

## Newsletter Oktober 2013

### Inhalt

<b>Privatbereich</b> .....	2
1. Zweitwohnung näher am Familienheim als am Arbeitsplatz: was nun? .....	2
2. Keine Bescheidänderung trotz nachträglicher Erteilung einer Spendenbescheinigung .....	2
3. Werbungskosten bei beruflich veranlasster Krankheit .....	3
4. Abtretung ändert öffentlich-rechtliche Rechtsnatur der abgetretenen Forderung nicht .....	3
5. Zur Feststellung des Grundbesitzwertes für Schenkungsteuerzwecke .....	4
6. Ausschließliche Ersatzerbeinsetzung ist keine Nacherbeinsetzung .....	4
7. Zur Nichtigkeit eines Bedarfswertbescheids .....	5
8. Miteigentumsfiktion bei Zwangsvollstreckung aus Erbrecht .....	5
9. Probezeitkündigung am 1. Tag wegen Zigarettengeruchs unwirksam .....	6
10. Vorabverwaltungsgebühr als Umgehung des Werbungskosten-Abzugsverbots .....	7
11. Dienstwagen: 1 %-Regel trotz fehlender Privatnutzung? .....	7
12. Einbeziehung von abgefundenen Erbprätendenten in Gewinnfeststellung .....	8
13. Kein Abzug von Strafverteidigerkosten als außergewöhnliche Belastungen .....	9
14. Wann dürfen Medikamente steuerlich geltend gemacht werden? .....	9
15. Abfindung für Verzicht auf Pflichtteil ist nicht als Zuwendung beststeuerbar .....	10
<b>Unternehmer und Freiberufler</b> .....	10
1. Neues zur Geschäftsveräußerung im Ganzen .....	10
2. Porto, durchlaufender Posten oder Entgelt? .....	11
3. Vorsteuervergütung: Neue Länderlisten .....	11
4. Vorsteuerberichtigung bei Umlaufvermögen .....	12
5. Demnächst Organschaft auch für Personengesellschaften? .....	12
6. Wie ist ein Liquidationsverlust steuerlich zu beurteilen? .....	13
7. Grunderwerbsteuer: Rohbaukauf mit anschließendem Innenausbau .....	14
8. Voraussetzungen für Einfirmenvertreterschaft .....	14
9. Fahrergestellung führt zu lohnsteuerrechtlich erheblichem Vorteil .....	15
10. Wann ist eine GmbH nach Eigenkapitalersatzrecht überlassungsunwürdig? .....	15
11. Haftung des Alleingeschafters nach Zustimmung des Finanzamts zum Insolvenzplan .....	16
12. § 613a: Freiwerden von Tarifbindung bei Betriebsübergang .....	17
13. Arbeitgeber darf Hund im Büro verbieten .....	17
14. Keine Heilung v. Ermessensfehlern bei erstmaliger Ermessenserwägung .....	18
15. Betriebsbedingte Kündigung trotz freien Arbeitsplatzes im Ausland? .....	18
16. Nachträgliche Herstellungskosten auch bei nicht genutzter Fläche .....	19
17. Keine Bilanzierungspflicht bei Realteilung einer Freiberufler-GbR .....	19
18. Dokumentationspflicht für Verrechnungspreise ist europarechtskonform .....	20
19. Rechnungsabgrenzungsposten für Handy-Subventionen .....	21
20. Kein Anspruch auf bestimmten rechtmäßigen Inhalt einer verbindlichen Auskunft .....	21
<b>GmbH-Gesellschafter/-Geschäftsführer</b> .....	22
1. Zufluss von Urlaubs- und Weihnachtsgeld als Arbeitslohn bei Aufhebung der Zusage an einen Gesellschafter-Geschäftsführer .....	22

**Privatbereich****1. Zweitwohnung näher am Familienheim als am Arbeitsplatz: was nun?****Kernaussage**

Für die Annahme einer Zweitwohnung am Beschäftigungsort ist nicht allein die Entfernung zur Arbeitsstätte ausschlaggebend. Entscheidend ist, dass die Zweitwohnung im Einzugsbereich der Arbeitsstätte liegt.

**Sachverhalt**

Der klagende Universitätsprofessor unterhielt eine Zweitwohnung, die 83 km von seiner Arbeitsstätte und 47 km vom Familienwohnsitz entfernt lag. Zudem befanden sich im Umkreis von 4 km zur Zweitwohnung 2 Bibliotheken, deren Ausstattung für die Arbeit des Klägers von großer Bedeutung war. Die gute Autobahnanbindung von der Zweitwohnung zur Arbeitsstätte ermöglichte das Erreichen der Arbeitsstätte in weniger als einer Stunde. Die Aufwendungen für doppelte Haushaltsführung machte der Kläger in den Einkommensteuererklärungen 2010 und 2011 als Werbungskosten geltend. Diese wurden vom Finanzamt nicht berücksichtigt, da der Familienwohnsitz näher an der Zweitwohnung lag als die Arbeitsstätte. Hiergegen klagte der Professor vor dem Finanzgericht.

**Entscheidung**

Das Finanzgericht (FG) entschied für den Kläger, ließ aber die Revision zu. Zur Begründung führten die Richter aus, dass der Beschäftigungsort auch das Einzugsgebiet umfasst. Entscheidend ist, dass die Arbeitsstätte in zumutbarer Weise zu erreichen ist und dies vom Familienwohnsitz aus nicht möglich ist. Vorliegend war dies der Fall, da der Kläger durch die gute Verkehrsanbindung von dem Zweitwohnsitz aus weniger als eine Stunde für eine Fahrt zur Arbeitsstätte benötigte, vom Familienwohnsitz aber mehr als 2 Stunden. Zudem hatte der Kläger durch die Nähe zu den Bibliotheken einen weiteren gewichtigen beruflichen Vorteil am Zweitwohnsitz. Die Häufigkeit des Aufsuchens der Bibliotheken ist nicht relevant.

**Konsequenz**

Es bleibt abzuwarten, ob die Entscheidung vor dem Bundesfinanzhof (BFH) Bestand hat. Insgesamt überzeugt jedoch, dass solche Wohnungen im Rahmen der doppelten Haushaltsführung nach Ansicht des Finanzgerichts steuerlich anerkannt werden, die auch bei großer Entfernung in zumutbarer Zeit eine Fahrt zum Arbeitsplatz ermöglichen.

**2. Keine Bescheidänderung trotz nachträglicher Erteilung einer Spendenbescheinigung****Kernaussage**

Ein bestandskräftiger Bescheid für das Jahr 2004 kann nicht aufgrund einer Spendenbescheinigung geändert werden, die erst nach Erlass des Bescheids im Jahr 2008 ausgestellt wurde.

**Sachverhalt**

Die Klägerin machte in ihrer Einkommensteuererklärung 2004 Spenden geltend. Da die Höchstbeträge für den Spendenabzug überschritten wurden, erließ das Finanzamt einen Bescheid über die gesonderte Feststellung des Großspendenvortrags, der bestandskräftig wurde. Später reichte die Klägerin im Jahr 2008 für 2004 erteilte Spendenbescheinigungen ein. Das Finanzamt verweigerte eine Änderung. Hiergegen klagte die Klägerin vor dem Finanzgericht.

**Entscheidung**

Das Finanzgericht wies die Klage ab, lies aber die Revision zum Bundesfinanzhof (BFH) zu. Der Feststellungsbescheid über den Großspendenvortrag konnte nicht wegen neuer Tatsachen oder Beweismittel (§ 173 AO) geändert werden. Denn bei der nachträglichen Spendenbescheinigung handelt es sich nicht um ein nachträglich bekannt gewordenes Beweismittel, da es ursprünglich noch gar nicht vorlag. Die nachträglich bekannt gewordene Tatsache der Zahlung genügt nicht allein für eine Korrektur nach der betreffenden Vorschrift der Abgabenordnung (AO), da eine Spendenbescheinigung für eine niedrigere Steuer hinzukommen muss, die jedoch ursprünglich nicht vorlag. Eine Änderung wegen sonstiger Ereignisse (§ 175 AO) schied ebenfalls aus, da diese Vorschrift ausdrücklich normiert, dass die nachträgliche Erteilung oder Vorlage einer Bescheinigung oder Bestätigung nicht als rückwirkendes Ereignis gilt. Nach Auffassung des Finanzgerichts verstößt diese Norm auch nicht gegen Europarecht. In der Entscheidung "Meilicke II" hatte der Europäische Gerichtshof (EuGH) zum Effektivitätsgrundsatz

ausgeführt, dass ein europarechtlicher Verstoß vorliegt, wenn eine nationale Regelung rückwirkend und ohne Übergangsregelung die Durchsetzung europarechtlicher geschützter Werte verwehrt. Dies war hier nicht der Fall, da die Neuregelung des § 175 Abs. 2 Satz 2 AO bei Abgabe der Steuererklärung schon bekannt war. Im Übrigen lag auch ein reiner Inlandssachverhalt vor, den das Unionsrecht nicht betraf.

## **Konsequenz**

Nach der Abgabenordnung ist bei der Korrektur von Steuerbescheiden die Einordnung (neue Tatsachen/Beweismittel bzw. rückwirkende Ereignisse) entscheidend. Ausdrücklich geregelt wird, dass mit nachträglichen Bescheinigungen, auch wenn es sich um rückwirkende Ereignisse handelt, keine Änderung herbeigeführt werden kann.

### **3. Werbungskosten bei beruflich veranlasster Krankheit**

#### **Kernaussage**

Werbungskosten sind beruflich veranlasst, wenn ein objektiver Zusammenhang mit dem Beruf besteht und Aufwendungen subjektiv zur Förderung des Berufs getätigt werden. Aufwendungen zur Wiederherstellung der Gesundheit können dann beruflich veranlasst sein, wenn es sich um eine typische Berufskrankheit handelt oder der Zusammenhang zwischen der Erkrankung und dem Beruf eindeutig feststeht.

#### **Sachverhalt**

Die Klägerin ist eine nichtselbstständige, als Geigerin tätige Berufsmusikerin. Mit ihrer Einkommensteuererklärung 2009 machte sie 2.516 EUR für Krankengymnastik und eine Bewegungsschulung (Dispokinese) als Werbungskosten geltend. Das Finanzamt berücksichtigte die Krankengymnastik als außergewöhnliche Belastung, eine Berücksichtigung der Dispokinese wurde abgelehnt. Hiergegen führt die Klägerin an, dass sie durch die Einschränkungen im Schulterbereich nicht ihrer Erwerbstätigkeit als Berufsmusikerin nachgehen können und dass die Dispokinese eine Fortbildungsmaßnahme sei, die der ganzheitlich orientierten Schulung zur Verbesserung der Haltung, Bewegung sowie der Erfahrungs- und Bewusstseinsprozesse und damit der Spiel- und Ausdrucksfähigkeit professioneller Musiker diene. Das Finanzgericht wies die Klage der Geigerin ab. Hiergegen ging die Geigerin in Revision und hatte Erfolg.

#### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof (BFH) hob das Urteil des Finanzgerichts auf und verwies die Sache zur erneuten Entscheidung zurück. Werbungskosten liegen nach Ansicht des BFH vor, wenn sie durch den Beruf oder durch die Erzielung steuerpflichtiger Einnahmen veranlasst sind. Sie sind beruflich veranlasst, wenn ein objektiver Zusammenhang mit dem Beruf besteht und die Aufwendungen subjektiv zur Förderung des Berufs getätigt werden. Unabhängig davon, ob es sich hier um Fortbildungsmaßnahmen handelt, können Aufwendungen zur Wiederherstellung der Gesundheit beruflich veranlasst und damit als Werbungskosten abziehbar sein, wenn es sich um eine typische Berufskrankheit handelt oder der Zusammenhang zwischen der Erkrankung und dem Beruf eindeutig feststeht.

#### **Konsequenz**

Das Finanzgericht wird nun durch ein Sachverständigengutachten feststellen müssen, ob die Dispokinese als Fortbildungsmaßnahme oder unter dem Gesichtspunkt der typischen Berufskrankheit als Werbungskosten abziehbar ist.

### **4. Abtretung ändert öffentlich-rechtliche Rechtsnatur der abgetretenen Forderung nicht**

#### **Kernaussage**

Die Abtretung einer Forderung vermag die öffentlich-rechtliche Rechtsnatur der abgetretenen Forderung nicht zu ändern und den Zivilrechtsweg zu eröffnen. Der für den Besoldungsanspruch des Beamten nach dem Beamtenrechtsrahmengesetz gegebene Verwaltungsrechtsweg bleibt daher auch nach der Abtretung des Besoldungsanspruchs für den Rechtsstreit des Zessionars gegen den Dienstherrn als Drittschuldner eröffnet.

#### **Sachverhalt**

Die Klägerin, ein Kreditinstitut, macht mit der vor dem Amtsgericht erhobenen Klage aus abgetretenem Recht Besoldungsansprüche eines Beamten des beklagten Landes in Höhe der Restforderung aus einem Darlehensvertrag geltend. Über das Vermögen des Beamten wurde das vorläufige Insolvenzverfahren eröffnet und ein Treuhänder bestellt. Dieser vertrat die Auffassung, dass die Abtretung der

Besoldungsansprüche unwirksam sei. Daraufhin zahlte der Beklagte die pfändbaren Bezüge an den Treuhänder aus, weshalb die Klägerin Klage erhob. Das Amtsgericht hat den Rechtsstreit zu den Verwaltungsgerichten verwiesen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Klägerin, die meint, dass der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet sei.

## **Entscheidung**

Der Bundesgerichtshof (BGH) wies die Rechtsbeschwerde zurück, weil der Verwaltungsrechtsweg für den geltend gemachten Anspruch eröffnet ist. Durch die Abtretung der pfändbaren Gehaltsanteile eines Beamten ändert sich nicht an dem Charakter des abgetretenen Anspruchs. Das Rechtsverhältnis, aus dem der Anspruch hergeleitet wird, ist weiterhin das öffentlich-rechtliche Beamtenverhältnis. Die Abtretung der Forderung vermag die öffentlich-rechtliche Rechtsnatur der abgetretenen Forderung nicht zu ändern und den Zivilrechtsweg zu eröffnen. Es hat lediglich ein Gläubigeraustausch stattgefunden, d. h. die Klägerin ist an die Stelle des Beamten getreten. Auch ist unerheblich, welche Einwendungen der Beklagte erhebt. Ob sich diese aus bürgerlich-rechtlichen oder aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften ergeben, spielt für den Rechtsweg keine Rolle.

## **Konsequenz**

Bei Beamten gibt es in Bezug auf die Lohnabtretung eine Besonderheit. Nach der einschlägigen gesetzlichen Bestimmung (§ 411 BGB) gelten den Zahlstellen der Beamten Lohnabtretungen als nicht bekannt, sofern diese nicht beurkundet sind. Aus diesem Grunde sollte die Abtretung von Besoldungsansprüchen notariell beurkundet werden.

## **5. Zur Feststellung des Grundbesitzwertes für Schenkungsteuerzwecke**

### **Kernaussage**

Das Lagefinanzamt ist für die Feststellung des Grundbesitzwertes zuständig und dies nur auf Anfrage des Erbschaftsteuerfinanzamtes hin. Dieses entscheidet mithin, ob ein Feststellungsbescheid zu erlassen ist.

### **Sachverhalt**

Streitig ist, ob Aussetzung der Vollziehung zu gewähren ist. Die Bewertungsstelle des Lagefinanzamts stellte den Grundbesitzwert für eine wirtschaftliche Einheit aufgrund einer Anfrage der Betriebsprüfungsstelle des Finanzamts fest. Die Betriebsprüfungsstelle wurde durch das für die Erbschaft- und Schenkungsteuer zuständige weitere Finanzamt beauftragt. Dieser Prüfungsauftrag beinhaltet die Befugnis zur Erteilung von Prüfungsanordnungen. Aus diesem Grunde ist das Lagefinanzamt der Auffassung, dass die Betriebsprüfungsstelle wegen der vorliegenden Auftragsprüfung berechtigt sei, eine Anfrage zur Feststellung von Grundbesitzwerten an die Bewertungsstelle zu richten.

### **Entscheidung**

Die Aussetzung der Vollziehung ist anzuordnen, da vorliegend ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Steuerbescheids bestehen. Die Grundbesitzwerte sind gesondert festzustellen, wenn die Werte für die Erbschaftsteuer oder eine andere Feststellung von Bedeutung sind. Für das Lage- bzw. Feststellungsfinanzamt ist die Wertfeststellung nur dann erforderlich, wenn ein Finanzamt um die Feststellung zum Zwecke einer beabsichtigten Steuerfestsetzung nachsucht. Das bedeutet, dass die Entscheidung, ob ein Feststellungsbescheid zu erlassen ist, nicht bei dem Lage- bzw. Feststellungsfinanzamt liegt, sondern bei dem dafür zuständigen Finanzamt, das ist bei Schenkungen das Erbschaftsteuerfinanzamt. Im Streitfall liegt allerdings eine Anfrage der Betriebsprüfungsstelle des unzuständigen Finanzamts vor.

### **Konsequenz**

Die Bedarfswertfeststellungen der Lagefinanzämter entfalten in Bezug auf die Grundbesitzwerte für die Erbschaft- und Schenkungsteuer als Grundlagenbescheide Bindungswirkung. Entsprechend erscheint es als logische Konsequenz, dass die Entscheidung, ob ein Feststellungsbescheid zu erlassen ist, dem Erbschaftsteuerfinanzamt obliegt.

## **6. Ausschließliche Ersatzerbeinsetzung ist keine Nacherbeinsetzung**

### **Kernfrage**

Testamente müssen, insbesondere dann, wenn sie privatschriftlich und ohne Beratung verfasst worden sind, entsprechend dem tatsächlichen Erblasserwillen, der gegebenenfalls durch Nachforschung zu ermitteln ist, ausgelegt werden. Das Oberlandesgericht (OLG) Hamm hatte im Rahmen eines Erbscheinsverfahrens die Grenzen dieser Auslegungsfähigkeit zu bestimmen.

## **Sachverhalt**

Die Mutter von 4 Kindern hatte in einem eigenhändig verfassten Testament ihre ältesten Sohn zum Alleinerben eingesetzt. Darüber hinaus enthielt das Testament die Regelung, dass der zweitälteste Sohn Ersatzerbe werden solle, wenn der älteste Sohn kinderlos versterben sollte. Die Mutter wurde zunächst vom ältesten Sohn beerbt, der keine Kinder hatte. Nach dem Tode des ältesten Sohns beantragte der Zweitälteste einen Erbschein, der ihn als Nacherbe nach der Mutter auswies. Diesen Erbscheinsantrag lehnte das OLG Hamm ab.

## **Entscheidung**

Die Ersatzerbeinsetzung des zweitältesten Sohnes könne nicht in eine Nacherbeinsetzung (und damit verbunden in einer Vorerbeinsetzung des ältesten Sohnes) umgedeutet werden. Ohne weitere Anhaltspunkte im Testament, insbesondere ohne dem ersten Erben auferlegte Verfügungsbeschränkungen, müsse davon ausgegangen werden, dass selbst der rechtliche Laie unter einer Ersatzerbeinsetzung lediglich eine Erbeinsetzung für den Fall verstehe, dass der eigentliche Erbe im Erbfall nicht vorhanden war. Dies war aber nicht der Fall. Der älteste Sohn war Erbe nach der Mutter geworden; und zwar als Vollerbe. Für seine Einsetzung als Vorerbe bestand kein Indiz.

## **Konsequenz**

Die Entscheidung zeigt die Probleme, die bei privatschriftlichen Testamenten auftreten können. Hätte der Zweitälteste Sohn Recht bekommen, wäre er alleiniger Nacherbe bezogen auf das Vermögen geworden, das der Älteste von seiner Mutter geerbt hatte. Nunmehr kommt es nach dem ältesten Sohn zur gesetzlichen Erbfolge; und zwar nicht nur bezogen auf das Vermögen des Sohnes, sondern auf bezogen auf den Nachlass der Mutter, der im Vermögen des Ältesten aufgegangen ist.

## 7. **Zur Nichtigkeit eines Bedarfswertbescheids**

### **Kernaussage**

Ein Bescheid über die Feststellung des Grundbesitzwerts für Erbschaftsteuerzwecke muss alle Miterben bezeichnen. Nennt er als Inhaltsadressatin lediglich eine Erbengemeinschaft, ist er nichtig.

### **Sachverhalt**

Die Kläger sind Mitglieder einer Erbengemeinschaft. Das beklagte Finanzamt bewertete das zum Nachlass gehörende Grundstück und stellte den Grundbesitzwert einheitlich und gesondert fest. Der Bescheid erging "mit Wirkung für und gegen die Erbengemeinschaft und alle Miterben". Er wurde gegenüber der Ehefrau des Erblassers und zwar als Empfangsbevollmächtigte der Erbengemeinschaft bekannt gegeben. Die Kläger sind der Auffassung, dass der Bescheid nichtig sei, denn es sei nicht ersichtlich, aus welchen Miterben die Erbengemeinschaft bestehe. Zudem sei der Bescheid nicht gegenüber allen Inhaltsadressaten bekannt gegeben. Das Finanzgericht gab der Klage statt, ließ aber die Revision zum Bundesfinanzhof (BFH) wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache zu.

### **Entscheidung**

Die Angabe des Inhaltsadressaten ist ein konstituierender Bestandteil jedes Verwaltungsaktes. Ist die Angabe nicht hinreichend bestimmt, ist der Verwaltungsakt nichtig. Zwar ist die Erbengemeinschaft vorliegend Feststellungsbeteiligte gemäß den Vorschriften zum Bewertungsgesetz geworden; das macht sie aber nicht zugleich zum Inhaltsadressaten. Denn die Zurechnung des Grundstücks zur Erbengemeinschaft erfolgt lediglich deshalb, weil die Erbquote nicht vom Lagefinanzamt, sondern vom Erbschaftsteuerfinanzamt zu ermitteln ist. Die Erbengemeinschaft hat verfahrensrechtlich keine Beteiligtenstellung und auch nicht die damit verbundene Rechtsbehelfsbefugnis. Sie ist rechtlich ein "Nullum", denn sie ist nicht handlungsfähig im Sinne der Abgabenordnung. Vorliegend ist der Inhaltsadressat somit nicht ausreichend bezeichnet und der Bescheid daher nichtig.

### **Konsequenz**

Das vorliegende Urteil verdeutlicht, dass bei einer Mehrheit von Adressaten stets zu überprüfen ist, ob der Inhaltsadressat des Bescheids zutreffend und hinreichend bezeichnet wurde.

## 8. **Miteigentumsfiktion bei Zwangsvollstreckung aus Erbrecht**

### **Kernfrage**

Das Erbrecht eröffnet Ansprüche des erbrechtlichen Anspruchsinhabers gegen den Empfänger einer Schenkung; und zwar dergestalt, dass der Schenkungsempfänger verpflichtet ist, die erbrechtlichen Ansprüche aus dem Geschenk heraus zu bedienen. Insbesondere dann, wenn die Schenkung dazu geführt

hat, dass beim Schenkungsempfänger Alleineigentum entstanden ist, stellt sich die Frage, ob der Schenkungsgegenstand, den der Schenkungsempfänger zur Bedienung der erbrechtlichen Ansprüche einsetzen muss, überhaupt noch vorhanden ist. Deutlich wird dies bei Grundstücken, wenn ein Miteigentumsanteil an einen Miteigentümer geschenkt wird. Im Grundbuch werden dann nämlich die Miteigentumsanteile gelöscht und lediglich noch Alleineigentum ausgewiesen. In dieser Konstellation hatte der Bundesgerichtshof (BGH) jetzt über die Zulässigkeit von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zu entscheiden.

## **Sachverhalt**

Ein Pflichtteilsberechtigter hatte gegen einen Schenkungsempfänger ein Urteil erstritten, dass ihm Zahlungsansprüche zusprach. Diese Zahlungsansprüche, die daraus resultierten, dass der Erblasser dem Schenkungsempfänger einen halben Miteigentumsanteil an einem Grundstück geschenkt hatte, wodurch der Schenkungsempfänger Alleineigentümer geworden war, wollte der Pflichtteilsberechtigte durch Eintragung einer Sicherungshypothek an dem geschenkten halben Miteigentumsanteil sichern. Das Grundbuchamt lehnte die Eintragung der Sicherungshypothek aber deshalb ab, weil der Miteigentumsanteil, dessen Verwertung der Schenkungsempfänger hätte dulden müssen, nicht mehr vorhanden war, nach dem jetzt Alleineigentum bestand.

## **Entscheidung**

Der BGH entschied nun, dass für Zwecke der Zwangsvollstreckung des erbrechtlichen Anspruchsinhabers das Fortbestehen des Miteigentumsanteils, in den die Zwangsvollstreckung zulässig gewesen wäre, wenn er nicht durch Vereinigung "untergegangen" wäre, fingiert wird, um die Zwangsvollstreckung zu ermöglichen. Begründung hierfür sei, dass eine solche Zwangsvollstreckung darauf gerichtet sei, die Zwangsvollstreckung als solche zu dulden.

## **Konsequenz**

Die Konsequenzen der Entscheidung können weitreichend sein, weil die Zwangsvollstreckung in einer vergleichbaren Grundbuch- bzw. Eigentumssituation nicht zwingend aus erbrechtlichen Ansprüchen erfolgen muss. Entscheidend ist, dass der BGH abweichend von der Eigentums- und Grundbuchlage eine dingliche Rechtsposition fingiert.

## 9. **Probezeitkündigung am 1. Tag wegen Zigarettengeruchs unwirksam**

### **Kernfrage**

Innerhalb der Probezeit können Arbeitsverhältnisse auch ohne Angabe von Gründen und grundsätzlich ohne weitere Begründungspflicht, soweit dies arbeitsvertraglich vereinbart worden ist, jedenfalls innerhalb der gesetzlichen Frist von 2 Wochen beendet werden. Allerdings kann eine solche Probezeitkündigung mit Kündigungsschutzklage angegriffen werden, wobei das Gericht die Kündigung dann nur darauf hin überprüfen kann, ob die Kündigung willkürlich ist bzw. gegen Treu und Glauben verstößt. Einen solchen Fall hat jetzt das Arbeitsgericht Saarlouis entschieden.

### **Sachverhalt**

Der Arbeitnehmer war unter Hinweis auf ein bestehendes Rauchverbot eingestellt worden. Als er zu seinem ersten Arbeitstag erschien, rauchte er vor Arbeitsantritt außerhalb des Betriebs noch eine Zigarette. Bei Arbeitsantritt wurde er vom Geschäftsführer danach gefragt, ob er bereits geraucht habe. Diese Frage beantwortete der Arbeitnehmer wahrheitsgemäß und erhielt nach 2 Stunden die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses in der Probezeit.

### **Entscheidung**

Der gegen die Kündigung gerichteten Kündigungsschutzklage entsprach das Arbeitsgericht Saarlouis. Zwar sei die Kündigung als Probezeitkündigung grundsätzlich außerhalb des Kündigungsschutzgesetz zulässig, sie verstoße aber gegen die Grundsätze aus Treu und Glauben. Zum einen habe der Arbeitnehmer sich an die Vorgaben des geltenden Rauchverbots am Arbeitsplatz gehalten, zum anderen und dies sei entscheidend, sei auch das Probearbeitsverhältnis auf eine dauerhafte Zusammenarbeit angelegt. Aus diesem Grund hätte der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Gelegenheit geben müssen, sein Verhalten zu ändern.

## **Konsequenz**

Die Entscheidung ist zutreffend. Unabhängig davon, ob ein Arbeitgeber nicht rauchende Mitarbeiter bevorzugt, kann ein Probezeit-Arbeitsverhältnis, ohne dass es zu einer echten Pflichtverletzung gekommen wäre, nicht nach 2 Stunden beendet werden. Es bleibt abzuwarten, ob die Berufung gegen das Urteil zum Landesarbeitsgericht geführt wird.

## 10. **Vorabverwaltungsgebühr als Umgehung des Werbungskosten-Abzugsverbots**

### **Kernproblem**

Zum Jahr 2009 wurde die Abgeltungssteuer auf private Kapitalerträge eingeführt. Für viele hat die Abgeltungssteuer Vorteile gebracht, insbesondere wenn der persönliche Steuersatz höher als der Abgeltungssteuersatz von 25 % ist. Für andere verbleibt im Rahmen der Einkommensteuererklärung eine Veranlagungsoption. Einen großen Nachteil hat die Einführung jedoch mit sich gebracht: Ein Abzug tatsächlicher Werbungskosten ist nicht mehr möglich. Lediglich der Sparer-Pauschbetrag von 801 EUR je Person ist abzugsfähig. Derzeit mehren sich die Verfahren vor Finanzgerichten, in denen es um den Abzug von Werbungskosten und deren Zurechnung in die Zeit vor oder nach Einführung der Abgeltungssteuer geht.

### **Sachverhalt**

Ein Kapitalanleger hatte im Juni 2007 einen Anlagevertrag abgeschlossen und sich zur Zahlung einer Einmaleinlage und eines monatlichen Anlagebetrages mit Laufzeit über 30 Jahre verpflichtet. Für die Vertragsbindung sollten ihm zum Ende der Laufzeit im Jahr 2037 zusätzlich 18.400 EUR gutgeschrieben werden. Mit der ersten Depoteinzahlung im November 2007 wurde dem Anleger eine Vorabverwaltungsgebühr von 17.339 EUR belastet, die er als Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen geltend machte. Das Finanzamt berücksichtigte die Gebühr nur zeitanteilig für 1 Jahr mit 578 EUR und vertrat die Auffassung, mit dem Anlageprogramm würde überwiegend eine Wertsteigerung angestrebt und die Zahlung der Vorabgebühr sei zur Umgehung (des im Mai 2007 vom Bundestag verabschiedeten) Werbungskostenabzugsverbots geleistet worden.

### **Entscheidung**

Das Niedersächsische Finanzgericht hat die komplette Gebühr zum Werbungskostenabzug zugelassen und einen Gestaltungsmissbrauch verneint. Die Richter verglichen die Üblichkeit der gezahlten Gebühr mit anderen Kapitalanlage- und Versicherungsverträgen (oder Bausparkassen) sowie deren Informationspflichten zur Höhe und Laufzeit der eingeplanten Abschlusskosten. Zudem stehe die zu beurteilende Gebühr nach Auffassung des Finanzgerichts in einem wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Verwaltung der Anlage und diene der Einnahmeerzielung. Eine Kürzung der Aufwendungen mit Verweis auf steuerfreie Vorteile sei nicht zulässig, soweit der Steuerpflichtige einen Einnahmeüberschuss der Kapitalerträge anstrebe. Dagegen sei die Zuordnung zu den Anschaffungsnebenkosten abzulehnen, weil kein konkreter Bezug mit noch zu beschaffenden Kapitalanlagen erkennbar sei.

### **Konsequenz**

Das Urteil steht im Widerspruch zu einer Entscheidung des Finanzgerichts Rheinland-Pfalz, das nicht den Abfluss der Aufwendungen, sondern den Zeitpunkt des Zuflusses der damit zusammenhängenden Kapitalerträge als für die Zuordnung entscheidend ansieht. Mit einer ähnlichen Begründung hat das Finanzgericht Köln zugunsten des Steuerpflichtigen die Aufwendungen einer Selbstanzeige für vor dem Jahr 2009 liegende Kapitalerträge als Werbungskosten zugelassen. Die Revision der Finanzverwaltung zum Urteil aus Niedersachsen ist bereits beim Bundesfinanzhof (BFH) anhängig.

## 11. **Dienstwagen: 1 %-Regel trotz fehlender Privatnutzung?**

### **Kernproblem**

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat in den letzten Monaten die Rechtsprechung zur 1 %-Regel bei der Überlassung von Firmenwagen kräftig durcheinander gewirbelt. Mittlerweile muss zwischen der Behandlung bei Arbeitnehmern (zu denen steuerlich neben den Fremdgeschäftsführern auch Gesellschafter-Geschäftsführer gehören) und den Unternehmern strikt unterschieden werden. Nach neuer Rechtsprechung hat der Unternehmer die Möglichkeit, die Privatnutzung eines betrieblichen Fahrzeugs durch im Status und Gebrauchswert gleichwertige Fahrzeuge des Privatvermögens zu widerlegen. Wir erinnern uns an den Rechtsanwalt, der so die 1 %-Regel bei seinem betrieblichen Sportwagen vermeiden konnte, weil er privat einen Wagen gleichen Fabrikats nutzte. Beim Arbeitnehmer kommt es jetzt nach

einem neuen Urteil auf die tatsächliche Privatnutzung nicht mehr an und erschwert die Lage für den Steuerpflichtigen. Dafür kann sich das Finanzamt nicht mehr darauf berufen, dass der Beweis des ersten Anscheins immer für die Privatnutzung des Dienstwagens spricht.

**Sachverhalt**

Der Geschäftsführer einer Steuerberatungs-GmbH konnte nach seinem Anstellungsvertrag den Dienstwagen auch privat nutzen. Dafür versteuerte die GmbH eine monatliche Kostenpauschale für 250 km als geldwerten Vorteil. Im Rahmen einer Lohnsteuer-Prüfung wurde das vom Geschäftsführer geführte Fahrtenbuch verworfen und die GmbH auf Basis der 1 %-Regel (abzüglich der bisher versteuerten Kostenpauschale) zur Lohnsteuer in Haftung genommen. Der Geschäftsführer verwies darauf, für private Fahrten nur ein Motorrad und das Auto der Lebensgefährtin genutzt zu haben. Nachdem die Berufung auf den Anscheinsbeweis nicht mehr ausreichend ist, konnte man auf die Entscheidung des BFH gespannt sein.

**Entscheidung**

Der BFH änderte hier seine Rechtsprechung: Allein die vom Arbeitgeber gewährte Möglichkeit der Privatnutzung des Dienstwagens führt bei einem Arbeitnehmer zu einem geldwerten Vorteil. Ob der Arbeitnehmer von der Möglichkeit Gebrauch macht, ist dafür unerheblich. Den Vorteil sieht der BFH in der Ersparnis nutzungsunabhängiger Kosten, die ohne das Vorhalten eines betriebsbereiten Fahrzeugs verausgabt werden müssten. Bei solchen Fallgestaltungen kommt es zukünftig nicht mehr darauf an, ob der Arbeitnehmer den Beweis des ersten Anscheins durch einen Gegenbeweis widerlegen kann.

**Konsequenz**

Will man die zuletzt positive Entwicklung beim BFH nutzen und ist eine Privatnutzung des Dienstwagens auch nicht beabsichtigt, darf der Steuerpflichtige dazu auch nicht länger befugt sein. Tut er es dann trotz Verbots und ist zugleich Gesellschafter-Geschäftsführer, liegt kein Arbeitslohn vor, sondern eine verdeckte Gewinnausschüttung. Das hat der BFH in weiteren Entscheidungen ebenso klargestellt und sich gegen die Annahme verwehrt, dass ein Privatnutzungsverbot beim Gesellschafter-Geschäftsführer nur zum Schein ausgesprochen würde.

**12. Einbeziehung von abgefundenen Erbprätendenten in Gewinnfeststellung****Kernaussage**

Oftmals beenden potentiellen Erben des verstorbenen Gesellschafters einer Personengesellschaft einen zwischen ihnen herrschenden Streit darüber, wer als Erbe Gesellschafter geworden ist, durch Vergleich. In diesem Fall erzielt derjenige, der im Vergleich gegen Geld auf die Geltendmachung seiner Rechte verzichtet und nach den Regeln des Gesellschaftsrechts Gesellschafter hätte werden können, einen Veräußerungsgewinn, der bei der Personengesellschaft festgestellt werden muss. Dies hat der Bundesfinanzhof (BFH) aktuell entschieden.

In dem vom BFH zu entscheidenden Fall hatten sich die potentiellen Erben des Gesellschafters einer Personengesellschaft vergleichsweise über die Erbfolge geeinigt. Die Vergleichsbeteiligten, die gegen Entgelt auf ihre Rechtsposition verzichtet hatten, machten geltend, sie seien als Vermächtnisnehmer nicht am Feststellungsverfahren der Personengesellschaft zu beteiligen. Dies sah das Finanzamt anders und bezog die Betroffenen in die Gewinnfeststellung ein.

Anders als das Finanzgericht folgte der BFH der Auffassung des Finanzamtes. Die Abfindungszahlungen hätten die Betroffenen deshalb nicht als Vermächtnisse erhalten, weil ein Vermächtnis nur vom Erblasser eingeräumt und nicht nachträglich durch Vergleich geregelt werden könne. Vielmehr seien die Abfindungen den betroffenen Vergleichsbeteiligten als Veräußerungsgewinne zuzurechnen, weil der entgeltliche Verzicht auf die Durchsetzung ihrer Rechtsposition als vermeintliche Erben wie die Veräußerung eines Mitunternehmeranteils zu behandeln sei. Es gebe keinen vernünftigen Grund dafür, die Abgefundenen anders zu besteuern als einen unangefochtenen Miterben oder Mitgesellschafter, der aus der Gesellschaft gegen Abfindung ausscheide.

Das Verfahren wurde an das Finanzgericht zurückverwiesen, weil noch Unklarheit darüber bestand, ob die vermeintlichen Erben gesellschaftsrechtlich Rechtsnachfolger des verstorbenen Gesellschafters hätten werden können.

**13. Kein Abzug von Strafverteidigerkosten als außergewöhnliche Belastungen****Kernaussage**

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit neuem Urteil die Kosten, die einem wegen einer vorsätzlichen Tat Verurteilten für seine Strafverteidigung entstanden sind, nicht zum Abzug als außergewöhnliche Belastungen zugelassen.

**Sachverhalt**

Der Kläger war rechtskräftig wegen Beihilfe zur Untreue zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 3 Jahren und 9 Monaten verurteilt worden. Er machte seine Rechtsanwaltskosten (ca. 50.000 EUR für 2007 und 160.000 EUR für 2008) steuermindernd geltend. Sie wurden weder vom Finanzamt noch vom Finanzgericht anerkannt; insbesondere auch nicht als außergewöhnliche Belastungen.

**Entscheidung**

Der BFH hat den Abzug der Strafverteidigungskosten als Betriebsausgaben oder Werbungskosten versagt, weil die Tat nicht eindeutig der beruflichen oder sonstigen steuerbaren Sphäre zuzuordnen war. Auch den Abzug als außergewöhnliche Belastungen hat er mit der allgemeinen Meinung verneint. Dem steht nach Ansicht der erkennenden Richter auch die neuere Rechtsprechung des BFH nicht entgegen, wonach sich die Unausweichlichkeit von Prozesskosten daraus ergibt, dass der Steuerpflichtige zur Durchsetzung seines Rechts den Rechtsweg beschreiten muss. Im Streitfall fehlt es aber schon an der Unausweichlichkeit der Aufwendungen. Die Strafverteidigungskosten hat der Kläger gerade wegen seiner rechtskräftigen Verurteilung zu tragen. Die Straftat ist aber nicht unausweichlich.

**Konsequenz**

Das Urteil überzeugt. Die neuere BFH-Rechtsprechung erging zu Zivilprozesskosten. Hier wurde argumentiert, der Steuerpflichtige könne den Prozesskosten wegen des staatlichen Gewaltmonopols, dessen er sich bedienen müsse, nicht ausweichen. Das Argument trägt im Strafverfahren aber nicht, weil es gerade nicht um Situationen geht, in denen der Steuerpflichtige keine andere Wahl hat, als zur Durchsetzung seiner Rechte auf die Gerichte zurückzugreifen, sondern um den umgekehrten Fall: der Beschuldigte, der wissentlich und vorwerfbar gegen die strafbewehrten Regeln des Gemeinwesens verstößt, hat den daraus resultierenden staatlichen Eingriff zu dulden. Soweit seine Rechtsunterworfenheit neben der verhängten Strafe auch zu Kosten führt, hat der Verurteilte diese durch sein Verhalten selbst verursacht und sie deshalb ebenso zu tragen wie er den von ihm verursachten Schaden gegenüber seinem Opfer wiedergutzumachen hat. Es ist nicht Zweck des Abzugs außergewöhnlicher Belastungen, dem Steuerpflichtigen die Kostenlast zu erleichtern, wenn sich ein übernommenes Risiko realisiert.

**14. Wann dürfen Medikamente steuerlich geltend gemacht werden?****Kernaussage**

Eine gut sortierte Hausapotheke ist oftmals der Retter in der Not. Allerdings hat das Finanzgericht (FG) Rheinland-Pfalz aktuell entschieden, dass Medikamente für die Hausapotheke (wie z. B. Schmerzmittel oder Erkältungspräparate) ohne ärztliche Verordnung nicht als sog. "außergewöhnliche Belastungen" steuerlich geltend gemacht werden können.

**Sachverhalt**

Die klagenden Eheleute machten in ihrer Einkommensteuererklärung für 2010 (u. a.) Aufwendungen für Medikamente in Höhe von 1.418,03 EUR als außergewöhnliche Belastungen geltend und führten dazu aus, viele Medikamente würden wegen der Gesundheitsreform nicht mehr verschrieben, obwohl sie notwendig seien. Dies gelte z. B. auch für vorbeugende Medikamente wie Schmerz-, Erkältungs- und Grippemittel. Das Finanzamt berücksichtigte nur die Aufwendungen, für die eine ärztliche Verordnung vorgelegt worden war, die übrigen Kosten (für die ohne Verordnung erworbenen Präparate) erkannte das Finanzamt nicht an. Einspruchs- und Klageverfahren blieben erfolglos.

**Entscheidung**

Auch das Finanzgericht vertrat die Auffassung, dass die Kläger die Zwangsläufigkeit der streitigen Aufwendungen "formalisiert" hätten nachweisen müssen. Denn – so das Finanzgericht – dies sei in der Einkommensteuer-Durchführungsverordnung (EStDV) ausdrücklich angeordnet. Danach habe ein Steuerpflichtiger den Nachweis der Zwangsläufigkeit von Aufwendungen im Krankheitsfall durch eine Verordnung eines Arztes oder Heilpraktikers zu führen. Diese Vorschrift sei zwar erst mit der Verkündung des Steuervereinfachungsgesetzes 2011 in Kraft getreten. Dabei sei aber ausdrücklich

angeordnet worden, dass die Vorschrift in allen Fällen, in denen die Einkommensteuer noch nicht bestandskräftig festgesetzt sei, anzuwenden sei. Die rückwirkende Geltung der Vorschrift auch für die Vergangenheit sei unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden, denn der Gesetzgeber habe insoweit die Rechtslage lediglich so geregelt, wie sie bis zu diesem Zeitpunkt bereits einer gefestigten Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes (BFH) entsprochen habe.

## **Konsequenz**

Einen Steuerbonus für die Hausapotheke gibt es also nicht. Das Urteil ist in der Praxis zu beachten; es ist rechtskräftig. "Außergewöhnlich belastend" und damit steuerlich abziehbar sind nur Kosten für verordnete Arznei- oder Verbandmittel. Das können z. B. sein die Zuzahlung für ein von der Krankenversicherung bezahltes Medikament; der Aufpreis, wenn die Versicherung nur ein günstigeres Medikament bezahlt oder der volle Preis, wenn die Krankenkasse bestimmte Arzneimittel gar nicht zahlt.

## 15. **Abfindung für Verzicht auf Pflichtteil ist nicht als Zuwendung besteuert**

### **Kernfrage**

In besonders gelagerten Ausnahmefällen können Abfindungszahlungen Dritter an einen gesetzlichen Erben, der auf eine erbrechtliche Position verzichtet, wie eine (fiktive) Schenkung des zukünftigen Erblassers an den Abfindungsempfänger angesehen werden. Der Bundesfinanzhof (BFH) hatte nunmehr darüber zu entscheiden, ob die Konstellation einer (fiktiven) Schenkung des zukünftigen Erblassers auch dann Anwendung finden kann, wenn Geschwister untereinander Abfindungszahlungen an den Geschwisterteil leisten, der einen Pflichtteils- und Pflichtteilsverzicht erklärt.

### **Sachverhalt**

Der Kläger hatte in einem notariellen Erbvertrag gegenüber seinen Geschwistern den Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsverzicht gegen eine Abfindungszahlung erklärt, wenn er von der Erbfolge nach der Mutter ausgeschlossen sein sollte. Diese Abfindungszahlungen sollten auch in jedem Fall Bestand haben. Hierin sah die Finanzverwaltung eine fiktive Schenkung der Mutter an den Kläger.

### **Entscheidung**

Der BFH urteilte zugunsten des Klägers. Zwar stellten die Abfindungsleistungen der Geschwister an den Kläger jeweils selbstständige freigiebige Zuwendungen an den Kläger dar; es handele sich aber nicht um eine fiktive Zuwendung der Mutter an den Kläger. Entscheidend hierfür sei insbesondere, dass die Abfindung gerade nicht aus dem Vermögen des zukünftigen Erblassers, sondern des Verzichtsbeginntigten geleistet worden sei, der bei Eintritt des Erbfalls die geleistete Abfindung als Nachlassverbindlichkeit erbschaftsteuerermindernd berücksichtigen könne.

### **Konsequenz**

Verständigen sich die Abkömmlinge untereinander auf den Verzicht erbrechtlicher Ansprüche und leisten hierfür Ausgleichszahlungen, dann werden die schenkungsteuerlichen Konsequenzen ausschließlich im Verhältnis der Abkömmlinge untereinander gezogen; der Erblasser ist hiervon nicht betroffen.

## **Unternehmer und Freiberufler**

### 1. **Neues zur Geschäftsveräußerung im Ganzen**

#### **Kernaussage**

Die Veräußerung eines Grundstückes ist grundsätzlich steuerfrei. Erfolgt der Verkauf an einen Unternehmer, so kann auch zur Umsatzsteuer optiert werden. Diese Rechtsfolgen treten aber nicht ein, wenn es sich bei dem Verkauf um eine Geschäftsveräußerung im Ganzen handelt (GiG), die nicht steuerbar ist. Die Abgrenzung zwischen Geschäftsveräußerung im Ganzen und "normalem" Verkauf bereitet in der Praxis Schwierigkeiten, ist aber wichtig, da die steuerlichen Folgen für den Verkäufer sowie auch für den Erwerber erheblich sein können.

#### **Sachverhalt**

Der Kläger veräußerte ein Grundstück, das er zuvor an ca. 50 Parteien zu gewerblichen bzw. Wohnzwecken vermietet hatte. Hinsichtlich der gewerblichen Mieter hatte der Kläger bei Anschaffung des Grundstückes 3 Jahre zuvor zur Umsatzsteuer optiert und dementsprechend ca. 500.00 EUR Vorsteuern geltend gemacht. In einem zweiten Vertrag mietete der Kläger die gesamte Immobilie vom Erwerber an (Generalmietvertrag). Die Mietverträge zwischen Kläger und Endnutzer wurden nicht

geändert, sie wurden vom Erwerber als Untermietverhältnisse übernommen. Im Gegensatz zum Kläger sah das Finanzamt hierin keine Geschäftsveräußerung im Ganzen, da es an der Übertragung eines Unternehmens fehle, wenn der Kläger die Mietverträge fortführe.

## **Entscheidung**

Dem Finanzgericht Düsseldorf zur Folge liegt keine Geschäftsveräußerung im Ganzen vor. Denn der Erwerber führt das Mietunternehmen des Klägers nicht fort, da umsatzsteuerlich die Mietverhältnisse weiterhin dem Kläger zuzurechnen sind. Dem steht auch nicht entgegen, dass durch den Kaufvertrag die Mietverträge gegebenenfalls zivilrechtlich auf den Erwerber übergegangen sind (§ 566 BGB). Die Vermietung durch den Erwerber stellt zwar auch ein Vermietungsunternehmen dar, aber ein neues zusätzliches, das dem des Klägers nicht ausreichend ähnelt (1 Mieter statt bisher 50 Mieter).

## **Konsequenz**

Das Urteil bestätigt einmal mehr, dass das Umsatzsteuerrecht unabhängig von Wertungen anderer Gesetze, so z. B. dem Zivilrecht ist. Dies macht es für die Praxis nicht einfacher. Insbesondere wenn der Erwerber die Mietverträge nicht 1:1 übernimmt, besteht immer das Risiko, dass keine Geschäftsveräußerung im Ganzen vorliegt. Der Fall liegt nun aber dem Bundesfinanzhof (BFH) vor, so dass abzuwarten bleibt, ob er der Entscheidung des Finanzgerichts folgt.

## **2. Porto, durchlaufender Posten oder Entgelt?**

### **Kernproblem**

Werbeagenturen, Lettershops etc. versenden Briefe, Prospekte, Flyer usw. für ihre Kunden. Dabei wird das Porto zunächst verauslagt und den Kunden anschließend weiterberechnet. Wirtschaftlich stellt das Porto einen durchlaufenden Posten dar. Umsatzsteuerlich hingegen kann es auch einen steuerpflichtigen Bestandteil des Entgelts darstellen.

### **Neue Verwaltungsanweisung**

Nach Ansicht der Oberfinanzdirektion (OFD) Niedersachsen kann das Porto nur als durchlaufender Posten behandelt werden, wenn der Kunde in Rechtsbeziehungen zur Deutschen Post AG tritt. Nach den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Deutschen Post AG bestehen Rechtsbeziehungen zwischen ihr und den auf den Sendungen genannten Absendern. Dementsprechend muss der Kunde als Absender auf dem Brief bzw. Paket aufgeführt sein, damit die Weiterbelastung des Portos auch umsatzsteuerlich als durchlaufender Posten zu behandeln ist. Verwenden die Agenturen einen eigenen Freistempler, so stellt die Weiterbelastung des Portos einen durchlaufenden Posten dar, wenn das Unternehmen in den Stempel das sogenannte "Klischee" des Auftraggebers einsetzt oder auf andere Weise den Kunden, z. B. durch Absenderaufkleber oder Aufdruck des Absenders auf den Umschlag, als eigentlichen Absender kennzeichnet. Kein durchlaufender Posten liegt dagegen vor, wenn die Agentur in ihren Rechnungen die Verauslagung im fremden Namen und auf fremde Rechnung nicht offen legt oder die Agentur Rabatte der Deutschen Post AG nicht an ihre Kunden weitergibt, also mehr Porto weiterbelastet als sie selbst gezahlt hat oder bei Porto von Versandhandelsunternehmen.

### **Konsequenzen**

Betroffene Unternehmen sollten prüfen, ob ihre Deklaration und Rechnungsstellung den Grundsätzen der Verfügung entspricht. Zu beachten ist, dass die generelle Steuerbefreiung der Post mit Wirkung vom 1.7.2010 entfallen ist. Geschäftsbriefe unterliegen daher regelmäßig der Umsatzsteuer. Stellt die Weiterbelastung dann einen durchlaufenden Posten dar, so gilt dies auch für die Umsatzsteuer. In diesem Fall darf nur der Bruttobetrag weiterbelastet und die in diesem Betrag enthaltene Umsatzsteuer nicht gesondert ausgewiesen werden. Wird dies nicht beachtet, so schuldet das versendende Unternehmen diese Umsatzsteuer, zusätzlich zu der Umsatzsteuer, die für die eigene Dienstleistung fällig wird. Den Kunden kann der Vorsteuerabzug aus der Rechnung der Post ermöglicht werden, indem ihnen die Originalrechnung der Post ebenfalls weitergeleitet wird.

## **3. Vorsteuervergütung: Neue Länderlisten**

### **Kernaussage**

Unternehmen, die im Ausland ansässig sind und nicht verpflichtet sind, in Deutschland Voranmeldungen abzugeben, können sich die in Deutschland gezahlte Vorsteuer gegebenenfalls vergüten lassen. Unternehmen aus Mitgliedsstaaten der EU steht dieses Recht grundsätzlich zu. Bei Unternehmen aus anderen Ländern (Drittstaaten) setzt dies jedoch voraus, dass in diesen Ländern entweder deutschen

Unternehmen ein vergleichbares Recht zugestanden wird ("wie Du mir, so ich Dir") oder keine Umsatzsteuer erhoben wird.

## **Neue Verwaltungsanweisung**

Das Bundesfinanzministerium (BMF) hat nun die Länderlisten aktualisiert, aus denen hervorgeht, welche Drittstaaten zur Vergütung der Vorsteuer in Deutschland berechtigt sind und welche nicht. Die Änderungen betreffen Kroatien, Serbien und Belize.

## **Konsequenz**

Unternehmen aus Drittstaaten können anhand der Listen überprüfen, ob ihnen Vorsteuer in Deutschland vergütet wird. Ist dies der Fall, so muss ein entsprechender Antrag bis zum 30.6. des Folgejahres gestellt werden. Besteht mangels Gegenseitigkeit nicht die Möglichkeit, die Vorsteuer zu vergüten, kann diese nur im allgemeinen Besteuerungsverfahren geltend gemacht werden. Hierzu ist es aber nötig, dass das Unternehmen steuerpflichtige Umsätze in Deutschland erbringt und hierfür auch selbst Steuerschuldner ist.

## **4. Vorsteuerberichtigung bei Umlaufvermögen**

### **Kernaussage**

Unternehmer müssen bei Leistungsbezug entscheiden, ob und in welchem Umfang sie den Vorsteuerabzug vornehmen. Entscheidend ist hierbei, ob die beabsichtigte Verwendung zum Vorsteuerabzug berechtigt. Ändern sich diese Voraussetzungen später, so erfolgt i. d. R. eine Korrektur der Vorsteuer über § 15a UStG. Dieser gilt seit dem 1.1.2005 auch für Umlaufvermögen. Beispiel: Ein Unternehmer erwirbt ein Grundstück, um dieses später unter Option zur Umsatzsteuer zu verkaufen. Er macht daher die Vorsteuer aus dem Erwerb geltend. Tatsächlich verkauft er das Grundstück steuerfrei. Folge: Der gesamte ursprüngliche Vorsteuerabzug wird im Zeitpunkt der Veräußerung berichtigt.

### **Neue Verwaltungsanweisung**

Das Bayerische Landesamt für Steuern (LFSt) befasst sich in einer aktuellen Verfügung ausführlich mit der Vorsteuerkorrektur bei Umlaufvermögen. Neben den Grundzügen der Regelung werden auch für die Praxis wichtige Fragen erörtert, so z. B. die Ermittlung der Vorsteuerkorrektur bei Umlaufvermögen, das vom Unternehmen selbst hergestellt wurde.

### **Konsequenzen**

Die Verfügung gibt eine gute Hilfestellung, um derartige Fälle zutreffend zu erfassen. Typische Fallkonstellationen in denen eine Vorsteuerberichtigung bei Umlaufvermögen zu berücksichtigen ist, sind z. B. der Verkauf von Grundstücken des Umlaufvermögens sowie der Wechsel vom Kleinunternehmer bzw. pauschal besteuerten Landwirt zur Regelbesteuerung. Zu beachten ist, dass die Korrektur sich auch zu Gunsten der Unternehmer auswirken kann, so z. B. beim Wechsel vom Kleinunternehmer zur Regelbesteuerung. Dies setzt allerdings voraus, dass im Zeitpunkt des Leistungsbezugs eine ordnungsgemäße Rechnung vorlag und die Leistung dem Unternehmen zugeordnet wurde. D. h., Unternehmer, die sich eine spätere Korrektur der Vorsteuer zu ihren Gunsten offen halten wollen, müssen die Rechnungen im Hinblick auf einen möglichen Vorsteuerabzug prüfen, auch wenn sie diesen noch gar nicht vornehmen können.

## **5. Demnächst Organschaft auch für Personengesellschaften?**

### **Kernaussage**

Ist eine juristische Person finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in ein anderes Unternehmen eingegliedert, so liegt eine Organschaft vor. Das eingegliederte Unternehmen (Organgesellschaft) verliert umsatzsteuerlich seine Selbstständigkeit. Der Organträger tritt dafür in die Stellung der Organgesellschaft ein. Aufgrund der obigen Definition können Personengesellschaften nach dem Umsatzsteuergesetz (UStG) zwar Organträger sein, nicht jedoch Organgesellschaft.

### **Sachverhalt**

Eine bisher als Organgesellschaft anerkannte GmbH wurde in eine GmbH & Co. KG umgewandelt. Das Finanzamt verlangte daraufhin Umsatzsteuer auf die Umsätze der Klägerin an die GmbH & Co. KG, die bis zur Umwandlung nicht steuerbare Innenleistungen darstellten. Hierdurch ergab sich eine Mehrbelastung für den bisherigen Organkreis, da die GmbH & Co. KG ein Altenheim betrieb und nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt war. Der Kläger wehrte sich gegen die Festsetzung mit dem Argument,

dass die im UStG enthaltene Beschränkung der Organschaft auf Kapitalgesellschaften als mögliche Organgesellschaften gegen den in der Mehrwertsteuersystemrichtlinie (MwStSystRL) verankerten Grundsatz der Rechtsformneutralität verstoße.

## **Entscheidung**

Das Finanzgericht München folgt der Argumentation des Klägers. Demnach stellt es die Mehrwertsteuersystemrichtlinie den Mitgliedstaaten zwar frei, ob sie vom Instrument der Organschaft Gebrauch machen, dies rechtfertigt jedoch nicht, dieses Instrument auf juristische Personen als Organgesellschaften zu beschränken.

## **Konsequenz**

Immer wieder bietet die Umsatzsteuer Urteile, die die bisherige Praxis in Frage stellen bzw. über den Haufen werfen; dieses ist ein Solches. Auch wenn zu erwarten ist, dass die Finanzverwaltung das Urteil nicht akzeptieren wird und das Verfahren voraussichtlich erst mit einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) ein Ende finden wird, müssen sich Personengesellschaften, die – abgesehen von der Rechtsform – als Organgesellschaften zu qualifizieren wären, mit dem Urteil auseinandersetzen. Dabei kann das Urteil je nach Fallkonstellation vor- oder nachteilig sein. Vorteile können sich, wie im Fall, ergeben, wenn die Gesellschaft nicht in vollem Umfang zum Vorsteuerabzug berechtigt ist. Nachteile ergeben sich z. B. durch die Ausdehnung der Haftung der Organgesellschaften auf die Umsatzsteuer des Organträgers. Bietet das Urteil Vorteile, müssen die Veranlagungen offen gehalten werden. Ist das Urteil dagegen nachteilig, so besteht kein akuter Handlungsbedarf, die weitere Rechtsentwicklung ist aber zu beobachten.

## **6. Wie ist ein Liquidationsverlust steuerlich zu beurteilen?**

### **Kernaussage**

Das sogenannte Teileinkünfteverfahren gilt auch in Verlustfällen. Zudem wird infolge der Veräußerungsfiktion die dem Gesellschafter zufließende Einnahme wie ein Bezug eines Kaufpreises behandelt. Aus diesem Grunde kann der Liquidationsverlust bei einer Stammkapitalauskehrung unter Anwendung des Teileinkünfteverfahrens auch nur zu 60 % berücksichtigt werden.

### **Sachverhalt**

Die Klägerin war an dem 25.000 EUR betragenden Stammkapital einer GmbH zu einem Drittel beteiligt. Im Jahr 2009 wurde die Auflösung der GmbH beschlossen, weshalb die Auskehrung des sich noch im Gesellschaftsvermögen befindlichen Teils des Stammkapitals erfolgte. Entsprechend ihrer Quote wurden an die Klägerin 3.138 EUR ausgezahlt. Weitere Zahlungen in Form von Dividenden, Ausschüttungen oder sonstigen Rückzahlungen aus dem Stammkapital der GmbH hat die Klägerin nicht erhalten. Sie beantragte bei dem beklagten Finanzamt den vollen Abzug der ihr entstandenen Verluste. Das Finanzamt wandte das Teileinkünfteverfahren an und berücksichtigte einen Verlust nur in Höhe von 60 %. Das Finanzgericht (FG) wies die hiergegen gerichtete Klage ab.

### **Entscheidung**

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung gilt das Teileinkünfteverfahren auch in Verlustfällen. Sofern die Klägerin die Auffassung vertritt, dass jedenfalls eine zurückgezahlte Stammeinlage nicht zu Einnahmen im Sinne des Teileinkünfteverfahrens führen könne, da sich bereits aus allgemeinen Grundsätzen ergebe, dass Kapitalrückzahlungen keine Einnahmen seien, kann dem nicht gefolgt werden. Ein allgemeiner Grundsatz dahingehend, dass eine Einnahme aus der Auflösung einer Kapitalgesellschaft erst dann vorliegt, wenn und soweit der Wert der im Zuge der Auflösung erhaltenen Wirtschaftsgüter das Stammkapital übersteige, lässt sich nicht dem Gesetz entnehmen. Aus diesem Grunde sind die Anschaffungskosten nur zu 60 % abzuziehen.

### **Konsequenz**

Die Revision zum Bundesfinanzhof (BFH) wurde wegen der Bedeutung der Frage der steuerlichen Beurteilung von Kapitalrückzahlungen im Rahmen der Liquidation einer Kapitalgesellschaft zugelassen und bleibt abzuwarten. Betroffene sollten prüfen, ob sie sich auf das vorgenannte finanzgerichtliche Urteil beziehen können und sodann einen Einspruch ruhend stellen.

## 7. Grunderwerbsteuer: Rohbaukauf mit anschließendem Innenausbau

### **Kernaussage**

Für einen objektiv sachlichen Zusammenhang zwischen Grundstückskauf- und Bauvertrag ist es nicht erforderlich, dass das Angebot in einem einheitlichen Schriftstück zu einem einheitlichen Preis unterbreitet wird.

### **Sachverhalt**

Die Klägerin erwarb für 524.850 EUR ein Grundstück inkl. Rohbau von einer GmbH. Die weiteren Ausbaukosten in Höhe von 180.000 EUR wurden vom Finanzamt in die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer miteinbezogen, da man sich mit dem von der GmbH vorgeschlagenen Bauleitungsbüro vor Abschluss des Grundstückskaufvertrags geeinigt hatte. Das Bauleitungsbüro sei bei fast allen Rohbauprojekten der GmbH eingeschaltet worden und habe damit im Ergebnis ein bezugsfertiges Haus erstellt, was wirtschaftlich auch gewollt gewesen sei. Gegen die entsprechend erhöhte Grunderwerbsteuer von 18.369 EUR auf 24.669 EUR klagte die Klägerin.

### **Entscheidung**

Das Finanzgericht hielt die Klage für unbegründet. Grundsätzlich wird die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer aus dem Vertrag über das Grundstück entnommen. Ergibt sich jedoch aus weiteren Vereinbarungen, die mit dem Rechtsgeschäft in einem rechtlichen oder zumindest objektiv sachlichen Zusammenhang stehen, dass der Erwerber das beim Abschluss des Kaufvertrags unbebaute Grundstück in bebautem Zustand erhält, bezieht sich die Grunderwerbsteuer auf den gesamten Erwerbsgegenstand. Dies war hier der Fall. Denn für einen objektiv sachlichen Zusammenhang zwischen Kauf- und Bauvertrag ist es nicht erforderlich, dass das Angebot der Veräußererseite in einem einheitlichen Schriftstück und zu einem einheitlichen Gesamtpreis unterbreitet wird. Ausreichend ist, dass die Veräußererseite das Angebot zur Bebauung des Grundstücks bis zum Abschluss des Grundstückskaufvertrags vorlegt und der Erwerber dieses Angebot im Wesentlichen auch annimmt. Auch die verschiedenen Personen auf der Veräußererseite sind unschädlich, da die GmbH und das Bauleitungsbüro hier wirtschaftlich eng verbunden waren.

### **Konsequenz**

Die versuchte Ersparnis eines Teils der Grunderwerbsteuer ist hier misslungen. Es hat sich gezeigt, dass es darauf ankommt, ob ein objektiv sachlicher Zusammenhang gegeben ist, der anhand von Indizien bestimmt werden kann.

## 8. Voraussetzungen für Einfirmenvertreterschaft

### **Kernaussage**

Ein selbstständiger Handelsvertreter, dem verboten ist, für Konkurrenzunternehmen tätig zu sein und der eine anderweitige Tätigkeit frühestens 21 Tage nach Eingang seiner Anzeige über diese Tätigkeit aufnehmen darf, ist kein so genannter "Einfirmenvertreter" im Sinne der entsprechenden Bestimmung des Handelsgesetzbuches (§ 92 a HGB).

### **Sachverhalt**

Die Klägerin betreibt ein Finanzdienstleistungsunternehmen. Der Beklagte war für sie als Handelsvertreter tätig. Die Klägerin verlangt von ihm die Rückzahlung von Provisionsvorschüssen sowie die Rückzahlung eines Darlehens. Nach dem geschlossenen Handelsvertretervertrag muss der Handelsvertreter die Ausübung einer anderen Erwerbstätigkeit anzeigen und darf diese erst 21 Tage später aufnehmen. Im Übrigen ist ihm nicht erlaubt, für Konkurrenzunternehmen parallel tätig zu werden. Das Landgericht hat der Klage nahezu vollumfänglich stattgegeben. Der beklagte Handelsvertreter ist der Auffassung, der Rechtsweg sei nicht zur ordentlichen Gerichtsbarkeit, sondern zu den Arbeitsgerichten eröffnet. Nach einem Vorabverfahren (§ 17a GVG) vor dem Berufungsgericht, in dem der ordentliche Rechtsweg für eröffnet erklärt wurde, hat der Beklagte hiergegen Rechtsbeschwerde eingelegt.

### **Entscheidung**

Vor dem Bundesgerichtshof (BGH) hatte die Rechtsbeschwerde keinen Erfolg. Eine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte würde sich nur dann ergeben, wenn der Beklagte so genannter "Einfirmenvertreter" ist. Voraussetzung dafür ist, dass der Handelsvertreter zu der Personengruppe gehört, für die nach dem HGB die untere Grenze der vertraglichen Leistungen des Unternehmers festgesetzt werden kann und wenn der Handelsvertreter in den letzten 6 Monaten im Durchschnitt monatlich nicht mehr als 1.000 EUR bezogen hat. Erstere Voraussetzung ist gegeben, wenn der Handelsvertreter nicht für andere Unternehmer tätig

werden darf. Das vorliegende Konkurrenzverbot reicht hierfür jedoch nicht aus, da der Handelsvertreter in anderen Wirtschaftszweigen für Nicht-Konkurrenzunternehmen tätig werden durfte. Durch die 21-Tage-Wartefrist wurde die Tätigkeit für andere Unternehmen nur erschwert, nicht jedoch ausgeschlossen.

## **Konsequenz**

Dem Handelsvertreter ist es nicht gelungen, die Streitigkeit vor die Arbeitsgerichtsbarkeit zu bringen. Die Entscheidung zeigt, dass hier trotz großer Abhängigkeit zu dem Finanzdienstleistungsunternehmen keine Einfirmentvertreterschaft besteht.

## **9. Fahrergestellung führt zu lohnsteuerrechtlich erheblichem Vorteil**

### **Kernproblem**

Wird einem Arbeitnehmer ein Dienstwagen für die Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte zur Verfügung gestellt, entsteht ein geldwerter Vorteil, der zu versteuern ist. Fehlt ein ordnungsgemäßes Fahrtenbuch, bemisst sich der Vorteil mit 0,03 % des Listenpreises für jeden Entfernungskilometer im Kalendermonat. Ist darüber hinaus eine Privatnutzung möglich, kommt die 1 %-Regel dazu. Der Bundesfinanzhof (BFH) hat in der jüngsten Vergangenheit einige Kernaussagen gemacht, die für die Bemessung des Sachbezugs einer Pkw-Gestellung von Bedeutung sind. So kann der Arbeitnehmer nur noch eine regelmäßige Arbeitsstätte haben, d. h. Fahrten zu einer "anderen" Arbeitsstätte sind Reisekosten und kein geldwerter Vorteil. Zudem kann die monatliche 0,03 %-Pauschale gekürzt werden, falls der Pkw nicht arbeitstäglich genutzt wird. Wird der Dienstwagen nur für eine Teilstrecke der täglichen Fahrt verwendet (z. B. wegen "Park and ride"), kann sich das günstiger auf die Bemessung der Entfernungskilometer auswirken. Noch unklar war die Frage, wie sich eine Fahrergestellung auf die Ermittlung des Sachbezugs auswirkt. Der BFH selbst hatte im Jahr 2011 Zweifel geäußert, ob an der Annahme eines "erheblichen Vorteils" weiter festzuhalten sei.

### **Sachverhalt**

Einem Landrat wurde ein Dienstfahrzeug mit Fahrer für die Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte zur Verfügung gestellt. Der Landkreis hatte als Arbeitgeber auf eine Besteuerung verzichtet, weil das Fahrzeug dem allgemeinen Fuhrpark angehört habe und hierin auch andere Dienstpflichten der Kreisverwaltung erfüllt worden seien. Das Finanzamt setzte entsprechend seiner Verwaltungsanweisung den Wert der Fahrergestellung mit 50 % der pauschalen 0,03 %-Zuschlagsregelung an. Mit seiner Klage beim Finanzgericht scheiterte der Landkreis und legte Revision beim BFH ein.

### **Entscheidung**

Der BFH hält die in seinem Urteil im Jahre 2011 geäußerten Zweifel nicht mehr für durchgreifend und führte aus, dass es für die Annahme eines Vorteils nicht darauf ankomme, ob der Arbeitnehmer in dem mit Fahrer überlassenen Fahrzeug bereits auf dem Weg zur regelmäßigen Arbeitsstätte büromäßige Tätigkeiten tatsächlich ausübe oder ausüben könne. Entscheidend sei vielmehr, dass der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer in dessen Angelegenheit eine Dienstleistung in Form der Personalüberlassung zur Verfügung stelle, die für sich betrachtet einen Wert habe. Der Vorteil bemesse sich grundsätzlich nach dem üblichen Endpreis am Abgabeort einer vergleichbaren, von fremden Dritten erbrachten Leistung.

### **Konsequenz**

Der BFH hält den Listenpreis des gefahrenen Fahrzeugs für eine Schätzung des geldwerten Vorteils für nicht sachgerecht. Der Maßstab zur Bewertung könne den zeitanteiligen Personalkosten des Arbeitgebers entsprechen; er müsse es aber nicht. Insoweit ist zu wünschen, dass die Verwaltung zum Zwecke einer einheitlichen Auslegung ihre Verwaltungsanweisungen überarbeitet.

## **10. Wann ist eine GmbH nach Eigenkapitalersatzrecht überlassungsunwürdig?**

### **Rechtslage**

Nach früherem Eigenkapitalersatzrecht ist im Fall der eigenkapitalersetzenden Gebrauchsüberlassung von einer Überlassungsunwürdigkeit im Zusammenhang mit der Insolvenzzureife die Rede. Hierbei ist zu untersuchen, ob ein vernünftig und wirtschaftlich handelnder Dritter dazu bereit wäre, der Gesellschaft den Gegenstand zu überlassen. Für die Bestimmung der Überlassungsunwürdigkeit ist die Bonität der Gesellschaft entscheidend und nicht, ob der vereinbarte Mietzins für den Vermieter günstig ist.

### **Sachverhalt**

Der Kläger war als alleiniger Gesellschafter über eine GmbH mittelbar an der Schuldnerin, einer weiteren GmbH, beteiligt. Er vermietete der Schuldnerin seit 1994 das ihm gehörende Betriebsgrundstück sowie

bewegliches Anlagevermögen. Der Mietzins wurde von der Schuldnerin bis einschließlich April 2005 bezahlt. Im Mai 2005 geriet die Schuldnerin in Insolvenz und der Beklagte wurde zum Insolvenzverwalter bestellt. Der Kläger verlangt Zahlung der rückständigen Mietzinsen bis Juni 2006. Der Beklagte fordert widerklagend die Rückzahlung der zwischen November 2004 bis April 2005 gezahlten Mietzinsen wegen eigenkapitalersetzender Nutzungsüberlassung. Der Kläger hatte in den ersten beiden Instanzen Erfolg. Der Bundesgerichtshof (BGH) hob das Berufungsurteil auf und wies die Sache zur erneuten Entscheidung zurück.

## **Entscheidung**

Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft die Überlassungsunwürdigkeit verneint. Überlassungsunwürdigkeit besteht, wenn ein Dritter einen entsprechenden Nutzungsüberlassungsvertrag über die Betriebseinrichtungen unter den gegebenen Umständen mit der Gesellschaft nicht schließen würde. Für die Bestimmung der Überlassungsunwürdigkeit ist die Bonität der Gesellschaft als Mieter oder Pächter entscheidend und nicht, ob der vereinbarte Miet- oder Pachtzins für den Vermieter oder Verpächter günstig ist, die Vermietung oder Verpachtung demnach vorteilhaft ist. Überlassungsunwürdigkeit liegt nicht vor, wenn die Gesellschaft über die Mittel verfügt oder sich diese im Kapitalmarkt verschaffen kann, um den betreffenden Gegenstand selbst zu erwerben.

## **Konsequenz**

Die Entscheidung bezieht sich auf Altfälle, in denen das Insolvenzverfahren vor dem 23.10.2008 eröffnet worden ist. Insolvenzureife, d. h. Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung und Kredit- bzw. Überlassungsunwürdigkeit sind eigenständige Tatbestände der Krise im Sinne des Eigenkapitalersatzrechts, welches durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) entfallen ist.

## 11. **Haftung des Alleingeschafters nach Zustimmung des Finanzamts zum Insolvenzplan**

### **Kernaussage**

Erfüllt ein Alleingeschafter die Haftungsvoraussetzungen der Abgabenordnung (AO) für Steuern der Gesellschaft dem Grunde und der Höhe nach, steht einer Inanspruchnahme als Haftungsschuldner auch nicht entgegen, dass das Finanzamt dem Insolvenzplan für die Gesellschaft zugestimmt hat.

### **Sachverhalt**

Der Kläger war alleiniger Anteilseigner und Vorstand einer Aktiengesellschaft (AG). Wegen rückständiger Umsatzsteuer und Säumniszuschlägen der AG nahm das beklagte Finanzamt den Kläger in Februar 2007 in Haftung. In dem über das Vermögen der AG eröffneten Insolvenzverfahren stimmte das beklagte Finanzamt im Juni 2007 einem Insolvenzplan zu, wonach die Gläubiger mit einer Quote von 0,5 % ihrer Forderungen befriedigt werden sollten. An dem Haftungsbescheid hielt das Finanzamt fest. Der Kläger ist der Auffassung, dass der Haftungsbescheid wegen der Zustimmung des Finanzamts zum Insolvenzplan gegen Treu und Glauben verstoße. Durch seine Inanspruchnahme werde die mit dem Insolvenzplan verfolgte Sanierung des Unternehmens unmöglich gemacht. Denn die Gesellschaft sei entscheidend von seiner Person abhängig und daher tatsächlich mit einem Einzelunternehmen gleichzustellen. Die Klage blieb in allen Instanzen erfolglos.

### **Entscheidung**

Entgegen der Auffassung des Klägers steht seiner Inanspruchnahme nicht entgegen, dass das Finanzamt dem Insolvenzplan für die AG zugestimmt hat. Der Insolvenzplan wirkt nur zwischen den Planbeteiligten. Die Rechte der Insolvenzgläubiger gegen Mitschuldner werden durch den Plan nicht berührt. Auch mit einem auf den Grundsatz von Treu und Glauben gestützten Anspruch auf Schutz des Vertrauens des Geschafters in den im Insolvenzplan vereinbarten Teilerlass des Finanzamts kann die Rechtswidrigkeit des Haftungsbescheids nicht begründet werden. Ein solches Vertrauen ist wegen der schuldhaften Verletzung der steuerlichen Pflichten als gesetzlicher Vertreter der AG nicht zu berücksichtigen. Zudem sind die faktischen Auswirkungen der Inanspruchnahme des Alleingeschafters auf die Sanierung der AG nicht als widersprüchliches Verhalten des Finanzamts zu beanstanden.

## **Konsequenz**

Das Planverfahren kann eine Unternehmensentschuldung ermöglichen. Ansprüche der Gläubiger gegen Dritte, z. B. aus Bürgschaft oder Mitschuld oder wegen Haftung, bleiben unberührt. Das Urteil verdeutlicht, dass eine Freizeichnung der Geschäftsführer bzw. Vorstände bei solchen Fallgestaltungen regelmäßig misslingt.

## 12. **§ 613a: Freiwerden von Tarifbindung bei Betriebsübergang**

### **Kernfrage**

Kommt es zu einem Betriebsübergang, gilt, dass der übernehmende Arbeitgeber verpflichtet ist, die Arbeitsverhältnisse in der Form zu übernehmen, wie sie zum Zeitpunkt des Übergangs bestanden. Hinzu kommt, dass Tarifverträge ihre Wirksamkeit behalten. Der Europäische Gerichtshof hatte nunmehr in einem britischen Verfahren in diesem Spannungskreis zu entscheiden. Unabhängig von den Fragen der gesetzlichen Tarifbindung galt es, darüber zu befinden, ob arbeitsvertragliche Verweisungsklauseln zur "ewigen" Anwendbarkeit von Tarifverträgen führen können.

### **Sachverhalt**

Ein Betrieb war von der öffentlichen Hand an ein Privatunternehmen veräußert worden. Die Regelungen zum Betriebsübergang waren anwendbar. Die übergegangenen Arbeitsverträge sahen eine sogenannte dynamische Bezugnahme Klausel vor. Das heißt, aus dem Arbeitsvertrag selber heraus sollte der öffentliche Tarifvertrag in Gestalt seiner jeweils geltenden Fassung Anwendung finden. Als dieser Tarifvertrag neu geregelt wurde, verweigerte der neue Arbeitgeber dessen Umsetzung mit der Begründung, auf ihn könne kein Tarifvertrag Anwendung finden, wenn er nicht Partei des Tarifvertrages werden könne.

### **Entscheidung**

Der Europäische Gerichtshof gab dem Arbeitgeber Recht. Entscheidendes Kriterium für die Anwendung eines vor Betriebsübergang geltenden Tarifvertrages, auf den die Arbeitsverträge dynamisch verweisen, sei, dass auch der neue Arbeitgeber zumindest die Möglichkeit haben müsse, Tarifvertragspartei zu werden. Dies war im konkreten Fall gerade nicht möglich, weil der private neue Eigentümer nicht Partei des öffentlichen Tarifvertrages werden konnte. Es sei dem neuen Arbeitgeber daher verwehrt, an den Verhandlungen über die neuen Tarifvertragskonditionen teilzunehmen.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung stärkt die Arbeitgeberposition im Bereich des Betriebsübergangs. Tarifverträge werden, selbst wenn ihre Geltung dynamisch über Arbeitsverträge gesichert ist, nur dann anwendbar, wenn es dem Betriebserberwerber möglich ist, Tarifvertragspartei zu werden. Davon unabhängig ist allerdings die Frage, ob der letzte Tarifvertrag, der bei Übergang wirksam war, dauerhaft Bestand hat oder durch einen anderen Tarifvertrag in der Branche, in der der Erwerber tätig ist, ersetzt wird.

## 13. **Arbeitgeber darf Hund im Büro verbieten**

### **Kernfrage**

Im Arbeitsrecht gilt der Gleichbehandlungsgrundsatz, nach dem miteinander vergleichbare Arbeitnehmer nicht ohne sachlichen Grund ungleich behandelt werden dürfen. Dieser Gleichbehandlungsgrundsatz betrifft nicht nur arbeitsvertragliche Konditionen, sondern alle Umstände, die das Arbeitsverhältnis prägen. Das Arbeitsgericht Düsseldorf hatte jetzt zu einer besondere Ausprägung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu entscheiden.

### **Sachverhalt**

Eine Werbeagentur gestattete es ihren Mitarbeitern, ihre Hunde mit ins Büro zu bringen. Davon machte eine Mitarbeiterin Gebrauch, die einen schwer traumatisierten Hund aus einem Tierheim aufgenommen hatte. Nachdem sie den Hund zunächst 3 Jahre mit in das Büro gebracht hatte, entzog ihr der Arbeitgeber die Berechtigung hierzu, weil die Traumata des Hundes so stark ausgeprägt gewesen seien, dass er Kollegen, die in das Büro der Mitarbeiterin wollten, anknurrte und aggressiv reagierte.

### **Entscheidung**

Das Arbeitsgericht Düsseldorf wies die hiergegen gerichtete Klage ab. Der Arbeitgeber habe zu Recht auch alleine gegenüber der Klägerin die Genehmigung zum Mitbringen ihres Hundes widerrufen können. Angesichts des Verhaltens des Hundes und der Tatsache, dass dadurch die betrieblichen Abläufe nicht

unerheblich beeinträchtigt worden seien, sei es gerechtfertigt, das Mitbringen dieses Hundes zu untersagen.

### **Konsequenz**

Auch wenn die Entscheidung zu einer Nebenfrage eines Arbeitsverhältnisses ergangen ist, zeigt sie doch die Systematik des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Wenn vergleichbare Arbeitnehmer ungleich behandelt werden, dann bedarf dies eines auch objektiv nachzuweisenden wichtigen Grundes.

## 14. **Keine Heilung v. Ermessensfehlern bei erstmaliger Ermessenserwägung**

### **Kernaussage**

In einem Revisionsverfahren erstmalig angestellte Ermessenserwägungen können nicht mehr berücksichtigt werden.

### **Sachverhalt**

Die Klägerin ist eine GmbH, deren alleinige Gesellschafterin zugleich Geschäftsführerin war. Durch Geschäftsführervertrag wurde dieser eine Weihnachtsgratifikation zugesagt. Die GmbH behielt sich jedoch das Recht zum Widerruf vor. Im Oktober 2002 hat die Alleingesellschafter-Geschäftsführerin beschlossen, für das Streitjahr 2002 keine Weihnachtsgratifikation zu zahlen, was auch unterblieb. Das beklagte Finanzamt nahm die GmbH mit Haftungsbescheid wegen der auf die Weihnachtsgratifikation entfallenden Lohnsteuer, die von der GmbH nicht einbehalten worden war, in Anspruch. Das Finanzgericht gab der hiergegen gerichteten Klage statt. Während des Revisionsverfahrens hat das Finanzamt den Haftungsbescheid unter gleichzeitigem Erlass eines neuen Bescheides zurückgenommen, da das Auswahlermessen nicht hinreichend dokumentiert war.

### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof (BFH) wies die Revision des Finanzamts als unbegründet zurück. Für die vom Arbeitnehmer geschuldete und vom Arbeitgeber einzubehaltende Lohnsteuer kann das Finanzamt die Steuer- oder Haftungsschuld gegenüber Arbeitnehmer oder Arbeitgeber als Gesamtschuldner geltend machen. Hierbei hat es das Auswahlermessen pflichtgemäß auszuüben. Vorliegend unterblieb bei Erlass des ursprünglichen Haftungsbescheids die gebotene Ermessensausübung, denn das Finanzamt war sich dieser Verpflichtung nicht bewusst. Bis zum Abschluss der Tatsacheninstanz eines finanzgerichtlichen Verfahrens kann das Finanzamt zwar seine Ermessenserwägungen ergänzen. Das setzt aber voraus, dass zumindest ansatzweise zuvor Ermessenserwägungen angestellt worden sind. Diese wurden aber erstmals während des Revisionsverfahrens aufgeführt.

### **Konsequenz**

Die Rechtsfrage, ob ein dem Gesellschafter-Geschäftsführer zugesagtes aber nicht ausgezahltes Weihnachtsgeld als zugeflossen gilt, konnte im Streitfall offen bleiben. Zu der Frage entschied der BFH jedoch in einem Parallelverfahren, dass die Grundsätze über den Zufluss von Einnahmen bei einem beherrschenden Gesellschafter nicht eingreifen, wenn die Zusage vor dem Zeitpunkt der Entstehung der Sonderzuwendungen einvernehmlich aufgehoben wird.

## 15. **Betriebsbedingte Kündigung trotz freien Arbeitsplatzes im Ausland?**

### **Kernfrage**

Will ein Arbeitgeber eine betriebsbedingte Kündigung aussprechen, ist im Rahmen der Sozialauswahl angesichts des sogenannten "ultima ratio Prinzips" einer Kündigung stets zu fragen, ob nicht ein anderer gleichwertiger bzw. vergleichbarer Arbeitsplatz für den zu kündigenden Arbeitnehmer zur Verfügung steht. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hatte nunmehr darüber zu entscheiden, ob dieser vergleichbare Arbeitsplatz auch im (EU)Ausland liegen könnte.

### **Sachverhalt**

Der beklagte Arbeitgeber, der ein Zweitwerk in einem anderen Mitgliedstaat der EU unterhielt, schloss seine Produktionsstätte in Deutschland und verlagerte die Produktion ins EU-Ausland. Der in der Produktion beschäftigte Kläger machte im Rahmen seiner Kündigungsschutzklage geltend, die betriebsbedingte Kündigung sei unwirksam, weil ihm nicht wenigstens die Gelegenheit gegeben worden sei, über einen Umzug an den anderen ausländischen Standort nachzudenken; insoweit wäre eine Änderungskündigung möglich gewesen.

## **Entscheidung**

Das BAG wies die Klage ab. Zur Begründung führten die Richter aus, dass das Kündigungsschutzgesetz alleine auf Betriebe im Inland Anwendung finde. Der Arbeitgeber hatte aber keine Möglichkeit, den Kläger in einem inländischen Betrieb weiter zu beschäftigen. Insoweit sei der Grundsatz der Änderungskündigung vor Beendigungskündigung dann nicht anzuwenden, wenn der freie Arbeitsplatz im Ausland liege. Ungeklärt ließ das BAG dabei aber die Frage, ob sich die Rechtslage dann ändere, wenn es nicht zu einer Betriebsstilllegung komme, sondern der Betrieb oder ein Teilbetrieb als Ganzes ins Ausland verlagert werden würde, also die Lage mit einem Betriebsübergang vergleichbar sei.

## **Konsequenz**

Die Entscheidung des BAG erleichtert im internationalisierten Geschäft die Frage von Produktionsverlagerungen bei bestehenden Betriebsstätten im In- und Ausland. Abzuwarten bleibt, wie das BAG den Fall einer echten Betriebsverlagerung bei Neueröffnung einer ausländischen Betriebsstätte entscheidet.

## 16. **Nachträgliche Herstellungskosten auch bei nicht genutzter Fläche**

### **Kernproblem**

Häufig besteht zwischen Steuerpflichtigen und dem Finanzamt Uneinigkeit, ob für bestimmte Baumaßnahmen getätigte Aufwendungen als Herstellungskosten eines Gebäudes oder als (sofort abzugsfähige) Erhaltungsaufwendungen zu behandeln sind. Zu den Herstellungskosten zählen einerseits Aufwendungen, die für die erstmalige Herstellung eines Vermögensgegenstandes anfallen. Andererseits stellen aber auch Kosten, die aufgrund von Erweiterungen oder für eine über den ursprünglichen Zustand hinausgehende wesentliche Verbesserung entstehen, (nachträgliche) Herstellungskosten dar. Ob eine Erweiterung auch angenommen werden kann, wenn der zusätzlich geschaffene Raum tatsächlich nicht nutzbar ist, war kürzlich Gegenstand eines Verfahrens.

### **Sachverhalt**

Im Streitfall war an einem vermieteten Einfamilienhaus ein undichtes Flachdach durch ein Satteldach ersetzt worden. In diesem Zusammenhang wurde auch ein Kniestock von 1,3 m Höhe errichtet. Das (weder verputzte noch ausgebaute) Dachgeschoss konnte nur durch eine Zugleiter in der Garage erreicht werden, zudem war aufgrund von Sicherheitsbestimmungen die Nutzung als Wohn- und Aufenthaltsraum untersagt.

### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof (BFH) teilt die Auffassung der Finanzverwaltung und des Finanzgerichts, wonach allein die Vergrößerung der nutzbaren Fläche zu einer Erweiterung des Gebäudes und damit zu nachträglichen Herstellungskosten führe. Auf die tatsächliche Nutzung komme es dabei ebenso wenig an wie auf den etwa noch erforderlichen finanziellen Aufwand für eine Fertigstellung zu Wohnzwecken.

### **Konsequenz**

Der BFH vertritt eine sehr weitgehende Interpretation des Begriffs der "Herstellungskosten" und nimmt auf Begleitumstände, praktische Zwänge und tatsächliche Nutzungen keinerlei Rücksicht. Ob eine Erweiterung vorliegt, sei demnach allein durch einen Vergleich der nach und vor der Baumaßnahme zur Verfügung stehenden Flächen zu entscheiden. Diese Abgrenzung dürfte auch auf Baumaßnahmen in einem Betriebsvermögen anzuwenden sein, da der BFH sich in der Begründung ausdrücklich mit der handelsrechtlichen Definition von Herstellungskosten auseinandergesetzt hat.

## 17. **Keine Bilanzierungspflicht bei Realteilung einer Freiberufler-GbR**

### **Kernproblem**

Kleinere Unternehmen und Freiberufler können anstelle einer Gewinnermittlung durch Bilanzierung die einfachere Einnahme-Überschussrechnung (§ 4 Abs. 3 EStG) wählen. Wird der Betrieb allerdings aufgegeben oder veräußert, ist für Zwecke der Ermittlung des Aufgabe- bzw. Veräußerungsgewinns eine Bilanz zu erstellen. Bisher noch nicht entschieden war die Frage, ob dies auch für den Fall einer so genannten Realteilung gilt, bei der die Mitunternehmer anschließend die Buchwerte fortführen.

### **Sachverhalt**

2 Personen betrieben eine Steuerberatungs- und Rechtsanwaltssozietät in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) und ermittelten ihren Gewinn durch Einnahme-Überschussrechnung. Nach der Kündigung durch einen der beiden Gesellschafter schlossen beide eine

Auseinandersetzungsvereinbarung, in der u. a. bestimmt war, dass jeder die Wirtschaftsgüter, die er bisher genutzt hat, und die damit zusammenhängenden Verbindlichkeiten übernehmen sollte. Anschließend betrieben beide ihre berufliche Tätigkeit in Einzelpraxen weiter, wobei sie die Buchwerte der übernommenen Wirtschaftsgüter fortführten. Das Finanzamt war der Auffassung, dass zum Stichtag der Realteilung der Gewinn durch Bestandsvergleich zu ermitteln sei und erhöhte den laufenden Gewinn um den Übergangsgewinn.

## **Entscheidung**

Das Finanzgericht und der Bundesfinanzhof (BFH) sahen dies jedoch anders. Nach Ansicht des BFH besteht im Fall einer – im Streitfall vorliegenden – Realteilung ohne Spitzenausgleich keine Verpflichtung zur Erstellung einer Realteilungsbilanz nebst Übergangsgewinnermittlung. Da im vorliegenden Fall wegen der Buchwertfortführung kein Gewinn realisiert werde, müsse weder ein Aufgabegewinn ermittelt noch ein abweichend ermittelter laufender Gewinn festgestellt werden. Vielmehr sei der Grundsatz der Gesamtgewinnlichkeit bereits dadurch gewährleistet, dass beide Mitunternehmer anschließend in ihren Einzelpraxen weiterhin ihren Gewinn durch Einnahme-Überschussrechnung ermitteln.

## **Konsequenz**

Das Urteil des BFH ist auch deshalb folgerichtig, weil die Realteilung ihrem Wesen nach der umgekehrte Fall einer Einbringung eines Betriebs in eine Mitunternehmerschaft ist. Im Fall der Einbringung zum Buchwert unter Fortsetzung der Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 3 EStG durch die aufnehmende Gesellschaft hat der BFH entschieden, dass auf die Erstellung einer Einbringungs- und einer Übergangsbilanz verzichtet werden kann.

## 18. **Dokumentationspflicht für Verrechnungspreise ist europarechtskonform**

### **Kernproblem**

Steuerpflichtige, die Geschäftsbeziehungen mit ausländischen nahe stehenden Personen unterhalten, müssen diese Geschäftsbeziehungen nach § 90 Abs. 3 AO besonders dokumentieren. Diese Dokumentationspflichten treffen insbesondere deutsche Unternehmen, die Teil eines internationalen Konzerns sind und die mit anderen (ausländischen) Gruppenunternehmen Leistungsbeziehungen unterhalten. In einer solchen Dokumentation muss auch dargelegt werden, dass die für diese Leistungsbeziehungen vereinbarten Preise (Verrechnungspreise) einem Fremdvergleich standhalten.

### **Sachverhalt**

Eine deutsche GmbH handelte mit den Aktien deutscher Aktiengesellschaften. Zur Unterstützung bei diesen Finanztransaktionen kaufte die GmbH bestimmte Dienstleistungen bei einer luxemburgischen AG ein, die zur selben Unternehmensgruppe gehörte. Grundlage für diese Dienstleistungen war ein im Jahr 2008 abgeschlossenes "Service Agreement" zwischen beiden Unternehmen. Für das Jahr 2008 zahlte die GmbH an die AG Gebühren in Höhe von rd. 4,7 Mio. EUR. Das Finanzamt verlangte im Rahmen einer Außenprüfung eine Verrechnungspreis-Dokumentation. Die GmbH kam dieser Aufforderung nicht nach und erhob nach erfolglosem Einspruch schließlich Klage vor dem Finanzgericht. Die GmbH berief sich in ihrer Klage u. a. auf die innerhalb der EU vertraglich garantierte Dienstleistungsfreiheit. Diese sei verletzt, da die Dokumentationspflicht an dem Umstand anknüpfe, dass es sich bei der AG um eine ausländische Gesellschaft handle. Wäre die AG hingegen eine deutsche Gesellschaft, bestände keine Dokumentationspflicht.

### **Entscheidung**

Das Finanzgericht und schließlich auch der Bundesfinanzhof (BFH) wiesen die Klage der GmbH ab. Zwar greife § 90 Abs. 3 AO in den Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit ein, weil sie grenzüberschreitende Sachverhalte anders behandle als innerstaatliche Vorgänge. Diese Ungleichbehandlung zu Lasten grenzüberschreitender Dienstleistungen sei jedoch durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt. Als zwingender Grund des Allgemeininteresses sei insbesondere das Erfordernis einer wirksamen Steueraufsicht anerkannt. Und für eine wirksame Steueraufsicht seien die Dokumentationspflichten erforderlich, weil ohne sie eine Verrechnungspreisprüfung durch die Finanzverwaltung nicht möglich sei.

## **Konsequenz**

Mit dem Urteil bestätigt der BFH, dass die in Deutschland seit 2003 geltenden Pflichten zur Erstellung einer Verrechnungspreis-Dokumentation mit dem Europarecht vereinbar sind. Unternehmen, die von der Verpflichtung betroffen sind, tun daher gut daran, diese Dokumentationen rechtzeitig zu erstellen und nicht auf die Anforderung durch die Betriebsprüfung zu warten. Ausdrücklich offen gelassen hat der BFH die Frage, ob die Interpretation der Dokumentationspflichten durch die Finanzverwaltung im Rahmen verschiedener BMF-Schreiben vom Gesetzeswortlaut gedeckt ist. Gegen im Einzelfall überzogen erscheinende Anforderungen können sich deutsche Unternehmen auch weiterhin – falls erforderlich – gerichtlich zur Wehr setzen.

## 19. **Rechnungsabgrenzungsposten für Handy-Subventionen**

### **Kernfrage**

Wer einen neuen Mobilfunk-Dienstleistungsvertrag mit einer Mindestlaufzeit von 24 Monaten abschließt, kann von seinem Anbieter ein Mobiltelefon, Smartphone, Tablet o. ä. zu einem deutlich reduzierten Preis erwerben. Beim Anbieter führt die Subventionierung des Gerätverkaufs regelmäßig zu einem Verlust, da der Verkaufserlös unter den Anschaffungskosten liegt. Bilanziell stellt sich dabei die Frage, ob dieser Verlust im Zeitpunkt des Verkaufs realisiert wird oder über die Laufzeit des Dienstleistungsvertrags zu verteilen ist.

### **Sachverhalt**

Die Beteiligten stritten darüber, ob für Betriebsvermögensminderungen aus der verbilligten Abgabe von Mobiltelefonen ein aktiver Rechnungsabgrenzungsposten (RAP) anzusetzen war. Klägerin ist eine GmbH, deren Gegenstand die Konstruktion, die Herstellung und der Betrieb eines privaten, mobilen Zellularfunknetzes ist. Im Streitjahr (1996) bot sie ihren Kunden den verbilligten Erwerb eines Mobiltelefons für den Fall an, dass diese einen Mobilfunkdienstleistungsvertrag (MFD-Vertrag) mit einer Laufzeit von mindestens 24 Monaten abschlossen oder einen bestehenden Vertrag entsprechend verlängerten. Das beklagte Finanzamt war der Auffassung, zwischen den MFD-Verträgen und den Kaufverträgen über die Mobiltelefone bestehe eine wirtschaftlich enge Verknüpfung i. S. von Vertragsbündelungen. Die durch die verbilligte Abgabe entstandene Betriebsvermögensminderung sei daher im Rahmen eines aktiven RAP periodengerecht über die Laufzeit des MFD-Vertrags abzugrenzen. Die hiergegen gerichtete Klage blieb erfolglos.

### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat seine bisherige Rechtsprechung bestätigt und festgestellt, dass ein Mobilfunkunternehmen für die verbilligte Abgabe von Mobiltelefonen bei gleichzeitigem Abschluss von Dienstleistungsverträgen einen aktiven Rechnungsabgrenzungsposten zu bilden hat. Die BFH-Richter plädieren dabei für eine weite Auslegung der Begriffsdefinition: So erfüllte auch die Vermögensminderung durch geldwerte Sachleistung (verbilligte Abgabe des Geräts) das Kriterium einer "Ausgabe" vor dem Bilanzstichtag. Durch die Verknüpfung mit dem 24-monatigen Dienstleistungsvertrag sei außerdem das Kriterium der "bestimmten Zeit" erfüllt.

### **Konsequenz**

Der BFH betrachtet die beiden – formal voneinander getrennten – Verträge (Kaufvertrag, Dienstleistungsvertrag) als wirtschaftliche Einheit und gelangt auf diese Weise zu einem nachvollziehbaren und sachgerechten Ergebnis. In der Praxis dürften jedoch auch Fälle zu beobachten sein, in denen Unternehmen Geräte in der Erwartung, zukünftig Zubehör hierfür verkaufen zu können, verbilligt abgeben, ohne dass der Kunde bereits eine vertragliche Abnahmeverpflichtung eingegangen wäre. In diesem Fall dürfte die Bildung eines Rechnungsabgrenzungspostens ausscheiden.

## 20. **Kein Anspruch auf bestimmten rechtmäßigen Inhalt einer verbindlichen Auskunft**

### **Kernaussage**

Dem Anspruch auf Erteilung einer verbindlichen Auskunft ist genüge getan, wenn das Finanzamt im Rahmen der verbindlichen Auskunft mitteilt, dass es auf den zutreffend erfassten Sachverhalt das einschlägige Schreiben des Bundesfinanzministeriums (BMF) anwenden werde.

### **Sachverhalt**

Die Klägerin ist eine Investment-AG. Die AG begehrte im Jahr 2009 beim Finanzamt eine verbindliche Auskunft. Zur Begründung führte sie aus, dass die steuerliche Behandlung von Aktienrücknahmen unklar

sei, zur der sie nach dem Investmentgesetz (InvG) verpflichtet ist. Konkret ging es um die Frage, ob Anteile an der AG als Anteile i. S. d. § 18 Abs. 2a Satz 2 Investmentgesetz anzusehen seien, obwohl keiner der beiden abschließend formulierten gesetzlichen Alternativtatbestände (statuarisches Erfordernis einer Mindestanlagesumme oder besondere Sachkunde) bei der AG vorliege. Das Finanzamt teilte der AG mit, dass der Sachverhalt vom BMF-Schreiben zur Gesetzesauslegung des § 18 InvG umfasst sei. Insofern wurde keine verbindliche Auskunft mit dem begehrten Inhalt erteilt. Hierauf klagte die AG.

## **Entscheidung**

Das Finanzgericht wies die Klage ab, ließ aber wegen der grundsätzlichen Bedeutung die Revision zu. Zur Begründung der Klageabweisung führte das Finanzgericht aus, dass die AG weder Anspruch auf Erteilung einer verbindlichen Auskunft mit einem bestimmten Inhalt noch Anspruch auf Neubescheidung durch das Finanzamt hat. Gegen eine hier vorliegende Negativauskunft kann die AG Verpflichtungsklage beim Finanzgericht erheben. Das Finanzgericht prüft bei der Erteilung einer verbindlichen Auskunft durch das Finanzamt nur, ob ermessensfehlerhaft gehandelt wurde. Dies bedeutet, dass hier nur evidente Rechtsverletzungen einen gerichtlichen Erfolg begründen können. Vorliegend war das nicht der Fall. Das Finanzamt hat mitgeteilt, dass es ein BMF-Schreiben für einschlägig hält und auch danach verfahren wird, da es an ein solches gebunden ist.

## **Konsequenz**

Die Entscheidung zeigt, dass durch eine verbindliche Auskunft nur herausgefunden werden kann, wie wohl ein Sachverhalt durch das Finanzamt beurteilt wird. Es kann jedoch nicht erzwungen werden, dass die verbindliche Auskunft einen bestimmten Inhalt hat. Dies war hier insofern interessant, da gewichtige Punkte gegen die Rechtmäßigkeit der konkreten Aussage in dem BMF-Schreiben sprachen.

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

### **1. Zufluss von Urlaubs- und Weihnachtsgeld als Arbeitslohn bei Aufhebung der Zusage an einen Gesellschafter-Geschäftsführer**

#### **Kernproblem**

Der Zufluss von Arbeitslohn wird bei einem Arbeitnehmer normalerweise durch Gutschrift auf einem Bankkonto oder Barauszahlung bewirkt. In Sonderfällen kann auch eine Gutschrift in den Büchern des Arbeitgebers einen Zufluss bewirken, wenn der Arbeitnehmer auf seinen Anspruch ohne weiteres Zutun seines im Übrigen leistungsbereiten und liquiden Arbeitgebers zurückgreifen kann. Besonderheiten gibt es bei Gesellschafter-Geschäftsführern: Hier kann eine Zuflussfiktion zum Tragen kommen, wenn es der Gesellschafter aufgrund seiner beherrschenden Stellung selbst in der Hand hat, die von der Gesellschaft geschuldeten Beträge an sich auszuzahlen. In der Praxis kommt es gerade bei familiengeführten Gesellschaften vor, dass zwar Sondervergütungen vereinbart sind, diese aber tatsächlich nicht ausbezahlt werden. In einem solchen Fall hat der Bundesfinanzhof (BFH) jetzt eine Entscheidung gefällt.

#### **Sachverhalt**

Der Gesellschafter-Geschäftsführer und seine Ehefrau, die als kaufmännische Angestellte im Unternehmen tätig war, hielten zu jeweils 50 % die Gesellschaftsanteile einer GmbH. Im Jahr 1997 vereinbarten beide mit der GmbH die Gewährung von Urlaubs- und Weihnachtsgeld. Obwohl die Gesellschaft über genug Liquidität verfügte, wurden Zahlungen aber nur für das Jahr 1997 geleistet, nicht aber für die Jahre 1998 bis 2002. Eine bilanzielle Passivierung der Schuld unterblieb. Nach einer Lohnsteuer-Außenprüfung ging das Finanzamt für die Streitjahre 1999 bis 2002 von einem Zufluss bei Fälligkeit aus und änderte die Einkommensteuerbescheide der Eheleute. Hiergegen klagten diese erfolgreich beim Finanzgericht. Der BFH hat sich nach der Revision des Finanzamts zum Zufluss von Arbeitslohn und der Bewirkung einer verdeckten Einlage geäußert.

#### **Entscheidung**

Der BFH verneinte den Zufluss der Vergütungen. Dagegen sprach zum einen, dass die von der Rechtsprechung geprägten Grundsätze zur Zuflussfiktion grundsätzlich nur bei beherrschenden Gesellschaftsverhältnissen anzuwenden sind. Hält ein Gesellschafter nicht mehr als 50 % der Anteile, kann eine Beherrschung nur dann unterstellt werden, wenn er mit anderen Gesellschaftern zusammenwirkt, die gleichgerichtete finanzielle Interessen verfolgen und mit denen er eine entsprechende Willensbildung in der GmbH herbeiführen kann. Allein der Umstand, dass die Gesellschafter Eheleute

sind, kann eine solche Vermutung aber nicht begründen. Zudem unterstellt der Senat, dass der arbeitsvertraglich eingeräumte Anspruch konkludent aufgehoben ist; denn indem die Eheleute trotz der mehrjährigen Nichtauszahlung widerspruchslos ihre Tätigkeit fortsetzen, hätten diese ein Angebot auf Änderung des Vertrags angenommen. Mangels Fälligkeit konnte damit auch keine Zufluss begründende verdeckte Einlage bewirkt werden.

## **Konsequenz**

Trotz der erfreulichen Entscheidung des BFH sollte ein Verzicht vor Fälligkeit schriftlich dokumentiert werden.