mobilfunkgeräte kennzeichnen sich demnach dadurch aus, dass sie Sprachübertragungen über Mobilfunknetze ermöglichen. Geräte, die lediglich Daten übertragen, fallen nicht unter die Regelung, dies sind z. B. Navigationsgeräte, MP3-Player, Spielekonsolen, On-Board-Units sowie Computer. Können Computer auch zu Sprachübertragungen genutzt werden, fallen sie hingegen unter die Umkehr der Steuerschuldnerschaft. Bei integrierten Schaltkreisen handelt es sich nach Ansicht des BMF um "eine auf einem einzelnen (Halbleiter-)Substrat (sog. Chip) untergebrachte elektronische Schaltung (elektronische Bauelemente mit Verdrahtung)". Hierzu gehören insbesondere Mikroprozessoren sowie CPUs. Die Lieferung integrierter Schaltkreise fällt nur dann unter die Neuregelung, wenn sie noch nicht in einem Endprodukt, z. B. Laptop, eingebaut wurden. Die Lieferung von Antennen, elektronischen Filtern, Induktivitäten, Kondensatoren sowie Sensoren, die integrierte Schaltkreise enthalten, ist ebenfalls nicht von der Neuregelung betroffen. Um festzustellen, ob die betragsmäßige Grenze von 5.000 EUR erreicht wird, ist auf die Bestellung, den Auftrag bzw. den Rahmenvertrag abzustellen. Nachträgliche Minderungen des Entgelts bleiben hierbei unberücksichtigt. Lautet die Bestellung z. B. über netto 40.000 EUR, ist der Leistungsempfänger Schuldner der Umsatzsteuer, auch wenn die Bestellung in 10 einzelnen Rechnungen über jeweils 4.000 EUR fakturiert wird.

#### **Konsequenzen**

Die Neuregelung soll dazu dienen, den Umsatzsteuerbetrug in den jeweiligen Branchen einzudämmen, verkompliziert aber das UStG weiter. Die betroffenen Unternehmen müssen sich mit dem Schreiben auseinandersetzen, um steuerlichen Risiken zu entgehen. Organisatorisch muss sichergestellt werden, dass die Vorgaben des BMF berücksichtigt werden. So muss z. B. den für die Prüfung der Eingangsrechnungen verantwortlichen Mitarbeitern bekannt sein, ob einzelne, die Grenze nicht erreichende Rechnungen Teil eines größeren Gesamtauftrages sind oder nicht.

### **5. Ermäßigter Steuersatz für Ticket-Eigenhändler**

#### **Rechtslage**

Kulturelle Einrichtungen, wie z. B. Theater und Museen, sind von der Umsatzsteuer befreit, wenn es sich um öffentliche Einrichtungen handelt. Gleiches gilt für andere Unternehmer, denen die zuständige Landesbehörde bescheinigt, dass sie die gleichen kulturellen Aufgaben erfüllen. Greift die Steuerbefreiung nicht, so unterliegen die Eintrittsberechtigungen für Theater, Konzerte, Museen sowie die den Theatervorführungen und Konzerten vergleichbaren Darbietungen ausübender Künstler dem ermäßigten Steuersatz (7 %).

#### **Neue Verwaltungsanweisung**

Das Bundesfinanzministerium (BMF) hat nun klargestellt, dass dem ermäßigten Steuersatz auch die Umsätze von Ticket-Eigenhändlern aus dem Verkauf der begünstigten Eintrittsberechtigungen unterliegen. Ticket-Eigenhändler verkaufen Tickets im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. Wird der Verkauf der Tickets hingegen vermittelt (Verkauf im fremden Namen und auf fremde Rechnung), so unterliegt die Vermittlungsprovision dem Regelsteuersatz (19 %).

#### **Konsequenzen**

Ticket-Händler müssen prüfen, ob ihre Abrechnungen der geänderten Verwaltungsauffassung entsprechen. Hierzu ist es erforderlich, korrekt zwischen Vermittlung und Eigenhandel zu differenzieren. In der Praxis bereitet diese Unterscheidung den Unternehmen häufig Probleme. Um hier zu einem richtigen Ergebnis zu gelangen, sind die der Abrechnung zugrunde liegenden Vereinbarungen bzw. Verträge zwingend in die Betrachtung einzubeziehen.

### **6. Zeitliche Grenzen des Verlustvortrags bei Verjährung der Feststellung**

### **Kernproblem**

Im Zusammenhang mit dem "Hin und Her" des Gesetzgebers bei der Frage der steuerlichen Berücksichtigung von Ausbildungskosten als vorweggenommene Werbungskosten, verbunden mit der Möglichkeit einer Verlustfeststellung und späteren Berücksichtigung in einem Jahr mit positiven Einkünften, haben sich verfahrensrechtliche Fragen ergeben. Diese wurden vor einigen Jahren anhängig, nachdem der Bundesfinanzhof (BFH) entgegen der bis dahin geltenden ständigen Rechtsprechung den Abzug von Ausbildungskosten als Werbungskosten zuließ. Das betraf auch einen Piloten, der im Jahr 2006 auf die Idee kam, Ausbildungskosten für die Jahre 1997 bis 1999 von ca. 168.000 DM geltend zu machen.

### **Sachverhalt**

Der Pilot hatte für die Streitjahre 1997 und 1998 keine Einkommensteuererklärungen abgegeben. Damit waren diese beiden Jahre, in denen ca. 151.000 DM der Kosten angefallen waren, bereits zum Zeitpunkt der Verlustbeantragung unstrittig verjährt. Hier lehnte das Finanzamt die Verlustfeststellung ebenso ab, wie für das Jahr 1999, weil hierfür im Jahr 2000 ein bestandskräftiger Einkommensteuerbescheid von Null ergangen war. Ab dem Jahr 2000 wurden die Früchte der Ausbildung geerntet und wesentlich höhere (die Ausbildungskosten der Vorjahre übersteigende) Einkünfte erzielt. Die Einkommensteuerbescheide dieser Jahre waren jedoch auch bereits bestandskräftig. Nachdem das Finanzgericht die Auffassung des Finanzamts bestätigte, ging es zum BFH. Das Hauptargument des Piloten war ein Verweis auf die Abgabenordnung, denn hier steht geschrieben, dass eine (Verlust-)Feststellung trotz Verjährung noch möglich ist, wenn sie für eine andere Steuerfestsetzung von Bedeutung ist, die noch nicht verjährt ist.

### **Entscheidung**

Der BFH bezieht die vom Gesetz geforderte "Bedeutung" der Feststellung nicht nur auf denselben oder den unmittelbar anschließenden Veranlagungszeitraum, sondern auch mittelbar auf spätere Jahre. Bis hierhin sprach noch alles für den Piloten, obwohl die normale Verjährung nach Auffassung des Senats eingetreten war. In der Folge machte es der BFH jedoch zur Voraussetzung, dass sich die Verluste nicht auswirken konnten. Dabei sei der Ausdruck "konnten" materiell-rechtlich, und nicht verfahrensrechtlich zu verstehen. Im Ergebnis sind solche Verluste gerettet, die sich in den vorangegangenen Jahren deswegen nicht auswirken konnten, weil kein positiver Gesamtbetrag der Einkünfte zur Verrechnung vorlag. Hier wurde dem Piloten dann das gute Einkommen der späteren Jahre zum Verhängnis, in denen der Verlust komplett aufgebraucht worden wäre.

### **Konsequenz**

Auch wenn der Streitfall nicht zum Erfolg führte, wird deutlich, dass sich bei einer begünstigenden Änderung der Rechtsprechung durchaus der Blick in vergangene Jahre lohnen kann. Das gilt nach der jüngsten Entscheidung des BFH zu den Kosten des Erststudiums umso mehr.

## **7. Die Option zur Umsatzsteuer bei Grundstücksvermietungen**

### **Rechtslage**

Die Vermietung von Grundstücken ist grundsätzlich von der Umsatzsteuer befreit. Diese Befreiung hat allerdings zur Konsequenz, dass ein Abzug von Vorsteuerbeträgen, die in Verbindung mit der Vermietung stehen, z. B. aus den Herstellungskosten des Gebäudes, nicht möglich ist. Um dies zu vermeiden, können die Vermieter auf die Steuerbefreiung verzichten. Dies ist allerdings nur möglich, soweit die Vermietung an Unternehmer für deren Unternehmen erfolgt und diese zum vollen Vorsteuerabzug berechtigt sind.

### **Neue Verwaltungsanweisung**

Die Oberfinanzdirektion (OFD) Karlsruhe erläutert in einer aktuellen Verfügung, ob und in welchem Umfang eine Option zur Umsatzsteuer möglich ist, wenn der Mieter das Grundstück nicht in vollem Umfang für sein Unternehmen nutzt bzw. zu Zwecken die den Vorsteuerabzug zulassen.

### **Konsequenzen**

Die Verfügung sollte in der Praxis beachtet werden, wenn im Rahmen der Vermietung von Immobilien die Option zur Umsatzsteuer zur Debatte steht. Wird optiert, so ist den Vermietern zu raten, sich in solchen Fällen durch die Verwendung von geeigneten Umsatzsteuerklauseln im Mietvertrag dagegen abzusichern, dass der Mieter die Immobilie anders nutzt als zugesichert. Hierdurch kann dem Risiko begegnet werden, dass der Vorsteuerabzug des Vermieters durch eine nicht geplante Nutzung der Immobilie durch den Mieter gefährdet wird. Zusätzlich ist zu beachten, dass ein Vorsteuerabzug aus den Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten einer Immobilie grundsätzlich voraussetzt, dass die Immobilie rechtzeitig dem Unternehmensvermögen zugeordnet wird. Die Entscheidung hierüber muss schon bei Bezug der Eingangsleistungen fallen und gegenüber der Finanzverwaltung dokumentiert werden und nicht erst wenn über die Option entschieden wird. Aufgrund der Komplexität der Materie sollte ein Angehöriger der steuerberatenden Berufe diesbezüglich so früh wie möglich zu Rate gezogen werden.

## **8. Geschäftsführer muss geprüften Jahresabschluss vorlegen; bei Unterlassen droht Abberufung**

### **Rechtslage**

Geschäftsführer mittlerer oder großer GmbHs müssen den Jahresabschluss für 2010 bis spätestens zum 31.8.2011 durch die Gesellschafterversammlung feststellen lassen. Kleine GmbHs haben hierfür noch bis zum 30.11.2011 Zeit. Missachtet der Geschäftsführer diese Fristen zur Aufstellung, stellt dies einen wichtigen Grund für seine Abberufung selbst dann dar, wenn die Gesellschafter Unterlagen für die Aufstellung nicht rechtzeitig einreichen.

### **Sachverhalt**

Der alleinige GmbH-Geschäftsführer wurde auf der Gesellschafterversammlung vom 7.2.2011 mit den Stimmen der Mehrheitsgesellschafterin der GmbH mit sofortiger Wirkung abberufen. Zur Begründung wurde dargelegt, er habe den Jahresabschluss 2009 noch nicht vorgelegt. Zudem habe er der Mehrheitsgesellschafterin zuvor mehrfach die begehrte Einsicht in die Geschäftsunterlagen verwehrt. Die Minderheitsgesellschafterin stimmte gegen die Abberufung. Ein Antrag der GmbH auf Bestellung eines Notgeschäftsführers wurde vom Registergericht zurückgewiesen. Die GmbH begehrte im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes, dem Geschäftsführer vorläufig zu untersagen, die Geschäfte zu führen. Das Landgericht wies den Antrag zurück.

### **Entscheidung**

Die Berufung vor dem Kammergericht Berlin hatte Erfolg. Die Abberufung des Geschäftsführers war durch wichtigen Grund gerechtfertigt und das beantragte Unterlassungsverbot erforderlich, um Schaden von der GmbH abzuwenden. Der Geschäftsführer hatte seine Pflichten grob verletzt, indem er bis zur Abberufung den Jahresabschluss 2009 nicht aufgestellt und den Gesellschaftern zur Beschlussfassung vorgelegt hatte. Die Tatsache, dass die Gesellschafter die erforderlichen Unterlagen für die Aufstellung nicht übergeben hatten, vermochte den Geschäftsführer nicht zu entlasten. Als Adressat der Buchführungspflicht ist dem Geschäftsführer eine Untätigkeit bei der Aufstellung nicht erlaubt. Auch obliegt ihm die Pflicht, jedem Gesellschafter auf Verlangen unverzüglich Auskunft über Angelegenheiten der Gesellschaft zu erteilen und Einsicht in die Bücher zu gewähren. Eine diesbezügliche Weigerung stellt eine grobe Pflichtverletzung dar.

### **Konsequenz**

Der Widerruf der Geschäftsführerbestellung ist grundsätzlich ohne wichtigen Grund möglich. Allerdings kann der Gesellschaftsvertrag die Zulässigkeit der Abberufung an einen wichtigen Grund koppeln. Die Verletzung von Geschäftsführerpflichten ist zur Stützung des wichtigen Abberufungs-Grundes nur begrenzt nutzbar und erfährt durch diese Entscheidung eine Erweiterung.

## **9. Erben kann Umsatzsteuer auslösen**

### **Rechtslage**

Der Bundesfinanzhof (BFH) hatte Anfang 2010 entschieden, dass Erben durchaus der Umsatzsteuer unterliegen

können, auch wenn sie das Unternehmen des Erblassers nicht weiter führen. Eine Stellungnahme seitens der Finanzverwaltung zu dem Urteil blieb bisher aus.

#### **Neue Verwaltungsanweisung**

Die Oberfinanzdirektion (OFD) Frankfurt a. M. folgt nun grundsätzlich dem BFH. Demnach wird der Erbe durch den Erbfall nicht Unternehmer, sondern nur dann, wenn er selbst unternehmerisch tätig wird, z. B. durch Weiterführung des geerbten Unternehmens. Liquidiert er hingegen das Unternehmen, so muss er die umsatzsteuerlichen Folgen aus der Liquidation tragen, soweit diese auch beim Erblasser angefallen wären. Veräußert er z. B. Wirtschaftsgüter, die dem Unternehmensvermögen zuzurechnen sind, so unterliegt er insoweit der Umsatzsteuer. Gleiches gilt für den Fall der Entnahme von Unternehmensvermögen, soweit diese Entnahme beim Erblasser ebenfalls zur Umsatzsteuer geführt hätte. Im Gegenzug steht dem Erben der Vorsteuerabzug sowohl aus Leistungsbezügen zu, die noch von dem Erblasser veranlasst wurden, als auch für Leistungen, die er im Zusammenhang mit der Liquidation des Unternehmens bezieht.

#### **Konsequenzen**

Wer erbt muss klären, ob die Erbmasse Unternehmensvermögen enthält. Ist dies der Fall, so muss der Erbe damit rechnen, dass der Verkauf bzw. die Entnahme des Unternehmensvermögens der Umsatzsteuer unterliegt, auch wenn er das Unternehmen nicht weiter führt. Ob Umsatzsteuer anfällt richtet sich alleine danach, wie die Veräußerung bzw. Entnahme noch zu Lebzeiten des Erblassers zu behandeln gewesen wäre.

### **10. Wie erhalten ausländische Unternehmer ihre Vorsteuer zurück?**

#### **Rechtslage**

Im Inland ansässige Unternehmer sind zur Abgabe von Umsatzsteuervoranmeldungen verpflichtet. Unternehmer, die im Ausland ansässig sind, können hingegen ggf. Vorsteuer in Deutschland im Rahmen des Vorsteuer-Vergütungsverfahrens geltend machen. Dieses findet insbesondere dann Anwendung, wenn der im Ausland ansässige Unternehmer keine Umsätze in Deutschland erbringt bzw. nur solche, für die er die Umsatzsteuer nicht schuldet. Die Abgabe von Umsatzsteuervoranmeldungen entfällt dann. In der Praxis war jedoch streitig, wie zu verfahren ist, wenn Unternehmer nicht ganzjährig die Voraussetzungen für das Vorsteuer-Vergütungsverfahren erfüllen und somit abschnittsweise auch zur Abgabe von Voranmeldungen (allgemeines Besteuerungsverfahren) verpflichtet waren.

#### **Neue Verwaltungsanweisung**

Durch eine Änderung des Umsatzsteuer-Anwendungserlasses (UStAE) will das Bundesfinanzministerium (BMF) das vorgenannte Problem nun beseitigen. Demnach ist im Kalenderjahr nur noch ein Wechsel vom Vorsteuer-Vergütungsverfahren zum allgemeinen Besteuerungsverfahren möglich, umgekehrt jedoch nicht. Mit Wechsel zum allgemeinen Besteuerungsverfahren können Vorsteuerbeträge, die in vorherigen Voranmeldungszeiträumen entstanden sind und noch nicht im Rahmen des Vorsteuer-Vergütungsverfahrens deklariert wurden, nur noch im Rahmen der abzugebenden Voranmeldungen geltend gemacht werden. Fällt der Unternehmer im Laufe des Kalenderjahres unter das allgemeine Besteuerungsverfahren, so ist er zur Abgabe einer Umsatzsteuerjahreserklärung verpflichtet. In dieser sind Vorsteuerbeträge, die bereits im Rahmen des Vorsteuer-Vergütungsverfahrens erstattet wurden, nicht zu berücksichtigen.

#### **Konsequenzen**

Die neue Sichtweise des BMF entspricht einem jüngsten Urteil des Bundesfinanzhofs (BFH). Danach besteht zwar kein Wahlrecht zwischen dem Vorsteuervergütungs- und dem allgemeinen Besteuerungsverfahren, es ist jedoch zulässig, Vorsteuerbeträge mit Abgabe der Umsatzsteuerjahreserklärung geltend zu machen, die bisher nur im Rahmen des Vorsteuer-Vergütungsverfahrens erklärt werden konnten. Bedingung ist allerdings, dass der Unternehmer unterjährig unter das allgemeine Besteuerungsverfahren fällt. Unternehmer, die zu Beginn eines Kalenderjahres

unter das Vorsteuer-Vergütungsverfahren fallen, jedoch schon absehen können, dass in diesem Jahr noch ein Wechsel zum allgemeinen Besteuerungsverfahren bevorsteht, sollten prüfen, ob es nicht praktikabler ist, auf das Vorsteuer-Vergütungsverfahren zu verzichten und die Vorsteuern in den später abzugebenden Voranmeldungen geltend zu machen.

## **11. Leistungen kommunaler Wasserversorgungsunternehmen und Umsatzsteuer**

### **Rechtslage**

Lange war umstritten, ob Hauswasseranschlüsse dem ermäßigten Steuersatz unterliegen. Aufgrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) gab das Bundesfinanzministerium (BMF) in 2009 seine damalige Rechtsposition auf und erkannte den Ansatz des ermäßigten Steuersatzes für den Fall an, dass der Wasserversorger auch den Hausanschluss erstellte. Das seinerzeitige Schreiben beantwortete jedoch nicht alle Fragen.

### **Neue Verwaltungsanweisung**

Ergänzend zum Schreiben des BMF hat aktuell die Oberfinanzdirektion (OFD) Niedersachsen zur umsatzsteuerlichen Behandlung kommunaler Wasserversorgungsunternehmen Stellung bezogen. Die Verfügung befasst sich mit dem Legen von Hauswasseranschlüssen, der Vermietung von Wasserrohren und Standrohren zur Bereitstellung von Bauwasser sowie der Weiterleitung von Ablesedaten an Gemeinden und Landkreise. Hausanschlussleistungen sind demnach auch begünstigt, wenn sie gegenüber Anschlusskunden erbracht werden, die nicht direkt vom Betreiber des Wassernetzes mit Wasser beliefert werden, sondern über einen Dritten, der dieses seinerseits vom Betreiber des Wassernetzes bezieht. Dem Regelsteuersatz unterliegen hingegen Hausanschlussleistungen, die außerhalb des eigenen Versorgungsgebietes durchgeführt werden, sowie Leistungen am Hausnetz selbst.

### **Konsequenzen**

Die Verfügung klärt einige Fälle, die bisher beim BMF offen geblieben sind. Sie ist daher von Wasserversorgern zu beachten. Entsprechend den Ausführungen des BMF geht die Verfügung ebenfalls davon aus, dass das Legen eines Wasseranschlusses nur in Kombination mit einer Wasserlieferung begünstigt ist. Ob dies der Vorgabe des EuGH entspricht, bleibt abzuwarten.

## **12. Herrschender Gesellschafter darf bei Kündigung des EAV mitstimmen**

### **Rechtslage**

Bislang war streitig, in wessen Kompetenzbereich die Kündigung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags fällt. Die überwiegende Literaturlauffassung stufte sie als Geschäftsführungsmaßnahme in Form eines ungewöhnlichen Geschäfts mit dem herrschenden Gesellschafter ein, wobei dieser im Rahmen des Zustimmungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung einem Stimmrechtsverbot unterliegen sollte. Nach Ansicht der Rechtsprechung fiel die Maßnahme als innergesellschaftlicher Organakt in den Kompetenzbereich der Gesellschafterversammlung, so dass der herrschende Gesellschafter keinem Stimmrechtsverbot unterlag. Der Bundesgerichtshof (BGH) schloss sich dieser Auffassung nunmehr an.

### **Sachverhalt**

An dem Stammkapital der beklagten GmbH sind 2 GmbHs zu 90 % und zu 10 % beteiligt. Im Juli 1999 schloss die Beklagte als beherrschtes Unternehmen mit der Mehrheitsgesellschafterin einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag ab. Der Vertrag war bei Vorliegen eines wichtigen Grundes fristlos, im Übrigen nach Ablauf von 5 Jahren, mit einer Frist von 6 Monaten zum jeweiligen Jahresende kündbar. Nachdem über das Vermögen der Minderheitsgesellschafterin im Jahr 2007 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, beantragte der Insolvenzverwalter in der Gesellschafterversammlung der Beklagten, über die fristlose Kündigung des Unternehmensvertrages zu beschließen. Der Antrag wurde mit Stimmen der Mehrheitsgesellschafterin abgelehnt. Hiergegen richtet sich die Klage.

### **Entscheidung**

Der BGH wies die Anfechtungsklage als unbegründet zurück. Die Stimmen der Mehrheitsgesellschafterin waren mitzuzählen, denn sie unterlag keinem Stimmrechtsverbot und war nicht aufgrund der gesellschaftlichen Treuepflicht verpflichtet, für die Kündigung zu stimmen. Der Beschluss über die Kündigung betrifft einen sog. körperchaftlichen Sozialakt, der neben den inneren Angelegenheiten der Gesellschaft zugleich den persönlichen Rechtskreis des Gesellschafters betrifft. Bei solchen inneren Angelegenheiten ist dem Gesellschafter die Mitwirkung nur zu versagen, wenn es gerade um die Billigung oder Missbilligung seines Verhaltens als Gesellschafter oder Geschäftsführer geht und er dadurch Richter in eigener Sache wird. Die Kündigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags hingegen betrifft vorwiegend die inneren Angelegenheiten der Gesellschaft und verändert ihre Organisationsstruktur.

#### **Konsequenz**

Die Entscheidung verdient Zustimmung und ist konsequent, da auch der Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages als gesellschaftsrechtlicher Organisationsakt qualifiziert wird. Der Minderheitsgesellschafter sollte sich bereits bei Abschluss des Vertrages über die Beschränkung der Rechte bewusst sein.

### **13. Zur Ansparrücklage nach Realteilung einer GbR**

#### **Kernproblem**

Bis einschließlich 2006 konnten bilanzierende Steuerpflichtige für die künftige Anschaffung oder Herstellung eines neuen Wirtschaftsguts des Anlagevermögens eine den Gewinn mindernde Rücklage bilden (Ansparrücklage). Im Jahr der Anschaffung/Herstellung des begünstigten Wirtschaftsguts wurde die Rücklage gewinnerhöhend aufgelöst. Bei Steuerpflichtigen, die ihren Gewinn zulässigerweise durch Einnahmen-Überschuss-Rechnung ermittelten und bei denen insoweit keine Rücklagen gebildet werden konnten, trat an die Stelle der Rücklagenbildung/-auflösung ein entsprechender Betriebsausgabenabzug bzw. eine entsprechende Betriebseinnahme.

#### **Sachverhalt**

Der Kläger, ein Rechtsanwalt, übte seine Tätigkeit gemeinsam mit einem weiteren Rechtsanwalt in einer Sozietät (GbR) aus. 2004 trennten sich die Gesellschafter im Wege der Realteilung. Der Mandantenstamm der Sozietät ging zu gleichen Teilen auf die beiden Gesellschafter über. Die übrigen Wirtschaftsgüter, wie Mobilien und Fachliteratur, führten der Kläger und sein ehemaliger Mitgesellschafter jeweils zu Buchwerten in ihren Einzelpraxen fort. In der Gewinnfeststellungserklärung der Sozietät für 2003, die erst nach erfolgter Realteilung abgegeben wurde, machte der Kläger eine Ansparrücklage für die beabsichtigte Anschaffung eines Pkw als (Sonder-)Betriebsausgabe geltend. Das Finanzamt ließ die Ansparrücklage mit der Begründung unberücksichtigt, dass diese betriebsbezogen sei und die Realteilung eine Betriebsaufgabe darstelle.

#### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof (BFH) gab der hiergegen gerichteten Klage statt. Nach dem vom Gesetzgeber vorgesehenen Förderungszweck ist der Sonderbetriebsausgabenabzug auch dann zuzulassen, wenn sich die beabsichtigte Investition erst im Betriebsvermögen eines nach der Realteilung fortgeführten Unternehmens niederschlagen kann. Dies dann, sofern der Einzelunternehmer seine bisher im Rahmen der Mitunternehmerschaft erbrachte unternehmerische Tätigkeit unter Einsatz seines bisherigen Betriebsvermögens unverändert fortführt. Mit der Übernahme des hälftigen Mandantenstamms, den zu Buchwerten übernommenen Teilen der Fachliteratur und des Mobiliars hat der Kläger keinen neuen Betrieb gegründet, sondern lediglich sein bisheriges unternehmerisches Engagement fortgeführt.

#### **Konsequenz**

Mit dem Unternehmensteuerreformgesetz 2008 wurde die bisherige Ansparrücklage ab 2007 durch einen außerbilanziellen Investitionsabzugsbetrag ersetzt. Aber auch nach der neuen Rechtslage dürfte die Entscheidung des BFH in vergleichbaren Fällen zum Tragen kommen.

#### 14. **Vorsätzliche Manipulation der Arbeitszeiterfassung rechtfertigt fristlose Kündigung**

##### **Kernaussage**

Die Parkplatzsuche eines Arbeitnehmers auf dem Firmenparkplatz ist grundsätzlich noch keine Arbeitszeit. Wird die Suche dennoch als Arbeitszeit erfasst, kann dieses Verhalten eine fristlose Kündigung rechtfertigen; so entschied kürzlich das Bundesarbeitsgericht (BAG).

##### **Sachverhalt**

Die Klägerin, Verwaltungsangestellte einer Krankenkasse, war seit über 17 Jahren dort beschäftigt und wegen ihrer langen Betriebszugehörigkeit aufgrund des anwendbaren Tarifvertrages ordentlich kündbar. Die Mitarbeiter hatten Beginn und Ende ihrer Arbeitszeiten minutengenau in einem elektronischen Zeiterfassungssystem zu dokumentieren. Nach dem Tarifvertrag begann und endete die Arbeitszeit "an der Arbeitsstelle". Dementsprechend waren die Arbeitnehmer schriftlich darauf hingewiesen worden, dass jegliche Manipulation der Zeiterfassung arbeitsrechtliche Konsequenzen haben werde. Die Klägerin erfasste dennoch an 7 Arbeitstagen Zeiten von insgesamt 135 Minuten, die vor Erreichen des Arbeitsplatzes angefallen waren, als Arbeitszeit. Die gegen die daraufhin folgende fristlose Kündigung erhobene Klage blieb schließlich vor dem BAG erfolglos.

##### **Entscheidung**

Die fristlose Kündigung war wirksam, weil die Klägerin wiederholt gegen ihre Pflicht zur fehlerlosen Dokumentation der Arbeitszeit verstoßen hatte. Entgegen der Ansicht der Klägerin begann deren Arbeitszeit nämlich nicht schon dann, wenn sie die Parkplatzeinfahrt durchfahren habe. Die Suche nach einem Parkplatz zählte nach den Dienstbestimmungen ausdrücklich nicht als Arbeitszeit. Der begangene Arbeitszeitbetrug stellte einen wichtigen Grund für die außerordentliche Kündigung dar; das vorsätzliche Falscherfassen der Arbeitszeit war als schwerer Vertrauensbruch zu werten. Eine vorherige Abmahnung sahen die Richter ebenfalls nicht als erforderlich an: wegen des vorsätzlichen heimlichen Verhaltens der Klägerin musste der Arbeitgeber die Pflichtverletzung unabhängig von einer Wiederholungsgefahr nicht hinnehmen.

##### **Konsequenz**

Erfolgt die Täuschung über die Arbeitszeit heimlich und mit Vorsatz, bedarf es für die fristlose Kündigung noch nicht einmal einer vorherigen Abmahnung.

#### 15. **Verkauf eines Gewerbebetriebs im Nachlass durch den Verwalter innerhalb der Sperrfrist ist schädlich**

##### **Kernaussage**

Im Rahmen des Erwerbs durch Schenkung oder von Todes wegen sieht das Gesetz bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen eine Steuerbefreiung für Betriebsvermögen bzw. einen verminderten Wertansatz vor. Diese Steuerbefreiung entfällt mit Wirkung für die Vergangenheit, soweit der Erwerber innerhalb von 5 Jahren nach dem Erwerb den Gewerbebetrieb oder Gesellschaftsanteile veräußert. Hierzu entschied das Hessische Finanzgericht (FG) kürzlich, dass auch die Veräußerung der Geschäftsanteile einer zum Nachlass gehörenden GmbH & Co. KG durch den Nachlasspfleger eine schädliche Verfügung darstellt, die sich der Erbe zurechnen lassen muss.

##### **Sachverhalt**

Der Kläger begehrt die Berücksichtigung des Freibetrages für Betriebsvermögen nach dem Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz (ErbStG) sowie einen verminderten Wertansatz für einen zum Nachlass gehörenden, in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG betriebenen, Gewerbebetrieb und entsprechende Herabsetzung der Erbschaftsteuer auf den Erwerb von Todes wegen nach seiner Großmutter (Erblasserin). Für den 1997 erworbenen Nachlass war ein Nachlasspfleger bestellt worden, der den Gewerbebetrieb bzw. die Anteile an der GmbH & Co. KG sowie der Komplementär-GmbH im Jahr 2000 veräußerte. Das beklagte Finanzamt setzte gegenüber dem Kläger - und weiteren als Erben beteiligten Personen - jeweils Erbschaftsteuer fest. Einspruch und Klage dagegen blieben erfolglos; die Revision zum Bundesfinanzhof wurde nicht zugelassen.

**Entscheidung**

Freibetrag und verminderter Wertersatz wurden zu Recht wegen des Verkaufs der Geschäftsanteile an der KG und der Komplementär-GmbH versagt. Nach den einschlägigen Vorschriften des ErbStG bleiben u. a. Betriebsvermögen und Anteile an Kapitalgesellschaften im bei einem Erwerb von Todes wegen bis zu einem Wert von 500.000,00 DM außer Ansatz, wobei für den Fall, dass vom Erblasser keine Aufteilung des Freibetrages verfügt wurde, dieser jedem Erben entsprechend seinem Erbteil zusteht. Nach Anwendung der Freibetragsregelung ist der verbleibende Wert des Vermögens mit 60 vom 100 anzusetzen (verminderter Wertansatz). Diese steuerlichen Vergünstigungen fallen jedoch rückwirkend weg, wenn der Erwerber das erworbene Vermögen innerhalb von 5 Jahren seit dem Erwerb verkauft. So war es auch im Streitfall: der Kläger musste sich als Erwerber das schädliche "Veräußerungs"-Verhalten des Nachlassverwalters innerhalb der Behaltensfrist zurechnen lassen.

**Konsequenz**

Der Wegfall des Freibetrags und des verminderten Wertansatzes tritt unabhängig davon ein, aus welchen Gründen das begünstigt erworbene Betriebsvermögen bzw. der Geschäftsanteil veräußert oder der Betrieb aufgegeben wurde.

**16. Kriterien für Schätzungen bei Steuerhinterziehung****Kernaussage**

Wird eine Anklage wegen Steuerhinterziehung auf eine Schätzung gestützt, obwohl eine exaktere Berechnung nach weiteren Ermittlungen möglich ist, so rechtfertigt dies die Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens mangels hinreichenden Tatverdachts. Dies entschied kürzlich das Oberlandesgericht Celle.

**Sachverhalt**

Den Angeschuldigten wurde seitens der Staatsanwaltschaft u. a. Verkürzung von Umsatzsteuer, Lohnsteuer und Solidaritätszuschlag sowie Einkommensteuer in mehreren Fällen vorgeworfen. Ihnen wurde zur Last gelegt, gemeinschaftlich als Verantwortliche einer GmbH 179 als "geringfügig beschäftigt" gemeldete Arbeitnehmer als Reinigungskräfte an Autobahnraststätten in größerem Maße beschäftigt und dadurch Sozialversicherungsbeiträge in Millionenhöhe vorenthalten zu haben. Zudem sollen die Angeschuldigten Einnahmen aus Tellergeldern nicht verbucht und dadurch Umsatzsteuer von rd. 58.000 EUR hinterzogen sowie aus diesen Tellergeldern verdeckte Lohnzahlungen geleistet und dadurch Lohnsteuer und Solidaritätszuschlag von rd. 24.000 EUR hinterzogen haben. Mit der Begründung, die Anklage stütze sich auf unzulässige Schätzungen, lehnte das Landgericht die Eröffnung des Hauptverfahrens ab. Die Beschwerde der Staatsanwaltschaft blieb erfolglos.

**Entscheidung**

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) ist dem Tatrichter eine Schätzung hinterzogener Steuern und vorenthaltener Sozialversicherungsbeiträge nur in folgenden Fällen gestattet: Für eine annähernd genaue Berechnung fehlen aussagekräftige Beweismittel (Belege und Aufzeichnungen), die Parameter der Schätzgrundlage sind tragfähig, die Schätzung ist aus verfahrensökonomischen Gründen angezeigt (z. B., wenn eine exakte Berechnung einen unangemessenen Aufklärungsaufwand erfordert und bei exakter Berechnung für den Schuldumfang nur vernachlässigbare Abweichungen zu erwarten sind). Schließlich ist im Rahmen der Gesamtwürdigung des Schätzergebnisses der Zweifelssatz zu beachten und die Grundlagen der Schätzung müssen im tatrichterlichen Urteil für das Revisionsgericht nachvollziehbar dargestellt werden. Hier waren die Berechnungen zwar tatsachenfundiert, eine genauere Ermittlung wäre indes durch Vernehmung der Arbeitnehmer mit verhältnismäßigem Aufwand möglich gewesen. Damit war eine Schätzung der Schwarzlohnsumme nicht zulässig.

**Konsequenz**

Bei der Ermittlung von Schwarzlohnsummen darf nicht vorschnell auf Schätzungen ausgewichen werden, wenn eine tatsachenfundierte Berechnung anhand der vorliegenden Beweismittel möglich erscheint.

## 17. Der deutsche Bundestag beschließt die Änderung des Umwandlungsrechts

### Rechtslage

Der Deutsche Bundestag hat am 26.5.2011 eine Änderung des Umwandlungsgesetzes beschlossen, die sich insbesondere bei der Umstrukturierung von Aktiengesellschaften auswirkt. Das Änderungsgesetz dient der Umsetzung einer europäischen Richtlinie, die im Oktober 2009 in Kraft getreten ist. Da das deutsche Umwandlungsrecht zum Teil auf gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben beruht, musste eine Anpassung bis zum Sommer 2011 erfolgen.

### Die wichtigsten Änderungen

Im Wesentlichen sind Vereinfachungen bei der Verschmelzung und Spaltung von Unternehmen vorgesehen. Ferner werden die Möglichkeiten des Ausschlusses von Minderheitsaktionären erweitert.

#### 1. Verschmelzungsspezifischer Squeeze-out:

Nach alter Rechtslage erforderte der Ausschluss eines Minderheitsaktionärs, dass sich 95 % des Grundkapitals (un)mittelbar in der Hand eines Aktionärs befanden. Nach geänderter Rechtslage kann die Hauptversammlung einer übertragenden AG binnen 3 Monaten nach Abschluss eines Verschmelzungsvertrags einen Ausschlussbeschluss fassen, sofern der übernehmende Hauptaktionär Aktien in Höhe von 90 % des Grundkapitals hält. Das zweistufige Verfahren ist eine Kombination aus Squeeze-out und Verschmelzung. Zunächst wird der Verschmelzungsvertrag geschlossen oder der Entwurf vorbereitet, dann wird der Übertragungsbeschluss durchgeführt. Schließlich gehen im Zuge der Eintragung des Übertragungsbeschlusses ins Handelsregister sämtliche Aktien der Minderheitsaktionäre auf die Muttergesellschaft über. Ab dann kann die Verschmelzung nach den vereinfachten Bedingungen einer Upstream-Verschmelzung vollendet werden. Die Regelung gilt auch für die KGaA und SE, nicht jedoch für andere Rechtsformen, Spaltungen und Downstream-Verschmelzungen.

#### 2. Wegfall des Verschmelzungsbeschlusses bei Konzernverschmelzungen; neue Berichtspflichten:

Bei der Verschmelzung einer 100 %igen Tochtergesellschaft mit der Muttergesellschaft ist kein Verschmelzungsbeschluss des Anteilnehmers der übertragenden Gesellschaft mehr erforderlich. Allerdings müssen die Vertretungsorgane der jeweiligen Anteilhaber von nun an über jede wesentliche Vermögensänderung unterrichten, die zwischen dem Abschluss bzw. Entwurf des Verschmelzungsvertrages und dem Zeitpunkt der Beschlussfassung eingetreten ist. Selbiges gilt gegenüber den anderen Rechtsträgern, die dann wiederum die Anteilseigner zu unterrichten haben. Die Anteilhaber können auf die Unterrichtung verzichten. Verzichtet werden kann künftig auch auf die Aufstellung einer Zwischenbilanz, sofern ein Halbjahresfinanzbericht erstellt wird.

## 18. Schuldrechtliche Abreden gelten nicht bei Betriebsübergang

### Kernaussage

Grundsätzlich werden auch die Rechtsnormen eines Tarifvertrages nach einem Betriebsübergang kraft gesetzlicher Regelung Inhalt des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Arbeitnehmer und dem Betriebserwerber. Zu diesen rechtlichen Bestimmungen zählen auch die in einer zuvor vereinbarten Tarifregelung bereits abschließend festgelegten dynamischen Entwicklungen, die allein vom Zeitablauf abhängig sind. Hierzu entschied das Bundesarbeitsgericht (BSG) nun, dass lediglich schuldrechtliche Abreden der Tarifvertragsparteien nicht Inhalt des Arbeitsverhältnisses werden.

### Sachverhalt

Die Klägerin ist Mitglied der Gewerkschaft ver.di und war seit 1991 bei einem tarifgebundenen Arbeitgeber beschäftigt. Für ihr Arbeitsverhältnis galt kraft Tarifgebundenheit der BAT-O in der Fassung der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände. Der zu Beginn des Jahres 2003 geschlossene Vergütungstarifvertrag (VTV) Nr. 7 zum BAT-O sah u. a. vor, dass "die Anpassung des Bemessungssatzes" für die Vergütung der wie die Klägerin eingruppierten Angestellten auf das Tarifniveau "West" (100 %) "bis zum 31.12.2007 abgeschlossen wird". Am 1.4.2005 ging ihr Arbeitsverhältnis infolge eines Betriebsüberganges auf die nicht tarifgebundene Beklagte über.

Zum 1.1.2008 wurde für die betreffenden Entgeltgruppen der Bemessungssatz auf 100 % angehoben. Die Klägerin verlangt nunmehr ein Entgelt und die Vergütung von Mehrarbeitsstunden nach einem Bemessungssatz von 100 % auf Basis der Entgelttabellen zum TVöD. Die Klage blieb erfolglos.

#### **Entscheidung**

Zwar gehört zu den anlässlich des Betriebsübergangs auf die Beklagte in das Arbeitsverhältnis übergegangenen Rechten und Pflichten auch eine von den Tarifvertragsparteien bereits zuvor abschließend geregelte Entgeltsteigerung. Bei der im VTV Nr. 7 vorgesehenen Anpassung auf 100 % des Tarifniveaus "West" handelt es sich jedoch nicht um eine normativ wirkende Inhaltsnorm, sondern lediglich um eine schuldrechtliche Abrede der Tarifvertragsparteien, die nur zwischen diesen wirkt. Sie beinhaltet keine durch Rechtsnormen eines Tarifvertrags geregelten Rechte und Pflichten des Arbeitsverhältnisses, die nach einem Betriebsübergang Inhalt des Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebserwerber werden.

#### **Konsequenz**

Auch wenn man mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts davon ausgeht, dass nach den gesetzlichen Bestimmungen zum Betriebsübergang (§ 613a BGB) nicht die sich aus den Tarifnormen ergebenden Arbeitsbedingungen Inhalt des Arbeitsverhältnisses werden, sondern die Tarifnormen zu Rechten und Pflichten der Tarifvertragsparteien in das Arbeitsverhältnis eingehen, kann keine Bindung des Betriebserwerbers an spätere Stufen eintreten. Die Vorschrift betrifft ausschließlich den normativen Teil eines Tarifvertrags. Hinsichtlich der schuldrechtlichen Teile scheidet eine Weitergeltung als Arbeitsvertragsinhalt aus.

### **19. Übertragung immaterieller Wirtschaftsgüter nun als sonstige Leistung zu qualifizieren**

#### **Einführung**

Bisher wurden die Übertragungen immaterieller Wirtschaftsgüter in Deutschland als Lieferungen behandelt. Aufgrund eines neueren Urteils des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) aus 2009, nach dem die Übertragung von Lebensrückversicherungsverträgen als sonstige Leistung im Sinne des Umsatzsteuergesetzes (UStG) und nicht als Lieferung eingestuft wurde, hat das Bundesfinanzministerium (BMF) nun seine bisherige Rechtsauffassung aufgegeben.

#### **Neue Verwaltungsanweisung**

Die Übertragung immaterieller Wirtschaftsgüter (z. B. Firmenwert, Kundenstamm) wird nun nicht mehr als Lieferung, sondern als sonstige Leistung angesehen.

#### **Konsequenzen**

Die geänderte Rechtsauffassung ist in allen offenen Fällen anzuwenden. Sofern Übertragungen vor dem 1.7.2011 vorgenommen wurden, wird es nicht beanstandet, wenn diese noch als Lieferung behandelt werden. Die Qualifizierung als sonstige Leistung hat auch Folgen für die steuerliche Erfassung solcher Übertragungen. Insbesondere bei grenzüberschreitenden Transaktionen kann sich, im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage, das Land, in dem der Umsatz erfasst wird, verändern. Ferner ist zu prüfen, ob der Erwerber Schuldner der Umsatzsteuer wird und der Umsatz in die Zusammenfassende Meldung (ZM) aufzunehmen ist.

### **20. Zur Höhe der Abfindungszahlung für ausgeschiedenen GbR-Gesellschafter**

#### **Kernaussage**

Enthält der Gesellschaftsvertrag eine Schiedsgutachtenabrede, wonach bei Meinungsverschiedenheiten über die Höhe des Abfindungsguthabens dieses von einem Wirtschaftsprüfer als Schiedsgutachter ermittelt werden soll, entspricht es allgemeiner Meinung, dass die Klage "als zur Zeit unbegründet" abzuweisen ist, wenn der beweispflichtige Kläger die Höhe des Anspruchs nicht durch Vorlage des Gutachtens darlegen kann. Unterlässt die zur Benennung des Schiedsgutachters ermächtigte Vertragspartei innerhalb objektiv angemessener Zeit (hier 2 Jahre) die Benennung und die Einholung des Gutachtens, hat die Bestimmung der Höhe des Abfindungsguthabens durch

Urteil des angerufenen Gerichts zu erfolgen.

#### **Sachverhalt**

Der Kläger hat sich mit 2 Beitrittserklärungen jeweils in einer sogenannten "Haustürsituation" an der beklagten Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) beteiligt, die wiederum an Investmentgesellschaften beteiligt ist. Der Kläger leistete auf die Beitrittserklärungen die Einmalzahlungen nebst Agio und in der Folgezeit weitere Raten. Im Hinblick auf die Haustürsituation wurden die Beitrittserklärungen sodann von dem Kläger widerrufen. Die Beklagte errechnete zunächst ein "negatives Abfindungsguthaben" für den Kläger, korrigierte dieses jedoch später auf ein Abfindungsguthaben zugunsten des Klägers von 78 EUR. Mit der Klage verlangt der Kläger seine Einlageleistungen in Höhe von rd. 15.000 EUR zurück. Das Oberlandesgericht (OLG) wies die Klage als derzeit unbegründet ab.

#### **Entscheidung**

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat das Berufungsurteil aufgehoben und an das OLG zurückgewiesen. Der Kläger hat seine Beitrittserklärungen aufgrund der sogenannten Haustürsituation wirksam widerrufen. Allerdings steht ihm kein Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Einlagen zu. Die Folgen des Widerrufs bestimmen sich vielmehr nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft. Danach hat der Kläger generell einen Anspruch auf Zahlung eines Abfindungsguthabens (§ 738 BGB). Der Gesellschaftsvertrag enthält aber eine Schiedsgutachtenabrede, wonach die Höhe des Abfindungsguthabens bei Meinungsverschiedenheiten von einem Wirtschaftsprüfer als Schiedsgutachter ermittelt werden soll, was nicht geschehen ist. Allerdings oblag es vertraglich der Beklagten, den Gutachter zu benennen. Die Nichtbenennung des bestimmungsberechtigten Dritten durch die hierzu verpflichtete Beklagte außerhalb objektiv angemessener Zeit hat zur Folge, dass die Bestimmung der Leistung durch Urteil des angerufenen Gerichts zu erfolgen hat.

Sofern in Gesellschaftsverträgen Schiedsabreden im Zusammenhang mit der Bestimmung der Abfindungsleistung verwendet werden, ist zu überlegen, welcher Partei das Ernennungsrecht zugewiesen wird. Zur Vermeidung von Streitigkeiten kann die Benennung z. B. auch durch die IHK oder das Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V. (IDW) erfolgen.

### **21. Betriebsaufspaltung aufgrund alleiniger Geschäftsführungsbefugnis**

#### **Rechtslage**

Eine Betriebsaufspaltung liegt vor, wenn die an eine Kapitalgesellschaft vermieteten oder verpachteten Vermögensgegenstände zu den wesentlichen Grundlagen der Betriebsgesellschaft gehören (sachliche Verflechtung) und eine enge personelle Verflechtung zwischen Besitz- und Betriebsunternehmen besteht (personelle Verflechtung). Dann unterscheidet sich die Betätigung des Besitzunternehmens von der Tätigkeit eines gewöhnlichen Vermieters. Die Annahme einer personellen Verflechtung setzt voraus, dass eine Person oder Personengruppe sowohl das Betriebs- als auch das Besitzunternehmen in der Weise beherrscht, dass sie in der Lage ist, in beiden Unternehmen einen einheitlichen Geschäfts- und Betätigungswillen durchzusetzen. Die Einkünfte aus dem Besitzunternehmen sind als gewerblich zu qualifizieren.

#### **Sachverhalt**

Die Klägerin ist eine Grundstücks-GbR, an der 2 Gesellschafter beteiligt sind. Das Grundstück der GbR ist bebaut mit einem Verwaltungs- und Betriebsgebäude und war an 3 verschiedene Mietparteien vermietet (an eine GmbH, eine weitere GmbH und eine dritte Firma). Geschäftsführer der GmbH und der weiteren GmbH war einer der beiden Gesellschafter, der zugleich 80 % der Anteile an der GmbH und 50 % der Anteile an der weiteren GmbH hielt. Das Finanzamt war der Ansicht, dass zwischen der Klägerin und der GmbH eine Betriebsaufspaltung bestehe und qualifizierte die Einkünfte der GbR als gewerbliche Einkünfte.

### **Entscheidung**

Das Finanzgericht (FG) Schleswig-Holstein bestätigte die Auffassung des Finanzamts. Eine Beherrschungsidentität liegt grundsätzlich dann vor, wenn der Gesellschafter, der die Betriebsgesellschaft beherrscht, bei dem als GbR organisierten Besitzunternehmen ebenfalls über die Mehrheit der Stimmen verfügt, sofern bei letzterem wenigstens für die sogenannten "Geschäfte des täglichen Lebens" das Mehrheitsprinzip maßgeblich ist. Da der geschäftsführende Gesellschafter über die alleinige Befugnis zur Führung der laufenden Geschäfte des täglichen Lebens bei der GbR verfügte, hielt das FG die Betriebsaufspaltung für rechtmäßig.

### **Konsequenz**

Sofern eine Betriebsaufspaltung vermieden werden soll, sollte bei einer Besitz-GbR für alle Geschäfte ein Einstimmigkeitserfordernis vereinbart werden, sofern dies in der Praxis durchführbar ist.

## **22. Kein Vorsteuerabzug für innergemeinschaftliche Erwerbe?**

### **Rechtslage**

Erwirbt ein deutscher Unternehmer Waren aus der übrigen EU, so hat er einen innergemeinschaftlichen Erwerb zu versteuern. Bisher berechnete dieser Erwerb grundsätzlich zum Vorsteuerabzug. Dies ist nun durch 2 Urteile des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) sowie des Bundesfinanzhofs (BFH) in Frage gestellt worden.

### **Sachverhalt**

Der innergemeinschaftliche Erwerb ist grundsätzlich in dem Land zu besteuern, in dem sich die Ware am Ende der Beförderung befindet. Teilt der Erwerber dem Lieferer jedoch eine andere USt-IDNr. mit, als die des Bestimmungslandes, so wird hiervon abweichend der innergemeinschaftliche Erwerb im Land der verwendeten USt-ID-Nr. besteuert. Dies gilt wiederum nicht, wenn der Erwerber nachweist, dass der Erwerb im Bestimmungsland besteuert wurde. Bisher stand dem Erwerber in beiden Fällen der Vorsteuerabzug aus dem Erwerb zu. EuGH und BFH haben aber nun den Vorsteuerabzug nur noch zugelassen, wenn der Erwerb im Bestimmungsland versteuert wird.

### **Neue Verwaltungsanweisung**

Das BMF folgt nunmehr dieser Rechtsauffassung und wendet sie in allen offenen Fällen an. Bis zum 31.12.2011 soll es allerdings ausreichen, dass der Erwerb im Bestimmungsland glaubhaft gemacht wird, um eine Besteuerung in Deutschland, ohne das Recht auf Vorsteuerabzug, zu verhindern.

### **Konsequenzen**

International handelnde Unternehmen wird die neue Rechtslage wenig erfreuen. Ein Beispielsfall soll dies verdeutlichen: Ein deutscher Unternehmer lässt sich Waren von Frankreich nach Belgien liefern. Grundsätzlich hätte er einen innergemeinschaftlichen Erwerb in Belgien zu versteuern. Hierzu müsste er sich in Belgien registrieren und Umsatzsteuererklärungen abgeben. Um diesen Aufwand zu vermeiden, konnte der Unternehmer bisher problemlos seine deutsche USt-IDNr. angeben und den innergemeinschaftlichen Erwerb in Deutschland versteuern, da ihm bislang hieraus der Vorsteuerabzug zustand. Da ihm nach neuer Rechtslage nun der Vorsteuerabzug in Deutschland verwehrt wird, ist er gezwungen, den Erwerb im EU-Ausland zu deklarieren, sofern er nicht auf den Vorsteuerabzug verzichten will. Betroffene Unternehmen sind daher gezwungen, ihre bisherigen Verfahrensweisen im internationalen Handel zu überprüfen, und, falls erforderlich, an die neue Rechtslage anzupassen.

## **23. BMF folgt BFH: Handlungsbedarf bei Organschaften**

### **Kernaussage**

Nach dem Umsatzsteuergesetz (UStG) wird eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit dann nicht selbstständig ausgeübt, wenn eine juristische Person nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in das Unternehmen des Organträgers eingegliedert ist (Organschaft). Im Jahr 2010 hatte der Bundesfinanzhof (BFH) seine Rechtsprechung zu Organschaften grundsätzlich geändert. Betroffen hiervon

waren insbesondere Betriebsaufspaltungen, bei denen zwischen Besitzunternehmen und Betriebsgesellschaft eine sowohl personelle als auch sachliche Verflechtung gegeben sein muss.

#### **Neue Verwaltungsanweisung**

Das Bundesfinanzministerium (BMF) folgt nun der Auffassung des BFH. Demnach setzt die finanzielle Eingliederung, als Voraussetzung für die Organshaft, ein unmittelbare oder mittelbare Beteiligung des Organträgers an der Organgesellschaft voraus. Fehlt diese, so besteht keine Organshaft. In diesem Fall ist dann auch unerheblich, ob - die Gesellschafter die Stimmenmehrheit an der potentiellen Organgesellschaft besitzen oder - die Beteiligung eines Gesellschafters zu dessen Sonderbetriebsvermögen bei einer Personengesellschaft gehört oder - ein Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag zwischen den Gesellschaften besteht.

#### **Konsequenzen**

Das BMF wird die geänderte Rechtsauffassung sofort anwenden, beanstandet es aber nicht, wenn bis zum 31.12. 2011 noch nach der alten Rechtslage verfahren wird. Unter Beachtung der neuen Rechtslage müssen nun zeitnah bestehende Organschaften überprüft werden, ob sie über 2011 hinaus Bestand haben. Dies gilt vor allem für Betriebsaufspaltungen. Hierbei sind auch die zahlreichen, in jüngster Zeit ergangenen Urteile zur wirtschaftlichen und organisatorischen Eingliederung zu beachten. Sind Organschaften zu beenden, so dürfte dies im Regelfall zu begrüßen sein, da das Haftungspotential gegenüber dem Fiskus verringert wird. Nur in den Fällen, in denen die Organshaft auch umsatzsteuerlich Vorteile bringt, ist steuerlicher Rat einzuholen, ob, wie und mit welchen Konsequenzen, diese aufrecht erhalten werden kann. Dies wird häufig dann der Fall sein, wenn die Organshaft bisher dazu genutzt wurde, um Umsätze gegenüber nicht zum vollen Vorsteuerabzug berechtigten Unternehmen als Innenumsatz, d. h. ohne Umsatzsteuer, zu erbringen (z. B. bei gemeinnützigen Organisationen, Krankenhäusern etc.).

### **24. Essgewohnheiten verhindern ermäßigten Steuersatz für Pferde**

#### **Kernaussage**

Die Lieferung von Pferden unterliegt nach dem deutschen Umsatzsteuergesetz (UStG) dem ermäßigten Steuersatz. Verantwortlich hierfür ist die Anlage 2 zum UStG, die Pferde als begünstigt ausweist. Hierzu zählen auch reinrassige Zuchttiere, nicht jedoch Wildpferde. Fraglich war, ob das UStG damit der Intention der Mehrwertsteuersystemrichtlinie der EU (MwStSystRL) entspricht, nur die Lieferung von Tieren zu begünstigen, die üblicherweise als Nahrungsmittel verarbeitet werden. Diese Frage wurde nun vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) entschieden.

#### **Sachverhalt**

Die Kommission der europäischen Gemeinschaften hatte gegen die Bundesrepublik Deutschland geklagt und die Feststellung begehrt, dass Deutschland durch die Anwendung eines ermäßigten Mehrwertsteuersatzes auf die Lieferung, Einfuhr und den innergemeinschaftlichen Erwerb von Pferden, die üblicherweise nicht für die Nahrungs- und Futtermittelzubereitung verwendet werden, gegen europäische Mehrwertsteuersystemrichtlinie verstoßen hatte.

#### **Entscheidung**

Der EuGH kam zu dem Ergebnis, dass nur die Lieferungen von Tieren, die gewöhnlich und allgemein dem Verzehr dienen, grundsätzlich dem ermäßigten Steuersatz unterliegen. Dies gilt z. B. für Schweine, Rinder etc.. Für die Lieferung von Pferden kommt der ermäßigte Steuersatz nur zum Tragen, wenn die Lieferung erfolgt, um diese zwecks Produktion von Nahrungs- bzw. Futtermitteln zu schlachten.

#### **Konsequenz**

Die generelle Anwendung des ermäßigten Steuersatzes für die Lieferung von Pferden verstößt gegen das Gemeinschaftsrecht. Würden wir mehr Pferde essen, statt auf ihnen zu reiten, wäre das Urteil anders ausgefallen. Es ist zu

erwarten, dass das UStG nun angepasst wird. Für Tierarten, die nicht üblicherweise verzehrt werden, wird dann wohl immer im Einzelfall zu prüfen sein, ob deren Lieferung dazu dient, sie Teil der Nahrungskette werden zu lassen. Dies gilt z. B. auch für Brieftauben. Generell, d. h. ohne Prüfung, ist der ermäßigte Steuersatz anwendbar für Rinder, Schweine, Schafe und Ziegen.

## 25. **Keine Arbeitnehmer-Haftung bei Strafanzeigen gegen Arbeitgeber**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Sogenanntes "Whistleblowing", das öffentliche Bekanntmachen von Missständen beim Arbeitgeber, ist von dem Recht auf freie Meinungsäußerung umfasst, so dass eine darauf gestützte fristlose Kündigung unbegründet sein kann. So hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte jüngst Arbeitnehmer geschützt, die ihren Arbeitgeber berechtigterweise "an den Pranger" gestellt haben und dafür gekündigt wurden. Das Landesarbeitsgericht Hamm hatte nunmehr darüber zu entscheiden, ob ein Arbeitnehmer, der seinen Arbeitgeber ungerechtfertigter Weise wegen Missständen beschuldigt, für diejenigen Schäden aufkommen muss, die sein Arbeitgeber dadurch erlitten hat.

### **Sachverhalt**

Nach einer Kündigung gegenüber einer Ärztin gingen gegen die Klinik und den Klinikleiter, gestützt auf interne Fakten, anonyme Anzeigen wegen fahrlässiger Tötung bei Polizei, Staatsanwaltschaft und Presse ein. Die Vorwürfe waren haltlos; Straftaten nicht zu beweisen. Der Klinik entstand ein Schaden in Millionenhöhe. Im Rahmen der Ermittlungen stellte sich heraus, dass der Lebensgefährte der gekündigten Ärztin die anonymen Anzeigen verfasst hatte. Mit ihrer Klage machte die Klinik einen Teil des Schadens gegen die Ärztin und ihren Lebensgefährten geltend und verlor.

### **Entscheidung**

Das Landesarbeitsgericht sah keine Haftungsgrundlage für die Arbeitnehmerin und den Lebensgefährten, ließ allerdings die Revision zum Bundesarbeitsgericht wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zu. Zur Begründung führte es aus, dass es an einer ausreichenden Kausalität fehle. Arbeitnehmerin und Lebensgefährte hätten nicht damit rechnen müssen, dass der Fall in dieser konkreten Weise in die Öffentlichkeit getragen würde. Im Übrigen sei die Erstattung einer Strafanzeige ein rechtlich geschütztes Verhalten, das nur bei Mutwilligkeit oder völliger Haltlosigkeit ein kausales pflichtwidriges Verhalten darstellen und zum Schadensersatz führen könne.

### **Konsequenz**

Sollte der Fall in die Revision gehen, wird sein dortiger Ausgang mit Spannung abzuwarten sein. Einstweilen kann sich der Strafanzeige erstattende Arbeitnehmer (wirtschaftlich) sicher fühlen. Im Zusammenspiel mit der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte verwundert die Entscheidung allerdings, weil sich die Rechtslage - verkürzt dargestellt - so verhält, dass der berechtigt Strafanzeige stellende Arbeitnehmer vor Kündigung geschützt ist und der unberechtigt Strafanzeige stellende Arbeitnehmer keine wirtschaftlichen Folgen zu fürchten braucht.

## 26. **HIV Infektion ist (für sich genommen) keine Behinderung**

### **Rechtslage**

Auch wenn es im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) ausdrücklich anders geregelt ist, ist inzwischen mit der Rechtsprechung unstrittig, dass die Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes aufgrund europäischer Vorschriften auch auf Kündigungen anwendbar sind. Danach sind unter anderem diskriminierende Kündigungen wegen einer Behinderung untersagt. Das Arbeitsgericht Berlin hat jetzt darüber entschieden, ob eine HIV Infektion eine Behinderung darstellt oder nicht.

### **Sachverhalt**

Der HIV-infizierte Kläger war vom Arbeitgeber, einem Pharmaunternehmen, in der Probezeit wegen seiner HIV-

Infektion gekündigt worden. Hiergegen wehrte sich der Kläger mit dem Argument, die HIV-Infektion stelle eine Behinderung dar, aufgrund derer er diskriminiert worden sei und verlangte die Zahlung einer Entschädigung. Daraufhin führte der Arbeitgeber arbeitssicherheitstechnische Gründe für die Kündigung ins Feld. Das Arbeitsgericht Berlin wies die Klage ab.

#### **Entscheidung**

Ungeachtet der Tatsache, dass das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung fand, weil der Kläger noch keine 6 Monate beschäftigt gewesen war, urteilte das Gericht im Hinblick auf die Entschädigung, dass die bloße Infektion mit dem HIV-Virus (noch) keine Behinderung darstelle. Insbesondere sei der Kläger zwar infiziert, aber (noch) nicht in seiner Erwerbstätigkeit eingeschränkt gewesen.

#### **Konsequenz**

Die Entscheidung kann noch mit Berufung angegriffen werden; der weitere Verfahrensverlauf wird mit Spannung abzuwarten sein. Jedenfalls dann, wenn die Grenze der bloßen Infizierung überschritten wird und die Krankheit ausbricht, dürfte eine andere Haltung der Arbeitsgerichte zu erwarten sein. Dann wird sich zeigen, ob in diesem Fall die Arbeitssicherheit Rechtfertigung für ein gegebenenfalls diskriminierendes Verhalten sein kann.

### **27. Fristlose Kündigung bei erheblichem Überziehen der Pausenzeiten**

#### **Rechtslage**

Die Rechtsprechung zu außerordentlichen Kündigungen aufgrund von bewusst wahrheitswidrig erfasster Arbeitszeit erscheint vor dem Hintergrund jüngerer Entscheidungen, in denen (geringfügige) Straftaten nicht mehr zur fristlosen Kündigung berechtigten, "auf dem Prüfstand" zu stehen. Das Landesarbeitsgericht Hessen hatte nunmehr in einem solchen Fall - allerdings in einem sicherheitsrelevanten, sensiblen Berufszweig - hierzu zu entscheiden.

#### **Sachverhalt**

Der Kläger war seit 2001 als Fluglotse beschäftigt. Während der Nachtschichten ist nach den geltenden Flugsicherungs-Vorschriften eine Besetzung des Towers mit 2 Fluglotsen vorgeschrieben. Die Pausen von je 2 Stunden müssen die Fluglotsen untereinander absprechen. Sie müssen zudem auch in der Pause erreichbar sein. Aus Videoaufzeichnungen ergab sich, dass der Kläger entgegen seinen Eintragungen im Arbeitsplatznachweis an 4 Nächten im August 2009 und in einer Nacht im September 2009 zwischen 20 und 45 Minuten länger Pause gemacht hatte. Daraufhin wurde das Arbeitsverhältnis fristlos gekündigt.

#### **Entscheidung**

Anders als noch die erste Instanz hielt das Landesarbeitsgericht die fristlose Kündigung für wirksam. Dem Kläger sei bekannt gewesen, welche Risiken entstehen können, wenn nicht genügend Fluglotsen am Platz seien. Er wusste zudem, dass es gerade deshalb 6 Wochen zuvor nachts zu einer gefährlichen Annäherung zweier Flugzeuge gekommen war. Zu Lasten des Klägers kam hinzu, dass er Arbeitsnachweise falsch ausgefüllt hatte, um so vorschriftsmäßige Pausen vorzuspiegeln. Angesichts der Schwere und möglichen Sicherheitsgefährdung sei dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unzumutbar gewesen. Der Arbeitsplatz eines Fluglotsen erfordere unverzichtbar Zuverlässigkeit; der Kläger habe damit rechnen müssen, dass sein Verhalten nicht hingenommen werden würde.

#### **Konsequenz**

Die Entscheidung ist zutreffend. Mit ihr wird zudem deutlich, dass es Arbeitsplätze in sensiblen Bereichen gibt, in denen Abmahnungen in der Regel nicht ausreichend wären. Ungeachtet dessen bleibt eine Einzelfallabwägung erforderlich; eine andere Entscheidung wäre beispielsweise bei nur einem oder 2 Verstößen denkbar.

### **28. Verlagerung von privaten Darlehen in den steuerlichen Bereich**

**Kernaussage**

Werden private Darlehen in eine Gesellschaft eingebracht, ist dieser Vorgang das zivilrechtlich zulässig und möglich. Wird allerdings vorrangig das Ziel verfolgt, private Aufwendungen in den steuerlich relevanten Bereich zu verlagern, liegt steuerrechtlich ein Rechtsmissbrauch im Sinne der Vorschriften der Abgabenordnung (AO) vor.

**Sachverhalt**

Die Klägerin ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), an der der Ehemann mit 10 % und die Ehefrau mit 90 % beteiligt sind. Zweck der Gesellschaft ist die Fremdvermietung eines Mehrfamilienhauses, das der Ehemann zusammen mit den darauf lastenden Grundschulden und Hypotheken durch Einbringungsvertrag auf die neu gegründete Klägerin übertragen hat. Daneben wurden 2 Darlehen eingebracht, die zur Finanzierung der selbst genutzten Immobilie aufgenommen wurden. Das beklagte Finanzamt vertrat die Auffassung, dass die Übernahme von privat veranlassten Darlehen im Zusammenhang mit der Übertragung von Grundbesitz auf die Klägerin nicht zu Anschaffungskosten führt. Ferner seien die hieraus berechnete höhere Absetzungen für Abnutzungen (AfA) sowie damit zusammenhängende Schuldzinsen als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung nicht abzugsfähig.

**Entscheidung**

Dieser Auffassung folgte das Finanzgericht Münster und wies die Klage ab. Die streitigen Darlehen standen ursprünglich nicht mit Einkünften aus Vermietung und Verpachtung im Zusammenhang. Erst durch die Einbringung in die klagende GbR war diese verpflichtet, die Darlehen zu bedienen. Gleichwohl konnten die Aufwendungen steuerlich nicht berücksichtigt werden, da die Einbringung einen Gestaltungsmissbrauch darstellte, denn die offensichtliche Überführung von privat veranlassten Aufwendungen in die GbR diente nur dem Zweck, private Aufwendungen in einen steuerlichen Bereich zu verlagern. Die Übernahme der im Zusammenhang mit dem (weiterhin) privaten Einfamilienhaus stehenden privaten Darlehen durch die Klägerin war steuerlich somit nicht anzuerkennen.

**Konsequenz**

Der Bundesfinanzhof hat auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin die Revision angenommen. Sofern bei Gründung einer vermögensverwaltenden GbR durch Ehegatten die Übernahme von privat veranlassten Darlehen steuerlich durch das Finanzamt nicht anerkannt wurde und entsprechend die AfA und die Werbungskosten um die Schuldzinsen gekürzt wurden, sollte gegen offene Bescheide mit Verweis auf das Aktenzeichen des anhängigen Revisionsverfahrens Einspruch eingelegt werden.

**29. Zur Betriebsaufspaltung zwischen Mehrheitsaktionär und AG****Rechtslage**

Bei der Betriebsaufspaltung handelt es sich um ein steuerliches Rechtsinstitut, das von der Rechtsprechung geschaffen wurde. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung ist hierzu nicht existent. Eine Betriebsaufspaltung entsteht, wenn unter wirtschaftlicher Betrachtung ein einheitliches Unternehmen in mindestens 2 rechtlich selbstständige Einheiten unterteilt wird, wobei diese sachlich und personell verflochten sind. Eine personelle Verflechtung ist auch im Verhältnis zwischen einer (börsennotierten) Aktiengesellschaft (AG) und ihrem Mehrheitsgesellschafter grundsätzlich zu bejahen.

**Sachverhalt**

Der Kläger ist zu 71,18 % am Grundkapital einer börsennotierten AG beteiligt. Seit Sommer 2000 verhandelte er mit der AG über die Anmietung von Räumlichkeiten, die in seinem Eigentum stehen. Nach entsprechender Beschlussfassung durch den Aufsichtsrat wurde der Mietvertrag zum 1.11.2001 unterzeichnet. In der Folgezeit erklärte der Kläger aus der Grundstücksvermietung negative Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung. Im Anschluss an eine bei dem Kläger durchgeführte Außenprüfung vertrat das beklagte Finanzamt die Auffassung, zwi-

schen dem Kläger und der AG bestünde eine Betriebsaufspaltung. Das Finanzamt setzte daraufhin entsprechende Einkünfte aus Gewerbebetrieb an. Einspruch und Klage hiergegen blieben erfolglos.

#### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof (BFH) wies auch die Revision als unbegründet zurück. Die Vermietung von Wirtschaftsgütern an ein Unternehmen wird als gewerbliche Tätigkeit angesehen, wenn das vermietende Besitzunternehmen mit dem mietenden Betriebsunternehmen sachlich und personell verflochten ist. Dies ist dann der Fall, wenn diejenige Person oder Personengruppe, die das Besitzunternehmen beherrscht, auch über die Stimmehrheit bei der Betriebsgesellschaft verfügt. Die Grundsätze gelten in gleicher Weise für Betriebsgesellschaften in der Rechtsform der GmbH wie der AG. Die hierzu von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze sind verfassungsgemäß. Vorliegend kann der Kläger als Mehrheitsaktionär mittelbar über die personelle Besetzung des Vorstandes und damit über die Grundlinien der Geschäftspolitik der AG entscheiden. Dies reicht für die Feststellung der personellen Verflechtung auch dann aus, wenn man hieran "strenge Anforderungen" stellt.

#### **Konsequenz**

Die Entscheidung steht im Einklang mit der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung. Die zwischenzeitlichen Änderungen im Aktiengesetz haben diese Grundsätze nicht überholt. Denn die Regelungen über die Befugnis der Hauptversammlung, die Aufsichtsratsmitglieder zu bestellen, sowie die Befugnis des Aufsichtsrats, die Vorstandsmitglieder zu bestellen und abzurufen, waren nicht Gegenstand durchgreifender gesetzlicher Änderungen.

### **30. Ausschließungsbeschluss der Gesellschafter einer GmbH & Co. KG**

#### **Kernaussage**

Enthält der Gesellschaftsvertrag einer Kommanditgesellschaft (KG) eine Klausel, wonach ein Gesellschafter ausscheidet, wenn die übrigen Gesellschafter aus wichtigem Grund sein Ausscheiden durch schriftliche Erklärung verlangen, so ist das "Ausscheidungsverlangen" lediglich die Umsetzung des erforderlichen Beschlusses der Gesellschafter.

#### **Sachverhalt**

Der Kläger und die Beklagten waren Kommanditisten einer GmbH & Co. KG. Die Parteien streiten über die Wirksamkeit eines Ausschließungsbeschlusses. Nach dem Gesellschaftsvertrag schied ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, "wenn er den übrigen Gesellschaftern Anlass gibt, nach § 133 HGB die Auflösung der Gesellschaft und nach § 140 HGB seine Ausschließung zu verlangen, und wenn die übrigen Gesellschafter deshalb durch schriftliche Erklärung ihm gegenüber sein Ausscheiden verlangen...". Darüber hinaus enthielt der Gesellschaftsvertrag eine Klausel, wonach Gesellschafterbeschlüsse nur binnen 2 Monaten durch Klage beim zuständigen Gericht angefochten werden konnten. Der Fristbeginn war mit Kenntnisnahme des Beschlusses bestimmt. In einer Gesellschafterversammlung vom 31.3.2000 wurde der Ausschluss des Klägers beschlossen. Die hiergegen gerichtete Klage wurde vergleichsweise beendet. Die Gesellschaft erklärte später wegen arglistiger Täuschung die Anfechtung des Vergleichs. Diese Anfechtung war wirksam. Mit der am 27.12.2006 eingegangenen Klage hat der Kläger erneut beantragt, die Nichtigkeit des Anfechtungsbeschlusses festzustellen. Das Landgericht und das Oberlandesgericht gaben dem Kläger Recht.

#### **Entscheidung**

Der Bundesgerichtshof wies die Klage schließlich ab. Rechtsfehlerhaft hatten die Vorgerichte festgestellt, dass die zweimonatige Klagfrist nicht einzuhalten sei, weil der Gesellschaftsvertrag einen Ausschließungsbeschluss nicht vorsehe. Ein Ausschließungsverlangen der Mitgesellschafter setzt aber notwendigerweise eine Meinungsbildung voraus. Die Einigkeit der Gesellschafter wird im Beschlusswege erzielt. Das Ausscheidungsverlangen ist demgegenüber nur die Mitteilung über den Beschlussinhalt. Die damit geltende zweimonatige Klagfrist hatte der Kläger offensichtlich versäumt.

### **Konsequenz**

Das Klageerfordernis zur Ausschließung eines Gesellschafters einer GmbH & Co. KG kann durch eine im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Regelung erleichtert oder auch erschwert werden. Insbesondere die Ausschließungsgründe und das Verfahren der Ausschließung werden häufig abweichend zu regeln sein.

### **31. Zugang der Amtsniederlegungserklärung des Geschäftsführers an ausländische Gesellschafter**

#### **Kernaussage**

Ob eine Willenserklärung einem Empfänger mit Sitz im Ausland zugegangen ist, beurteilt sich nach dem Ortsrecht des Abgabeorts. Das Registergericht ist nur dann zur Amtsermittlung verpflichtet, wenn entweder die formalen Mindestanforderungen für eine Eintragung nicht erfüllt sind oder wenn begründete Zweifel an der Wirksamkeit der angemeldeten Erklärungen oder der Richtigkeit der mitgeteilten Tatsachen bestehen.

#### **Sachverhalt**

Der Antragsteller ist im Handelsregister als alleiniger Geschäftsführer einer GmbH eingetragen. Sämtliche Geschäftsanteile werden von einer amerikanischen Gesellschaft gehalten. Mit Telefaxschreiben vom 25.11.2009 erklärte der Antragsteller, sein Amt als Geschäftsführer mit Wirkung ab Eintragung im Handelsregister niederzulegen. Mit Faxschreiben vom 8.12.2009 bestätigte ein Mitarbeiter der Gesellschafterin unter deren Firma den Zugang der Erklärung. Das Handelsregister lehnte die Eintragung der Niederlegung ab und verlangte die Vorlage einer Urkunde zum Nachweis des Zugangs der Amtsniederlegungserklärung bei einem Vertretungsberechtigten der Gesellschafterin. Die hiergegen gerichtete Beschwerde hatte keinen Erfolg.

#### **Entscheidung**

Der Bundesgerichtshof (BGH) gab jedoch dem Antragsteller Recht und wies das Untergericht an, die Amtsniederlegung antragsgemäß ins Handelsregister einzutragen. Die Vorgerichte hatten an den Zugang der Amtsniederlegung ebenso wie an dessen Nachweis zu hohe Anforderungen gestellt. Das Registergericht hat grundsätzlich nur darüber zu wachen, dass die Eintragungen den gesetzlichen Erfordernissen und der tatsächlichen Rechtslage entsprechen. Die Niederlegung des Amtes eines GmbH-Geschäftsführers ist dann wirksam, wenn sie mindestens einem Gesellschafter zugegangen ist. Ob eine Willenserklärung einem Empfänger mit Sitz im Ausland zugeht, beurteilt sich nach dem Ortsrecht des Abgabeorts. Für die Amtsniederlegungserklärung gelten somit die allgemeinen Regeln über den Zugang von Willenserklärungen. Wird die Amtsniederlegungserklärung unter Abwesenden abgegeben, wird sie mit ihrem Zugang wirksam. Bei einer Übermittlung der Erklärung über Telefax ist sie zugegangen, wenn der Druckvorgang am Empfängergerät abgeschlossen ist und dem Empfänger eine Kenntnisnahme möglich ist.

#### **Konsequenz**

Der Anmeldung der Niederlegung des Geschäftsführeramtes sind die Urkunden über die Beendigung in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen. Die streitige Frage, ob der Zugang der Amtsniederlegung urkundlich nachzuweisen ist, bleibt auch nach dieser Entscheidung weiterhin ungeklärt.

### **32. Kein zwangsläufiger Gestaltungsmissbrauch bei inkongruenter Gewinnausschüttung**

#### **Kernaussage**

Ein Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten liegt nicht zwangsläufig vor, wenn anlässlich einer unentgeltlichen Übertragung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft eine Gewinnausschüttung ausschließlich zugunsten des ausscheidenden Gesellschafters erfolgt.

#### **Sachverhalt**

Die Klägerin hielt eine Beteiligung von 40 % am Stammkapital einer GmbH. Im September 2000 übertrug sie ihren Geschäftsanteil unentgeltlich auf ihren Mitgesellschafter. In der gleichen notariellen Urkunde wurde eine Sat-

zungsänderung dahingehend beschlossen, dass durch Beschluss eine von der Höhe der Beteiligungen abweichende Gewinnverteilung erfolgen kann. Sodann wurde ausgehend von einem in der Vergangenheit thesaurierten Gewinn der GmbH eine Gewinnausschüttung ausschließlich zugunsten der Klägerin in Höhe von 1,1 Mio. EUR beschlossen. Anlässlich einer Betriebsprüfung bei der GmbH vertrat das beklagte Finanzamt die Auffassung, es handle sich um eine inkongruente Gewinnausschüttung, die sich als Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten darstelle. Die Anteilsübertragung sei eine entgeltliche Übertragung, so dass sich bei der Klägerin ein Veräußerungsgewinn realisiere. Die Klägerin meinte hingegen, dass unter wirtschaftlicher Betrachtung der auf sie entfallende Teil der offenen Rücklagen mit ausgeschüttet worden sei.

#### **Entscheidung**

Das Finanzgericht gab der Klage statt. Die GmbH hat an die Klägerin Gewinne ausgeschüttet, die von der Klägerin als Einkünfte aus Kapitalvermögen zu versteuern sind. Ein Missbrauch von Gestaltungsmitteln liegt nur dann vor, wenn die gewählte Gestaltung nach den Wertungen des Gesetzgebers, die den jeweils maßgeblichen steuerrechtlichen Vorschriften zu Grunde liegen, der Steuerumgehung dient, ansonsten aber nicht. Die im Streitfall gewählte Rechtsgestaltung war weder in ihren einzelnen Schritten noch insgesamt als unangemessen zu beurteilen. Die Gesellschafterversammlung hatte gesellschaftsrechtlich zulässig eine von den Beteiligungsverhältnissen abweichende Gewinnausschüttung beschlossen. Die Ausschüttung erfolgte der Höhe nach entsprechend der Beteiligung an den thesaurierten Gewinnen der Vergangenheit, so dass die Ausschüttung allenfalls zeitlich inkongruent sein konnte.

#### **Konsequenz**

Jeder Steuerpflichtige hat das Recht, seine Angelegenheiten steueroptimal zu gestalten. Das Recht wird durch die Regelungen der Abgabenordnung (AO) und die weitgehende Auslegung der Finanzverwaltung erheblich eingeschränkt, so dass diese Entscheidung zu begrüßen ist. Aufgrund der anhängigen Revision bleibt nun die Entscheidung des Bundesfinanzhofs abzuwarten.

[Schlussformel]

Für Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen