

## **Mandanteninformationen des Monats Januar 2010**

der Ihnen nun vorliegende Brief möchte Sie über wesentliche, vollzogene oder geplante Änderungen im Steuer- und Wirtschaftsrecht der letzten Monate informieren und Ihnen Anlass bieten, auch bestehende Sachverhalte zu überprüfen.

Bitte lesen Sie im Einzelnen:

### **Inhalt**

#### **Privatbereich**

1. Bedürftigentestament könnte sittenwidrig sein
2. Frühere Pauschalbesteuerung "schwarzer Fonds" verstößt gegen EU-Recht
3. Betriebsstilllegung: Kein Kündigungsschutz für AN in Elternzeit
4. Vorlage des BFH zur Frage der Besteuerung von Leibrenten unzulässig
5. LSG Bayern: Erziehungsrente ist verfassungswidrig
6. Leerstand: Vermietungsabsicht setzt zielgerichtete Maßnahmen voraus
7. Ehegatte kann Aufteilung der Steuerschuld beantragen

#### **Unternehmer und Freiberufler**

1. Keine Umsatzsteuerbefreiung für Kanutouren
2. Berichtigung von vom Finanzamt übernommenen Fehlern von Stpfl.
3. Eingriff in den Gewerbebetrieb durch E-Mail
4. Vorsteuerabzug aus Rechnungen von Kleinunternehmern?
5. Verwertung von Sicherungseigentum
6. Umsatzbesteuerung in der Bauwirtschaft - Merkblatt neu aufgelegt
7. Arbeitnehmer dürfen im Urlaub im Geschäft des Ehegatten aushelfen
8. Leistungerschleichung mit umfangreichen Konsequenzen
9. Betriebsbedingte Kündigung angestellter Anwälte in Großkanzleien
10. Entschädigung schwerbehinderter Bewerber bei Verfahrensfehlern
11. Unentgeltliche oder verbilligte Flüge als Arbeitslohn
12. Steuerpflicht von Preisgeldern eines freiberuflich tätigen Architekten
13. Abfindung für Arbeitszeitreduzierung: Steuerbegünstigte Entschädigung
14. Bauleistungen - Neues zur Umkehr der Steuerschuldnerschaft
15. BGH erkennt Chapter-11-Verfahren als Insolvenzverfahren an
16. Kfz-Nutzung: Führt fehlendes Fahrtenbuch zwingend zur 1 %-Regel?
17. Unternehmereigenschaft juristischer Personen des öffentlichen Rechts
18. Keine Altregelung der Ansparabschreibung für Freiberufler im Jahr 2007
19. Haftung von Bau-Generalunternehmern für Insolvenzgeld
20. Arbeitgeber dürfen Sonntagsarbeit anordnen
21. OLG Rostock: Qualifizierte Schriftformklausel verstößt gegen § 307 BGB

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

1. Wegzugsteuer für Wertsteigerungen von Beteilig. an KapGes rechtmäßig

2. BGH zur Karenzentschädigung eines in der Insolvenz gekündigten GF
3. BGH zur GmbH-Gesellschafterversammlung
4. Anwendung von § 64 Abs. 2 GmbHG a. F. auf EU-Auslandsgesellschaften
5. Schadenersatz wegen Verfügung von Alleingesellschafterin
6. Wettbewerbsverbote in GmbH-Gesellschaftsverträgen und § 1 GWB
7. Formwirksamkeit der Beurkundung einer GmbH-Geschäftsanteilsabtretung
8. Genügt "c/o"-Adresse, auch wenn kein eigener Briefkasten existiert?
9. AdV-Verfahren: Anordnung einer Sicherheitsleistung

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

## 1. **Bedürftigentestament könnte sittenwidrig sein**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Um zu verhindern, dass Sozialleistungsträger über ihre gesetzlich verankerten Überleitungsansprüche auf einen Nachlass zugreifen können, wird aus erbrechtlicher Sicht häufig eine Gestaltung gewählt, in denen die Person (in der Regel ein Kind oder der Ehegatte), die Sozialleistungen erhält, zum beschränkten Vorerben eingesetzt und zum Nacherben eine dritte Person wird. Verbunden ist diese Gestaltung mit der Einsetzung eines Testamentsvollstreckers zu Lasten des Vorerben, der diesem aus dem Nachlass lediglich unterstützende Leistungen gewähren darf. Dabei ist die Erbeinsetzung des Leistungsempfängers erforderlich, um zu verhindern, dass der Sozialleistungsträger auf einen Pflichtteilsanspruch zugreifen kann. Bei Behinderten ist diese Gestaltung gesichert. Das Sozialgericht Dortmund hat nunmehr im Rahmen eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens, also noch nicht endgültig rechtskräftig, dazu Stellung genommen, ob die entsprechende Gestaltung auch dann wirksam werden kann, wenn die Gestaltung bei einem Sozialhilfeberechtigten gewählt wird, oder ob in diesem Fall, Sittenwidrigkeit anzunehmen ist.

### **Entscheidung**

Ein pflichtteilsberechtigter Erbe bezog Sozialhilfe. Testamentarisch war die eingangs beschriebene Gestaltung gewählt worden. Danach durfte der Testamentsvollstrecker nur solche unterstützenden Leistungen an den Erben auskehren (u. a. Wohnrecht im Haus des Erblassers), die seinen Sozialleistungsanspruch nicht gefährdeten. Im Übrigen war ein Zugriff des Erben auf den Nachlass ausgeschlossen. Der Sozialleistungsträger stellte die Leistungen ein und verwies darauf, dass der Erbe verpflichtet sei, zunächst das geerbte Vermögen einzusetzen. Hiergegen legte der Erbe Klage ein und beantragte im einstweiligen Rechtsschutz die Weitergewährung der Sozialleistungen. Im Rahmen der Entscheidung über den einstweiligen Rechtsschutz führte das Sozialgericht Dortmund aus, der Erbe könne ggfls. verpflichtet sein, das Testament anzufechten, weil einiges dafür spreche, dass Sittenwidrigkeit vorliege. Jedenfalls könne die Rechtsprechung zu Behindertentestamenten nicht unmittelbar übertragen werden.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung bleibt zunächst eine Einzelfallentscheidung, die wegen ihres einstweiligen Charakters nicht rechtsverbindlich wird. Sollte das Urteil aber entsprechend ausfallen und im sozialgerichtlichen Instanzenzug bestehen bleiben, dann wäre die vorskizzierte Gestaltung bei reinen Sozialhilfeempfängern nicht mehr aufrecht zu erhalten. Allerdings gibt es ernstliche Zweifel an der Rechtsauffassung des Sozialgerichts. Sicherheitshalber sollte bei erbrechtlichen Beratungen über Auffangregelungen nachgedacht werden.

## 2. **Frühere Pauschalbesteuerung "schwarzer Fonds" verstößt gegen EU-Recht**

### **Kernproblem**

Das inzwischen außer Kraft gesetzte AusInvG sah für die Besteuerung bestimmter ausländischer

Investmentfonds eine pauschale Besteuerung vor. Durch Entscheidung vom 18.11.2008 (VIII R 24/07) hatte der BFH bereits entschieden, dass diese Behandlung EU-rechtswidrig ist, sofern der ausl. Fonds seinen Sitz innerhalb der EU hat. Ungeklärt war bislang, wie in Drittstaatenfällen zu entscheiden ist.

#### **Sachverhalt**

Die Kläger waren an Investmentfonds in Südkorea und China beteiligt und erzielten hieraus im strittigen Zeitraum Einkünfte in Höhe von rd. 183.000 EUR, die vom Finanzamt der Pauschalbesteuerung unterworfen wurden. Einspruch und Klage vor dem FG Düsseldorf verliefen erfolglos. Der BFH hob die Entscheidung des FG auf.

#### **Rechtsfrage**

Zu klären war, ob die diskriminierende Besteuerung mit Berufung auf den EU-Vertrag angegriffen werden kann. Der BFH prüft in diesem Zusammenhang zunächst, gegen welche Grundfreiheit durch die Regelungen in § 18 Abs. 3 AuslInvG verstoßen wird. Dabei kommt er zu dem Ergebnis, dass gegen das Grundrecht der Kapitalverkehrsfreiheit verstoßen wird. Dieses Grundrecht gilt auch im Verhältnis zu Drittstaaten. Rechtfertigungsgründe für eine Einschränkung des Grundrechts vermag der BFH nicht zu erkennen. Insbesondere gebietet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit es nicht, eine pauschalierte Besteuerung so auszugestalten, wie § 18 Abs. 3 AuslInvG dies vorsehe.

#### **Konsequenz**

Im Streitfall muss die Besteuerung so erfolgen, wie dies bei einem inländischen Fonds der Fall wäre.

### **3. Betriebsstilllegung: Kein Kündigungsschutz für AN in Elternzeit**

#### **Kernfrage/Rechtslage**

Grundsätzlich sind Arbeitnehmer, die sich in Elternzeit befinden, unkündbar. In besonderen Fällen kann aber die für den Arbeitsschutz jeweils zuständige oberste Landesbehörde auf entsprechenden Antrag hin die Zustimmung zur Kündigung erteilen. Das Bundesverwaltungsgericht hatte nunmehr darüber zu entscheiden, ob und unter welchen Voraussetzungen die Landesbehörde ihre Zustimmung zur Kündigung von in Elternzeit befindlichen Arbeitnehmern erteilen muss.

#### **Entscheidung**

Auf uneingeschränkte Zustimmung zur ordentlichen Kündigung von in Elternzeit befindlichen Arbeitnehmern hatte ein Insolvenzverwalter geklagt, der den Betrieb insgesamt stilllegen wollte. Das beklagte Land hatte die Kündigung zuerst lediglich mit der Einschränkung genehmigt, dass sie erst zum Ende der Elternzeit oder frühestens zum Zeitpunkt der Löschung der Aktiengesellschaft im Handelsregister wirksam werden dürfe, weil den Arbeitnehmern während der Elternzeit eine beitragsfreie Weiterversicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung ermöglicht werden solle. Das Bundesverwaltungsgericht gab dem Insolvenzverwalter Recht. Es liege ein besonderer Grund vor, der eine uneingeschränkte Zustimmung rechtfertige. Ein besonderer Fall, in dem die Zustimmung zu erteilen sei, liege vor, wenn der Betrieb dauerhaft stillgelegt werde. Das Verbot von Kündigungen während der Elternzeit solle nicht etwa eine beitragsfreie Weiterversicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung gewährleisten, sondern die Arbeitnehmer vor einem Verlust ihres Arbeitsplatzes schützen. Dieses Ziel könne bei einer Betriebsstilllegung aber nicht mehr erreicht werden.

#### **Konsequenz**

Das Kündigungsverbot in der Elternzeit dient dem Schutz vor dem Verlust des Arbeitsplatzes. Fällt der Arbeitsplatz aber weg oder ist eine Weiterbeschäftigung ausgeschlossen, kann die Zustimmung zur Kündigung beantragt werden. Dem stehen auch sozialversicherungsrechtliche Erwägungen nicht entgegen.

### **4. Vorlage des BFH zur Frage der Besteuerung von Leibrenten unzulässig**

#### **Kernproblem**

Erhält jemand als Gegenleistung für die Übertragung von Vermögen eine Leibrente, so hat er den Ertragsanteil der Rente als sonstige Einkünfte der Einkommensteuer zu unterwerfen (soweit keine Subsidiarität wegen Berücksichtigung bei einer anderen Einkunftsart vorliegt). Den parallel hierzu vorliegenden Aufwand des Leistenden sieht der BFH dagegen als pauschalierten Zinsanteil an. Wegen

des Abzugsverbots privater Schuldzinsen konnte in der Folge der Ertragsanteil des Verpflichteten nicht als Sonderausgabe abgezogen werden. Unabhängig von der Rechtsprechung des BFH ist mittlerweile mit Wirkung ab dem Jahr 2008 der Sonderausgabenabzug gesetzlich weiter eingeschränkt worden, so dass im Wesentlichen Versorgungsleistungen im Zusammenhang mit der Übergabe von Geldvermögen, von Wertpapieren sowie ertraglosem Vermögen vom Abzug ausgeschlossen werden. Der BFH hatte jedoch folgende Betrachtung, die den Rentenempfänger betrifft, in den Raum geworfen und deswegen das BVerfG angerufen: Bei der Besteuerung von Zinseinnahmen kommt im Gegensatz zur Rentenbesteuerung ein Sparer-Freibetrag (heute Sparer-Pauschbetrag) zum Abzug. Lehnt man beim Verpflichteten gerade mit Hinweis auf das private Schuldzinsabzugsverbot den steuerlichen Abzug ab, muss dann nicht zumindest der Empfänger in den Genuss des Sparer-Freibetrags kommen?

#### **Entscheidung des BVerfG**

Das BVerfG hat den Vorstoß abgewiesen und deutliche Zweifel an der Linie des BFH geäußert. So widerspreche die Auffassung, Leibrenten wie Zinseinkünfte zu behandeln und deshalb den Sparerfreibetrag zu gewähren, dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers. Zugleich verwiesen die Karlsruher Richter auf den eindeutigen Wortlaut des EStG, wonach die Zahlung einer Leibrente teilweise von der Steuer absetzbar sei - was aber der BFH ablehne. Im Ergebnis lassen die Verfassungsrichter die Fragen unbeantwortet und üben sogar Kritik an der Vorlage. So reiche es nicht aus, dass sich der BFH lediglich auf die eigene Rechtsprechung berufe. Vielmehr hätte er sich auch mit Literatur und anderer Rechtsprechung auseinandersetzen müssen.

### **5. LSG Bayern: Erziehungsrente ist verfassungswidrig**

#### **Kernaussage**

Die Versagung der Erziehungsrente bei nicht verheirateten Partnern ist verfassungswidrig, da nichteheleiche Kinder gegenüber ehelichen Kindern dadurch benachteiligt werden.

#### **Sachverhalt**

Die Mutter eines einjährigen Kindes hatte nach dem Tod des Vaters die Zahlung einer Erziehungsrente beantragt. Die Deutsche Rentenversicherung Bund (DRV Bund) lehnte dies ab, weil die Eltern nicht verheiratet waren. Die dagegen gerichtete Klage blieb vor dem Sozialgericht erfolglos.

#### **Rechtlicher Hintergrund**

Kann ein Elternteil wegen Kindererziehung nicht erwerbstätig sein, sichert der andere Ehepartner regelmäßig Familieneinkommen und -unterhalt. Verstirbt der arbeitende rentenversicherte Partner, erhält der überlebende Elternteil eine Witwen- bzw. Witwerrente. In einer vergleichbaren Situation befinden sich Geschiedene, die nicht wieder geheiratet haben und die wegen Erziehung eines gemeinsamen Kindes nicht arbeiten können, wenn der den Unterhalt sichernde ehemalige Ehepartner verstirbt. In diesen Fällen zahlt die gesetzliche Rentenversicherung eine Erziehungsrente und trägt so zur Absicherung der Hinterbliebenen bei.

#### **Entscheidung**

Das bayerische LSG hat das Verfahren dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorgelegt. Nach der Überzeugung des Gerichtes ist die Versagung der Erziehungsrente bei nicht verheirateten Paaren verfassungswidrig. Artikel 6 Abs. 5 GG verbiete es, nichteheleiche Kinder schlechter zu stellen als eheliche. Durch die Versagung der Erziehungsrente sei die "ledige Mutter" gezwungen, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen und könne sich typischerweise weniger um das Kind kümmern. Diese geringere Betreuungsmöglichkeit stelle daher Kinder unverheirateter Mütter schlechter als Kinder von Müttern, die verheiratet waren. Dies sei mit der verfassungsrechtlich gebotenen Gleichstellung ehelicher und nichteheleicher Kinder unvereinbar.

#### **Konsequenz**

Das Bundesverfassungsgericht wird nun darüber entscheiden, ob die Bestimmung zur Erziehungsrente in § 47 SGB VI verfassungswidrig ist.

### **6. Leerstand: Vermietungsabsicht setzt zielgerichtete Maßnahmen voraus**

### **Einleitung**

Nach § 9 EStG sind Werbungskosten Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung, wenn sie durch sie veranlasst sind. Fallen solche Aufwendungen schon an, bevor mit dem Aufwand zusammenhängende Einnahmen erzielt werden, können sie als vorab entstandene Werbungskosten berücksichtigt werden, wenn ein ausreichend bestimmter wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den Aufwendungen und der Einkunftsart besteht. Aufwendungen für eine leer stehende Wohnung können als vorab entstandene Werbungskosten abziehbar sein, wenn der Steuerpflichtige sich endgültig entschlossen hat, daraus durch Vermieten Einkünfte zu erzielen und diese Entscheidung später nicht wieder aufgegeben hat. Diese Einkünfterzielungsabsicht muss sich anhand ernsthafter und nachhaltiger Vermietungsbemühungen des Steuerpflichtigen belegen lassen.

### **Sachverhalt**

Der Kläger errichtete in 1976 ein Wohn- und Geschäftsgebäude. EG und 1. OG wurden seitdem vermietet. Im Übrigen stehen mehrere Wohnungen seit 1976 durchgängig leer. Bei der Veranlagung 2003 erkannte das Finanzamt - und ihm folgend das FG - die auf die leer stehenden Räume entfallenden Aufwendungen mangels ernsthafter Vermietungsabsicht nicht als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung an.

### **Entscheidung**

Der BFH entschied, dass die im Zusammenhang mit den seit Jahren leer stehenden Räumen angefallenen Aufwendungen nicht als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zu berücksichtigen sind. Zeigt sich aufgrund bislang vergeblicher Vermietungsbemühungen, dass für das Objekt, so wie es baulich gestaltet ist, kein Markt besteht und die Immobilie deshalb nicht vermietbar ist, so muss der Steuerpflichtige zielgerichtet darauf hinwirken, unter Umständen auch durch bauliche Umgestaltungen einen vermietbaren Zustand des Objekts zu erreichen. Bleibt er untätig und nimmt den Leerstand auch künftig hin, spricht dieses Verhalten gegen den endgültigen Entschluss zu vermieten oder für dessen Aufgabe. Weil es der Kläger unterließ, auf den fehlenden Markt durch bauliches Umgestalten zu reagieren und den Leerstand der Räume vielmehr jahrelang hinnahm, schloss der BFH, der Kläger habe seinen Vermietungsentschluss aufgegeben.

### **Konsequenz**

Besteht seitens des Steuerpflichtigen die Vermietungsabsicht, so sollte dies durch entsprechende entgegenwirkende Maßnahmen dokumentiert werden.

## **7. Ehegatte kann Aufteilung der Steuerschuld beantragen**

### **Kernproblem**

Ehegatten, die zusammen zur Einkommensteuer veranlagt werden, schulden die Steuer gemeinsam. Bei einer Steuernachzahlung kann somit jeder Ehegatte für die volle Summe in Anspruch genommen werden. Beantragt ein Ehegatte nachträglich die Aufteilung der Steuerschuld, werden zwei getrennte Schuldbeträge ermittelt, so dass jeder nur noch "seinen" Anteil zu zahlen hat.

### **Sachverhalt**

Der Ehemann, der stets deutlich weniger verdient hatte und von seiner Ehefrau finanziell unterstützt wurde, beantragte die Aufteilung der Einkommensteuerschuld. Hiergegen wandte sich die Ehefrau mit dem Argument, dass die beantragte Aufteilung eine Schikane ihres Mannes sei. Die Rechtsprechung habe eine Aufteilung der Steuerschuld in den Fällen für unwirksam erachtet, in denen mit der Aufteilung nicht die Zielsetzung verfolgt wird, sich eigene Vorteile zu sichern, sondern lediglich dem anderen Schaden zuzufügen.

### **Entscheidung**

Das FG Berlin-Brandenburg folgte der Auffassung der Klägerin nicht. Es sah ein berechtigtes Interesse des Ehemanns in der Stellung des Antrags auf Aufteilung der Steuerschuld, da er aufgrund seiner geringen Einkünfte erhebliche Steuererstattungen erhielt. Dass die Ehefrau aufgrund des Aufteilungsantrages nun eine wesentlich höhere Nachzahlung zu leisten hat, sei nicht als Schikane des Ehemannes zu werten.

## **Konsequenz**

Hätte die Ehefrau seinerzeit die geringere Einkommensteuernachzahlung sofort beglichen, wäre für den Ehemann ein Antrag auf Aufteilung der Steuerschuld nicht möglich gewesen. Der Ehemann hätte dann keine Steuererstattung erlangen können. Das FG hat in besagtem Fall Revision beim BFH zugelassen.

## **Unternehmer und Freiberufler**

### **1. Keine Umsatzsteuerbefreiung für Kanutouren**

#### **Einführung**

Das UStG befreit bestimmte Leistungen, wie z. B. die Beherbergung von Jugendlichen, wenn sie von Einrichtungen erbracht werden, die die Jugendlichen zum Zwecke der Erziehung, Fortbildung etc. aufnehmen. Hinsichtlich der Frage, ob die Voraussetzungen der Steuerbefreiung gegeben sind, entzündet sich regelmäßig Streit mit der Finanzverwaltung.

#### **Fall**

Ein Unternehmer organisierte mehrtägige Kanutouren für Schulklassen. Hierzu plante er die Touren, reservierte die Campingplätze, stellte das nötige Material sowie einen fachkundigen Kanufahrer als Begleiter. Die Schulklassen nahmen die Leistungen im Rahmen von Projektwochen in Anspruch. Für die Projektplanung und -ausgestaltung waren die Lehrer verantwortlich. Nach Ansicht des Unternehmers dienten seine Leistungen der Jugendbetreuung bzw. -beherbergung. Er behandelte sie daher als umsatzsteuerfrei, dem folgte die Finanzverwaltung nicht. Hiergegen klagte der Unternehmer.

#### **Neues Urteil**

Die Klage scheiterte vor dem BFH aus mehreren Gründen. Zum einen fehlt es nach Ansicht des BFH an der für die Steuerbefreiung notwendigen Aufnahme der Jugendlichen durch den Kläger. Diese setzt eine umfassende Betreuung durch den Kläger i. S. einer Gesamtverantwortung für die Schulklassen voraus. Letztere lag jedoch bei den begleitenden Lehrern. Ferner erfüllen die Kanutouren nicht den vom Gesetz geforderten Erziehungszweck. Dass mit den Kanutouren auch Erziehungsleistungen verbunden sind, reicht nicht aus. Eine Befreiung auf Basis des EU-Rechts lehnt der BFH ebenfalls ab, da keine Anhaltspunkte vorliegen (z. B. die Kostenübernahme durch staatliche Einrichtungen), dass der Kläger zu den begünstigten Einrichtungen zählt.

#### **Konsequenz**

Für Unternehmen ist es schwer, im Dickicht der Steuerbefreiungen den Durchblick zu halten. Unternehmen, die ähnliche Leistungen anbieten, sollten deren steuerliche Behandlung im Vorfeld klären. Darüber hinaus sollten die Unternehmen in ihre Verträge immer eine Umsatzsteuerklausel aufnehmen, die es ihnen erlaubt, die Umsatzsteuer nachzubelasten, wenn die Finanzverwaltung die Steuerbefreiung verweigert. Bruttovereinbarungen sind zu vermeiden. Sie bergen das Risiko, auf der Umsatzsteuer sitzen zu bleiben.

### **2. Berichtigung von vom Finanzamt übernommenen Fehlern von Stpfl.**

#### **Kernaussage**

Eine die Berichtigung nach den Vorschriften der Abgabenordnung (§ 129 AO) ermöglichende offenbare Unrichtigkeit kann auch vorliegen, wenn das Finanzamt eine in der Steuererklärung enthaltene offenbare Unrichtigkeit des Steuerpflichtigen als eigene übernimmt. Die Unrichtigkeit ist offenbar, wenn sie sich ohne weiteres aus der Steuererklärung, den Anlagen sowie den Akten für das betreffende Veranlagungsjahr ergibt.

#### **Sachverhalt**

Die Klägerin erzielt mit ihrem Handelsbetrieb Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Das beklagte Finanzamt forderte sie auf, ab Januar 1999 von der Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 3 EStG zur Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 1 EStG überzugehen und eine Eröffnungsbilanz einzureichen. Die Bilanz zum 1.1.1999 wies einen Gewinn von rd. 168.115 DM aus, der aus Hinzurechnungen des Warenbestands resultierte.

Die Einkommensteuererklärung der Klägerin für 1999 wurde in 2001 mit der Anlage GSE eingereicht, die nur einen Gewinn von 93.220 DM auswies. Dieser entsprach in etwa dem aus dem Jahresabschluss zum 31.12.1999. Der Beklagte veranlagte die Klägerin erklärungsgemäß mit bestandskräftigem Bescheid. Die spätere Betriebsprüfung stellte fest, dass der Übergangsgewinn nicht in diesem Bescheid erfasst worden war. Der Beklagte erließ einen Änderungsbescheid und unterwarf den Übergangsgewinn der Besteuerung. Die hiergegen gerichtete Klage blieb in allem Instanzen erfolglos.

#### **Entscheidung**

Die Berichtigung des Einkommensteuerbescheides für 1999 war rechtmäßig. Der Übergangsgewinn durfte der Besteuerung unterworfen werden. Nach § 129 AO darf die Finanzbehörde Schreib- und Rechenfehler und ähnliche offenbare Unrichtigkeiten jederzeit innerhalb der Verjährungsfrist berichtigen. Letztere lag auch hier vor, weil das beklagte Finanzamt eine in der Steuererklärung enthaltene offenbare Unrichtigkeit der Klägerin als eigene übernahm. Diese lag in der nicht berücksichtigten Tatsache, dass ein Übergangsgewinn durch den Wechsel der Gewinnermittlungsart bei der Klägerin entstanden war und diese ihn zwar in der Eröffnungsbilanz, nicht aber in ihrer Einkommensteuererklärung 1999 erklärt hatte. Diese offenbare Unrichtigkeit hätte der Sachbearbeiter des Beklagten auch unschwer erkennen können, sie beruhte also nicht auf einer unzureichenden Sachaufklärung.

### **3. Eingriff in den Gewerbebetrieb durch E-Mail**

#### **Einführung**

Unternehmen erhalten zunehmend Werbe-E-Mails, was angesichts der Vielzahl regelmäßig als störend empfunden wird. Streitig war, ob bereits die einmalige Zusendung einer derartigen E-Mail einen Unterlassungsanspruch gegen den Versender auslöst.

#### **Entscheidung**

Die Klägerin erhielt von der Beklagten eine E-Mail in Form eines Newsletters mit Informationen für Kapitalanleger. Da die Beklagte sich weigerte, eine Unterlassungserklärung abzugeben und lediglich erklärte, von einer weiteren Zusendung abzusehen, erhob die Klägerin Klage auf Unterlassung. Aufgrund der Auflösung der Klägerin während des Revisionsverfahrens erklärten die Parteien die Hauptsache für erledigt, so dass nur noch über die Kosten zu entscheiden war. Der BGH hat der Beklagten die Kosten des Rechtsstreits auferlegt. Angesichts des mutmaßlichen Ausgangs des Verfahrens zu Lasten der Beklagten habe diese auch die Kosten zu tragen. Es bestehe ein Unterlassungsanspruch aufgrund eines Eingriffes in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Die Zusendung ohne vorherige Einwilligung des Empfängers stelle einen unmittelbaren Eingriff in den Gewerbebetrieb dar. Denn unverlangt zugesandte E-Mail-Werbung beeinträchtigt regelmäßig den Betriebsablauf. Mit dem Sichten und Aussortieren unerbetener E-Mails sei ein zusätzlicher Arbeitsaufwand verbunden. Zudem könnten, soweit kein festes Entgelt vereinbart sei, zusätzliche Kosten für die Herstellung der Online-Verbindung und die Übermittlung der E-Mail durch den Provider anfallen. Die Zusatzkosten für eine einzelne E-Mail könnten zwar gering sein. Anders falle die Beurteilung aber aus, wenn es sich um eine größere Zahl unerbetener E-Mails handle oder wenn der Empfänger der E-Mail ausdrücklich dem weiteren Erhalt von E-Mails widersprechen müsse. Mit der häufigen Übermittlung von Werbe-E-Mails ohne vorherige Einwilligung des Empfängers durch verschiedene Absender sei aber immer dann zu rechnen, wenn die Übermittlung einzelner E-Mails zulässig sei. Denn im Hinblick auf die billige, schnelle und durch Automatisierung arbeitssparende Versandmöglichkeit sei ohne Einschränkung der E-Mail-Werbung mit einem immer weiteren Umsichgreifen dieser Werbeart zu rechnen.

#### **Konsequenz**

Zur Vermeidung von rechtlichen Schritten, insbesondere von Abmahnkosten, sollten Versender von Werbe-E-Mails unbedingt sicherstellen, dass von jedem gewerblichen Empfänger eine Einwilligung hierzu vorliegt.

### **4. Vorsteuerabzug aus Rechnungen von Kleinunternehmern?**

### **Einführung**

Da von Kleinunternehmern keine Umsatzsteuer erhoben wird, dürfen sie auch keine Umsatzsteuer in Rechnungen ausweisen. Beachten sie dies nicht und weisen dennoch Umsatzsteuer aus, schulden sie diese dem Finanzamt. Dem Rechnungsempfänger steht ein Vorsteuerabzug jedoch nicht zu. Allerdings können Kleinunternehmer auch zur Umsatzsteuer optieren.

### **Fall**

Ein Kleinunternehmer stellte Kleinbetragsrechnungen ( $\leq 150$  EUR) mit dem Vermerk aus "in diesem Betrag sind 16 % Mehrwertsteuer enthalten". Das Finanzamt sah hierin eine Option zur Umsatzsteuer und setzte entsprechend Umsatzsteuer fest. Der Kleinunternehmer klagte hiergegen, da er nicht die Absicht hatte, zur Umsatzsteuer zu optieren. Ebenso sah er in seinen Rechnungsvermerken keinen unberechtigten Ausweis von Umsatzsteuer, der Anlass für eine Nachforderung des Finanzamtes wäre.

### **Neues Urteil**

Nach Ansicht des Hessischen FG liegt ein unberechtigter Ausweis von Umsatzsteuer nur bei unzutreffender Angabe eines Steuerbetrages, nicht jedoch bei Angabe des Steuersatzes vor. Dem steht auch nicht entgegen, dass eine solche Rechnung den Vorsteuerabzug ermöglicht. Ob der Ausweis des Steuersatzes als konkludenter Verzicht auf die Kleinunternehmerregelung zu werten ist, lässt das FG offen, da ein solcher Verzicht gegenüber dem Finanzamt hätte erfolgen müssen. Da dies nicht gegeben war, schuldete der Kläger keinerlei Umsatzsteuer.

### **Konsequenz**

Die Systematik des UStG setzt grundsätzlich voraus, dass zu jedem Vorsteuerabzug eine korrespondierende Umsatzsteuerschuld existiert. In der vorliegenden Konstellation sieht das FG eine Lücke im UStG, die nur vom Gesetzgeber geschlossen werden kann. Da in den Rechnungen zwar Hinweise auf etwaige Steuerbefreiungen aufzunehmen sind, jedoch nicht zwingend auf die Kleinunternehmerregelung, besteht keine Möglichkeit für den Leistungsempfänger festzustellen, ob eine Kleinbetragsrechnung von einem regulären Unternehmer ausgestellt wurde. Dem Urteil entsprechend dürfte dies, zumindest bei Unkenntnis, dem Vorsteuerabzug nicht entgegenstehen. Kleinunternehmer, die sich Nachfragen ersparen wollen, sollten in der Rechnung entweder auf die Angabe des Steuersatzes verzichten oder auf die Anwendung der Kleinunternehmerregelung hinweisen.

## **5. Verwertung von Sicherungseigentum**

### **Einführung**

Wird Sicherungseigentum an beweglichen Gegenständen eingeräumt, so stellt dies keine Lieferung dar. Erst bei Verwertung des zur Sicherheit übereigneten Gegenstandes ergibt sich eine Lieferung. Verwertet der Sicherungsnehmer (z. B. Bank) den Gegenstand durch Verkauf ergibt sich ein Doppelumsatz. Der Bankkunde liefert an die Bank, diese wiederum an den Erwerber des Gegenstandes. Erfolgt die Veräußerung durch den Bankkunden im eigenen Namen, aber im Auftrag und für Rechnung der Bank, liegt sogar ein Dreifachumsatz vor. Die korrekte Abrechnung dieser Umsätze stellt die Praxis vor erhebliche Probleme. Entsprechend ergibt sich hier für die Betriebsprüfung ein reichhaltiges Betätigungsfeld.

### **Sachverhalt**

Ein Teppichhändler hatte seiner Bank zur Absicherung zweier Darlehen sein Warenlager übereignet. Die Verwertung durch die Bank durfte erst nach Androhung einer Nachfristsetzung erfolgen. Nachdem sich die wirtschaftliche Lage des Teppichhändlers verschlechtert hatte, einigte er sich mit der Bank darauf, einen Sonderausverkauf durchzuführen. Die Erlöse aus diesem Verkauf wurden vereinbarungsgemäß zur Rückführung der bestehenden Darlehen an die Bank überwiesen. Das Finanzamt sah in dem Ausverkauf Doppelumsätze (Bankkunde an Bank und Bank an Erwerber) und setzte Umsatzsteuer gegenüber der Bank fest; diese klagte hiergegen.

### **Neues Urteil**

Nach Ansicht des BFH können Doppel- oder Dreifachumsätze erst mit Verwertung nach Eintritt der Verwertungsreife vorliegen. Im Fall lag diese aufgrund der ursprünglichen Sicherungsabrede nicht vor, da die Bank erst nach Androhung einer Nachfristsetzung zur Verwertung befugt war. Mit Vereinbarung

des Sonderausverkaufs ergab sich jedoch eine neue Situation. Da der Erlös des Verkaufs zur Tilgung der Darlehen verwendet werden sollte, lag die erforderliche Verwertungsreife vor, so dass von Dreifachumsätzen auszugehen war.

#### **Konsequenz**

Der BFH hat seine Rechtsprechung hinsichtlich der Frage der Abgrenzung zwischen "normalen" Umsätzen und Mehrfachumsätzen geändert. Letztere wurden nach der bisherigen Rechtsprechung schon bei Veräußerung des Sicherungsgutes und Weiterleitung des Verkaufspreises an die Bank angenommen. Nunmehr setzt dies die Verwertung nach Eintritt der Verwertungsreife voraus. Veräußerungen vor diesem Zeitpunkt sind als normale Lieferungen des Bankkunden an den Erwerber zu behandeln.

### **6. Umsatzbesteuerung in der Bauwirtschaft - Merkblatt neu aufgelegt**

#### **Einführung**

Die Umsatzbesteuerung von Bauunternehmen weist eine Menge Tücken auf, deren Nichtbeachtung teuer werden kann. Typische Sachverhalte, die bei Betriebsprüfungen regelmäßig zu Mehrergebnissen führen, sind z. B. die zu späte Anmeldung der Umsatzsteuer, die Nichtbeachtung der Umkehr der Steuerschuldnerschaft sowie unzutreffende Schlussrechnungen.

#### **Neue Verwaltungsanweisung**

Das BMF hat nun sein Merkblatt zur Umsatzbesteuerung in der Bauwirtschaft neu aufgelegt. Es behandelt übersichtlich alle für die Bauwirtschaft relevanten Bereiche: - Abgrenzung von Werklieferung zu Werkleistung, - Teilleistungen, - Entstehung der Steuer, - Ermittlung des Entgeltes, - Ausstellung von Rechnungen und Vorsteuerabzug, - Steuerschuldnerschaft des Leistungsempfängers etc.

#### **Konsequenz**

Letztmalig wurde das Merkblatt im Jahr 2004 aufgelegt. Die Neuauflage unterscheidet sich hiervon insbesondere durch die ausführliche Darstellung von Teilleistungen im Baugewerbe. Die korrekte Erfassung von Teilleistungen war insbesondere bei Anhebung des Umsatzsteuersatzes von 16 % auf 19 % zum 1.1.2007 von Bedeutung. Hier hatten die Unternehmer, die gegenüber Privatkunden abrechneten, ein hohes Interesse, ihre Leistungen noch zum geringeren Steuersatz abzurechnen. Dies konnte durch die Vereinbarung von Teilleistungen erreicht werden. Da demnächst die betroffenen Jahre 2006 und 2007 in den Fokus der Betriebsprüfung geraten werden, liegt die Vermutung nahe, dass dieses Schreiben hierzu als Grundlage dienen wird; ein Grund mehr für die Bauwirtschaft, sich mit den Inhalten des Schreibens auseinanderzusetzen.

### **7. Arbeitnehmer dürfen im Urlaub im Geschäft des Ehegatten aushelfen**

#### **Kernfrage/Rechtslage**

Das Bundesurlaubsgesetz sieht vor, dass der Urlaub des Arbeitnehmers seiner Erholung dient. Entsprechend enthält das Gesetz das Verbot einer dem Urlaubszweck widersprechenden Erwerbstätigkeit. Das Landesarbeitsgericht Köln hatte nunmehr darüber zu befinden, ob damit jede Art der Tätigkeit (hier: Mithilfe im Familienbetrieb) verboten ist.

#### **Entscheidung**

Die Klägerin half ihrem Ehemann, der Keramik auf einem Weihnachtsmarkt verkaufte, nach einer Erkrankung im Rahmen ihres vorab genehmigten Urlaubs mit Verkaufstätigkeiten auf dem Weihnachtsmarkt. Der Arbeitgeber war der Auffassung, dass diese Tätigkeit während des Urlaubs dem Erholungszweck zuwiderlaufe und damit unzulässig sei, weil sie zudem das Risiko einer Erkrankung erhöhe. Trotz entsprechender Abmahnungen setzte die Klägerin ihre Tätigkeit fort. Daraufhin kündigte der Arbeitgeber und unterlag zuletzt vor dem Landesarbeitsgericht. Es liege kein Verstoß gegen die Regelungen des Bundesurlaubsgesetzes vor. Nach Auffassung des Gerichts verbiete die Vorschrift nicht etwa alles, was der Erholung abträglich sein könnte. Arbeitnehmern sei es lediglich untersagt, die bezahlte Freizeit zu nutzen, um die Einnahmen aus ihrer Arbeitskraft durch Eingehung eines weiteren Erwerbsverhältnisses in doppelter Weise auszunutzen. Eine unentgeltliche Mithilfe im Familienbetrieb stelle aber keinen Verstoß dar. Dies gelte auch dann, wenn die Klägerin eine Vergütung erhalten

haben sollte. Zulässig sei ein Ausnutzen der Arbeitskraft bis zur Höchstgrenze der erlaubten Arbeitszeit von 48 Stunden in der Woche, mithin für die Klägerin noch 11 Stunden über ihre 37-Stunden-Woche hinaus.

## 8. **Leistungserschleichung mit umfangreichen Konsequenzen**

### **Kernaussagen**

Bei einer Leistungserschleichung durch einen Versicherten darf die Versicherung sowohl den Krankenversicherungsvertrag kündigen als auch sämtliche weiteren Vertragsbeziehungen beenden. Sie ist nicht verpflichtet, den Versicherten in einem anderen Tarif zu versichern.

### **Sachverhalt**

Der bereits über 30 Jahre bei der beklagten Versicherung versicherte Kläger hatte in 2005 Kostenvoranschläge in Höhe von rd. 1.100 EUR für eine neue Brille eingereicht. Als Grund gab er "Ersatz für Bruch und neue Glasstärke" an. Die Beklagte erbrachte die Leistungen. Ende 2006 legte der Kläger erneut eine Brillenrechnung vor und gab wiederum "Ersatz für Bruch" an. Nach Aufforderung durch die Beklagte legte der Kläger eine beschädigte Brille vor. Der beauftragte Sachverständige kam zu dem Ergebnis, dass diese nicht mit den eingereichten Kostenvoranschlägen übereinstimmte. Tatsächlich hatte der Kläger die Brille woanders bezogen und Rechnungen gefälscht. Wegen Täuschung kündigte die Beklagte den Versicherungsvertrag und auch einen Pflegeversicherungsvertrag fristlos. Der Kläger klagte auf Feststellung, dass beide Verträge nicht beendet seien; ferner auf Verurteilung der Beklagten, ihn im Standardtarif für ehemals selbstständig Versicherte aufzunehmen. LG und OLG wiesen die Klage ab.

### **Entscheidung**

Die Beklagte war berechtigt, den Versicherungsvertrag mit dem Kläger fristlos zu kündigen. Ein Festhalten am Vertrag war der Beklagten nicht zuzumuten, weil der Kläger in besonders schwerwiegender Weise Versicherungsleistungen erschlichen hat. Den als Kostenerstattung durch die Beklagte geleisteten Betrag hatte er im Rahmen seiner Lebensführung anderweitig verbraucht. Angesichts dieses groben Vertrauensbruchs war die Beklagte berechtigt, auch den Pflegeversicherungsvertrag zu kündigen. Ein Versicherer kann die fristlose Kündigung des Krankenversicherungsvertrages auch auf die Pflegeversicherung erstrecken, wenn er aufgrund des Verhaltens des Versicherten von einem irreparablen Vertrauensverlust ausgehen muss. Hier bestand die Gefahr einer Leistungserschleichung durch Täuschungsverhalten gleichermaßen. Ferner war die Beklagte berechtigt, einen erneuten Vertragsabschluss mit dem Kläger im gleichen Versicherungszweig abzulehnen.

## 9. **Betriebsbedingte Kündigung angestellter Anwälte in Großkanzleien**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Nach ständiger Rechtsprechung der Arbeitsgerichte reicht es für eine betriebsbedingte Kündigung nicht aus, dass es zu einem Umsatz- oder Auftragsrückgang kommt. Ohne das Hinzutreten weiterer Umstände ist eine hierauf gestützte Kündigung regelmäßig unwirksam. Regelmäßig muss der Umsatzrückgang zum Wegfall eines Arbeitsplatzes führen. Die Kündigung ist dann unter Sozialauswahlgesichtspunkten auszusprechen. Das Arbeitsgericht Frankfurt am Main hatte nunmehr im Dienstleistungsbereich darüber zu entscheiden, ob mit dem Umsatzrückgang einhergehende Umstrukturierungen die betriebsbedingte Kündigung erleichtern könnten.

### **Entscheidung**

Die Klägerin war bei einem Dienstleister beschäftigt und dort in einer Abteilung eingesetzt, in der es über den Zeitraum ihrer Beschäftigung hinweg zu erheblichen Schwankungen in der Produktivität gekommen war. Dabei unterlagen nicht nur die Produktivität der Klägerin, sondern auch die ihrer Vorgesetzten und Kollegen erheblichen Schwankungen. Mit Einsetzen der Wirtschaftskrise verlagerten sich die Schwankungen dergestalt, dass die Produktivität der Vorgesetzten und der Kollegen verhältnismäßig weniger zurückgingen als die der Klägerin. Der Arbeitgeber kündigte daher das Arbeitsverhältnis wegen Wegfall des Arbeitsplatzes, weil Umstrukturierungen dazu geführt hätten,

produktive Arbeiten, wie von Kunden im Übrigen gewünscht, wieder den Vorgesetzten zuzuweisen. Die Klägerin gewann mit ihrer Kündigungsschutzklage. Der Arbeitgeber habe nicht hinreichend dargelegt, dass der Arbeitsplatz der Klägerin aufgrund außer- oder innerbetrieblicher Gründe weggefallen sei. Hinsichtlich der außerbetrieblichen Gründe habe der Arbeitgeber alleine auf den Rückgang der produktiven (= abrechenbaren) Arbeit abgestellt, wobei bereits zweifelhaft sei, ob alleine auf die abrechenbare Arbeit abgestellt werden könne. Denn die Klägerin schulde lediglich ein Tätigwerden, was sie unstreitig in vollem Umfang erbracht habe. Außerdem könne sich der Arbeitgeber nicht pauschal darauf berufen, dass die Kunden zunehmend eine Beratung durch Vorgesetzte wünschten. Erforderlich wäre es gewesen, darzulegen, welche Kunden dies wünschten. Auch die angeblichen innerbetrieblichen Umstrukturierungen seien ungeeignet, die Kündigung zu rechtfertigen, weil wechselnde Arbeitsbelastung im Dienstleistungsbereich typisch sei. Schließlich hätte vor Ausspruch einer Beendigungskündigung eine Änderungskündigung unter Arbeitszeitreduzierung als milderer Mittel ausgesprochen werden müssen.

#### **Konsequenz**

Die Entscheidung zeigt, dass die Arbeitsgerichte an ihrer ständigen Rechtsprechung, der bloße Auftrags- und Umsatzrückgang rechtfertige alleine noch keine betriebsbedingte Kündigung, branchenübergreifend festhalten. Sie gilt insbesondere auch für den Dienstleistungsbereich. Im Ergebnis muss es zum Wegfall eines konkreten Arbeitsplatzes kommen. Dies gilt auch dann, wenn Umstrukturierungen mit dem Umsatzrückgang einhergehen.

### **10. Entschädigung schwerbehinderter Bewerber bei Verfahrensfehlern**

#### **Kernfrage/Rechtsslage**

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz eröffnet einem wegen einer Diskriminierung im Rahmen der Bewerberauswahl benachteiligten Bewerber einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf eine Entschädigung gegenüber dem Arbeitgeber. Das Landesarbeitsgericht Hessen hatte nunmehr darüber zu befinden, ob dieser Anspruch bei Schwerbehinderten schon dann entsteht, wenn es nur aufgrund formeller Fehler nicht zu einem Bewerbungsgespräch gekommen ist, obwohl das Sozialgesetzbuch IX besondere Schutzregelungen für Schwerbehinderte enthält.

#### **Entscheidung**

In zwei selbstständigen Verfahren hatte das Gericht über Entschädigungsklagen Schwerbehinderter gegen öffentliche Arbeitgeber zu entscheiden. Der Kläger hatte rund 120 Bewerbungen, unter anderem an die beiden beklagten öffentlichen Arbeitgeber geschrieben und erhielt jeweils eine Absage, ohne zuvor zum Vorstellungsgespräch eingeladen worden zu sein. Mit seinen Klagen rügte er die Verletzung der Verpflichtungen aus dem Sozialgesetzbuch IX. Während der Kläger im ersten Verfahren gewann, verlor er das zweite. Im ersten Verfahren urteilte das Gericht, dass der Kläger eine Entschädigung verlangen könne, weil der öffentliche Arbeitgeber ihn wegen seiner Behinderung benachteiligt hat. Denn er habe den Kläger entgegen der Regelungen des Sozialgesetzbuches IX nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen, obwohl der Kläger die nach dem Anforderungsprofil in der Stellenanzeige geforderten Voraussetzungen erfüllte. Zudem konnte der Arbeitgeber nicht dokumentieren, aus welchen Auswahlgründen er den Kläger abgelehnt habe. Dies könne im Verfahren nicht mehr nachgeholt werden. Im zweiten Verfahren unterlag der Kläger, weil die unterlassene Einladung zum Vorstellungsgespräch in diesem Fall unschädlich war, da der Kläger für die ausgeschriebene Stelle objektiv nicht geeignet war. Auch ein Verstoß gegen die gesetzlich vorgesehene Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung liege nicht vor. Zwar habe der Beklagte die Schwerbehindertenvertretung erst spät über den Eingang der Bewerbung des Schwerbehinderten informiert, dies sei aber unschädlich, wenn die Schwerbehindertenvertretung noch so rechtzeitig unterrichtet wird, dass sie bei der Vorauswahl die Belange der schwerbehinderten Bewerber vertreten kann.

#### **Konsequenz**

Öffentliche Arbeitgeber müssen schwerbehinderte Bewerber, die für die ausgeschriebene Stelle nicht offensichtlich ungeeignet sind, zum Vorstellungsgespräch einladen. Sämtliche Arbeitgeber haben die Pflicht zur Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung, soweit eine solche besteht. Um eine

Benachteiligung allein wegen Verfahrensfehlern zu vermeiden (widerlegbare Vermutung), wird insbesondere auf die Dokumentation geachtet werden müssen.

## 11. Unentgeltliche oder verbilligte Flüge als Arbeitslohn

### Einführung

Leistungen des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer, die nicht in Geld, sondern in einem sonstigen geldwerten Vorteil bestehen und im weitesten Sinne als Gegenleistung für das Zurverfügungstellen der individuellen Arbeitskraft gewährt werden, stellen steuerpflichtigen Sachbezug dar. Mit gleich lautenden Erlassen haben die Finanzministerien der Länder zur Frage der Bewertung des Sachbezugs bei unentgeltlich oder verbilligt gewährten Flügen Stellung genommen.

### Kernpunkte des Schreibens

Soweit die Luftfahrtunternehmen ihren eigenen Mitarbeitern unentgeltlich oder verbilligt Flüge überlassen und keine Pauschalierung der Lohnsteuer erfolgt, richtet sich die Bewertung des Sachbezugs nach § 8 Abs. 3 EStG. Ausgangspunkt für die Sachbezugsermittlung ist danach der Angebotspreis vor üblichen Preisnachlässen, der durch einen Bewertungsabschlag von pauschal 4 % sowie einen Rabatffreibetrag von derzeit 1.080 EUR gemindert wird. In allen anderen Fällen erfolgt die Bewertung des Sachbezugs gemäß § 8 Abs. 2 EStG mit dem um übliche Preisnachlässe geminderten Endpreis am Abgabeort. Die Bewertung des Sachbezugs nach § 8 Abs. 2 EStG findet insbesondere auch dann Anwendung, wenn die Luftfahrtunternehmen Arbeitnehmern anderer Arbeitgeber (z. B. Mitarbeitern eines Reisebüros) Flüge unentgeltlich oder verbilligt überlassen. Unter bestimmten Voraussetzungen kann der Sachbezug aber auch durch den Ansatz von festgelegten Durchschnittswerten je Flugkilometer ermittelt werden.

### Konsequenz

Dieser Erlass ersetzt den bisherigen Erlass vom 1. Dezember 2006 und gilt für Veranlagungsjahre ab 2010. Die wesentliche Änderung betrifft die Neufestsetzung der Durchschnittswerte für Flugkilometer, die insgesamt zu einem höheren steuerpflichtigen Sachbezugswert ab dem Jahr 2010 führen.

## 12. Steuerpflicht von Preisgeldern eines freiberuflich tätigen Architekten

### Kernproblem

Betriebseinnahmen sind alle Zugänge in Geld oder Geldeswert, die durch den Betrieb veranlasst sind. Den Gegensatz hierzu bilden Einnahmen, für deren Zufluss nicht der Betrieb, sondern private Umstände die Veranlassung geben. Das FG Münster hatte jetzt über die steuerliche Behandlung der Preisgelder von freiberuflich tätigen Architekten zu entscheiden.

### Sachverhalt

Die Gesellschafter einer Architekten-GbR erhielten für die Planung und Betreuung bereits abgeschlossener Bauprojekte anlässlich zweier verschiedener Architektenwettbewerbe Preisgelder. Durch eine Bauspar AG wurde ein Preisgeld im Rahmen des Wettbewerbs "Bauen für die Zukunft" gewährt. Das Ministerium für Bauen und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen prämierte ein anderes Projekt mit dem "Innovationspreis Wohnungsbau". Die Architekten gingen davon aus, die Preisgelder gehörten nicht zu den Einnahmen aus freiberuflicher Tätigkeit. Das Finanzamt dagegen sah eine Betriebseinnahme und veranlagte dementsprechend.

### Entscheidung

Der Senat sah die Preisgelder als betrieblich veranlasste Einnahmen an. Bei den Wettbewerben seien typische Berufsleistungen eines Architekten erbracht worden, die im sachlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Betrieb gestanden hätten. Die erst nachträgliche Prämierung sei unbeachtlich. Durch die Teilnahme an den Architekturwettbewerben sei die bereits erbrachte Arbeit weiter ausgenutzt worden. Anhaltspunkte für eine preisdotierte Würdigung des Lebenswerks oder des Gesamtschaffens der Kläger lägen nicht vor. Nur diese hätten zur Steuerfreiheit geführt.

### Konsequenz

Manche in den Medien verfolgte Preisverleihung sieht man jetzt wohl mit anderen Augen. Zumindest

aus steuerlicher Sicht. Denn der Preisträger, dessen Lebenswerk gewürdigt wird, heimst nicht nur den meisten Beifall des Publikums ein, sondern auch einen Steuervorteil.

### 13. **Abfindung für Arbeitszeitreduzierung: Steuerbegünstigte Entschädigung**

#### **Kernproblem**

Zu den einkommensteuerpflichtigen Einkünften zählen auch Entschädigungen, die als Ersatz für entgangene oder entgehende Einnahmen oder für die Aufgabe oder Nichtausübung einer Tätigkeit gewährt werden. Die Entschädigungen werden aber als außerordentliche Einkünfte tarifbegünstigt besteuert. Hintergrund der gewährten Tarifbegünstigung ist der Umstand, dass sich der Steuerpflichtige in einer Zwangssituation befindet und sich dem zusammengeballten Zufluss der Einnahmen mit den damit einhergehenden höheren steuerlichen Belastungen nicht entziehen kann.

#### **Sachverhalt**

Eine Arbeitnehmerin (Klägerin) schloss mit ihrem Arbeitgeber einen Vertrag über die Reduzierung der wöchentlichen Arbeitszeit. Gleichzeitig wurde vereinbart, dass die Arbeitnehmerin für die Reduzierung der Arbeitszeit eine einmalige Teilabfindung erhalten sollte. Entgegen der Ansicht der Klägerin vertraten Finanzamt und auch Finanzgericht die Auffassung, dass es sich bei der Abfindung nicht um eine tarifbegünstigte Entschädigung handele, da das Arbeitsverhältnis nicht beendet wurde. Des Weiteren sei die Abfindung auch keine Vergütung für eine mehrjährige Tätigkeit, sondern für deren zukünftige Reduzierung.

#### **Entscheidung des BFH**

Der BFH folgte der Auffassung der Klägerin und wertete die Teilabfindung als grundsätzlich tarifbegünstigte Entschädigungszahlung. Nach ständiger Rechtsprechung des BFH müssen Entschädigungszahlungen durch den unmittelbaren Verlust von steuerbaren Einnahmen bedingt sein. Dies sei vorliegend erfüllt, da die Abfindung als Ersatz für die durch die Verminderung der Arbeitszeit entgehenden Einnahmen der Klägerin geleistet wurde. Aus dem Gesetz lasse sich darüber hinaus nicht erkennen, dass eine tarifbegünstigte Entschädigung zwingend die Beendigung der Einkünfteerzielung verlangt, also die gänzliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

#### **Konsequenz**

Das Urteil ist eine nochmalige Klarstellung der bisherigen Rechtsprechung. In vorliegendem Fall hat der BFH allerdings den Sachverhalt zur erneuten Prüfung an das Finanzgericht zurückverwiesen. Das Finanzgericht hat nun zu klären, ob die Klägerin bei Änderung ihres Arbeitsvertrages unter rechtlichem, wirtschaftlichem oder tatsächlichem Druck gehandelt hat. Dies ist nach ständiger Rechtsprechung eine weitere zwingende Voraussetzung für die Annahme einer tarifbegünstigten Entschädigung.

### 14. **Bauleistungen - Neues zur Umkehr der Steuerschuldnerschaft**

#### **Einführung**

Zur Sicherstellung des Steueraufkommens schulden Bauleister im Sinne des § 13b UStG die Umsatzsteuer aus Bauleistungen, die an sie erbracht werden. Sie müssen die Umsatzsteuer errechnen, anmelden und an ihr Finanzamt abführen. Korrespondierend hierzu steht ihnen grundsätzlich der Vorsteuerabzug aus diesen Leistungen zu.

#### **Neue Verwaltungsanweisung**

Ergänzend zu den UStR 2008 hat das BMF nun dargestellt, unter welchen Voraussetzungen Unternehmer als Bauleister im Sinne des § 13b UStG anzunehmen sind. Neu sind hierbei die folgenden Aussagen:

1. Bauleister sind Unternehmen, die gemessen an ihrem Weltumsatz im vorangegangenen Kalenderjahr zu mehr als 10 % Bauleistungen erbringen. Es sind daher nunmehr neben den steuerbaren auch die nicht steuerbaren Umsätze zu berücksichtigen.
2. Hat ein Bauleister noch keine Bauleistungen erbracht, ist er, unabhängig von der 10 %-Grenze, schon als Bauleister anzusehen, wenn er beabsichtigt, solche Leistungen zu erbringen. Allerdings wird

gefordert, dass er schon mit ersten Handlungen zur nachhaltigen Erbringung von Bauleistungen begonnen hat und dies nach außen erkennbar ist.

3. Unternehmer, die eigene Grundstücke zum Zweck des Verkaufs bebauen (z. B. Bauträger), gelten grundsätzlich als Bauleister, es sei denn, sie tätigen ausschließlich Grundstücksgeschäfte, die nicht als Bauleistungen zu qualifizieren sind.

#### **Konsequenz**

Die neu formulierten Grundsätze sind ab dem 1.1.2010 anzuwenden. Unternehmen, die bisher zutreffend nicht als Bauleister behandelt wurden, können hierdurch zum Bauleister werden. Bauunternehmen müssen daher prüfen, ob die Neuregelung für sie Konsequenzen hat. Ergibt sich eine Änderung hinsichtlich der Qualifizierung als Bauleister, fordert das BMF Korrekturen der Abrechnungen für Leistungen, die über den Jahreswechsel hinaus erbracht werden. Erhielt das Unternehmen z. B. bisher Abschlagsrechnungen, die brutto ausgestellt wurden, da es in 2009 nicht als Bauleister galt, muss es nach Erbringung der Leistung in 2010 diese im Rahmen der Schlussrechnung korrigieren, wenn es nun als Bauleister gilt. Hinweise darauf, wie die Erbringer der Bauleistungen noch erkennen sollen, ob ihr Kunde Bauleister ist, gibt das BMF nicht. Hier darf weiterhin nur netto fakturiert werden, wenn der Bauleister sich durch eine im Zeitpunkt des Umsatzes gültige Freistellungsbescheinigung als solcher zu erkennen gibt.

### **15. BGH erkennt Chapter-11-Verfahren als Insolvenzverfahren an**

#### **Kernaussage**

Das durch einen Antrag des Schuldners eingeleitete Verfahren nach Chapter 11 des US-amerikanischen Bankruptcy Code wird als Eröffnung eines ausländischen Insolvenzverfahrens anerkannt. Die Einleitung des Verfahrens bewirkt die Unterbrechung des Nichtigkeitsberufungsverfahrens. Betrifft die Insolvenz das Vermögen des Nichtigkeitsbeklagten, kann der Nichtigkeitskläger das Berufungsverfahren jedenfalls nicht aufnehmen, bevor er bei den zuständigen amerikanischen Gerichten um eine Aufhebung der Unterbrechung (relief from the stay) nachgesucht hat.

#### **Sachverhalt**

Die Beklagte, ein US-amerikanisches Unternehmen, ist eingetragene Inhaberin eines 1995 angemeldeten, auch für Deutschland erteilten europäischen Patents. Die Klägerin wird aus dem Streitpatent in Anspruch genommen und wurde erstinstanzlich unter Feststellung ihrer Schadensersatzpflicht zur Unterlassung und Auskunftserteilung verurteilt. Die Berufung blieb erfolglos. Mit der erfolgreichen Nichtigkeitsklage griff die Klägerin das Streitpatent vollumfänglich an; während des von der Beklagten angestrebten Berufungsverfahrens hat diese sich an den US Bankruptcy Court gewandt, um in das Verfahren nach Chapter 11 des Bankruptcy Code einzutreten. Die Beklagte meint, das Berufungsverfahren sei damit unterbrochen.

#### **Entscheidung**

Das Nichtigkeitsberufungsverfahren war durch den Antrag nach Chapter 11 unterbrochen. Nach § 352 InsO wird durch die Eröffnung des ausländischen Insolvenzverfahrens ein im Inland anhängiger Rechtsstreit unterbrochen, der zur Zeit der Eröffnung anhängig ist und die Insolvenzmasse betrifft. Die Anerkennung der Eröffnung des ausländischen Insolvenzverfahrens ist zu versagen, wenn die Gerichte des Staates der Verfahrenseröffnung nach deutschem Recht nicht zuständig sind oder ein Verstoß gegen den deutschen ordre public vorliegt. Das von der Beklagten eingeleitete Verfahren nach Chapter 11 ist ein Insolvenzverfahren i. S. d. InsO, denn es entspricht ihrer Zielsetzung. Das Ziel der Befriedigung der Gläubiger wird nämlich auch dadurch verfolgt, dass in einem Insolvenzplan Regelungen zum Erhalt des Unternehmens getroffen werden. Das deutsche Insolvenzplanverfahren ist dem amerikanischen Chapter-11-Verfahren nachgebildet. Auch die Besonderheiten des Verfahrens - wie etwa kein Nachweis eines Insolvenzeröffnungsgrundes oder die nur ausnahmsweise Ernennung eines Verwalters - rechtfertigen nicht die Verneinung der Einordnung als Insolvenzverfahren.

### **16. Kfz-Nutzung: Führt fehlendes Fahrtenbuch zwingend zur 1 %-Regel?**

### **Einführung**

Wer behauptet, sein betriebliches Kfz ausschließlich betrieblich zu nutzen, muss dies dem Finanzamt mittels Fahrtenbuch nachweisen. Andere plausible Nachweise akzeptiert die Finanzverwaltung hingegen bisher nicht. Fehlt daher ein Fahrtenbuch, wird die private Nutzung gemäß der 1 %-Methode versteuert.

### **Fall**

Ein Rechtsanwalt nutzte einen Porsche 911 für betriebliche Zwecke. Gleichzeitig befand sich in seinem Privatvermögen ein Porsche 928 sowie zeitweise ein Volvo. Auf seine Ehefrau waren in dieser Zeit ein Mercedes-Geländewagen sowie anschließend ein Chrysler Wrangler zugelassen. Die 5 Kinder des Ehepaars waren minderjährig. Mangels Führung eines Fahrtenbuches beabsichtigte das Finanzamt, den Porsche 911 der 1 %-Regel zu unterwerfen. Hiergegen wehrte sich der Rechtsanwalt, mit dem Argument, dass für die Annahme einer privaten Nutzung kein Raum sei, da ihm und seiner Ehefrau adäquate Fahrzeuge im privaten Bereich zur Verfügung stünden.

### **Neues Urteil**

Das FG des Landes Sachsen-Anhalt folgt der Argumentation des Klägers. Das Halten zweier gleichwertiger Fahrzeuge im Privatvermögen wäre nach Ansicht des FG vollkommen unsinnig, wenn der Porsche 911 für Privatzwecke genutzt würde. Eine private Nutzung ist daher nicht zu versteuern.

### **Konsequenz**

Das Urteil ist erfreulich für die Praxis, aber leider noch nicht endgültig. Die Revision ist beim BFH anhängig. In vergleichbaren Fällen sollte daher Einspruch eingelegt und unter Verweis auf das anhängige Verfahren das Ruhen des Verfahrens beantragt werden, sofern eine private Nutzung tatsächlich unterblieben ist. Der Logik des FG folgend, müsste es bei einem ledigen Unternehmer hierzu ausreichen, wenn ihm ein weiteres gleichwertiges Fahrzeug im privaten Bereich zur Verfügung steht. Bis zum Urteil des BFH sollte, wenn möglich, jedoch in der Praxis nicht auf die Führung eines Fahrtenbuches verzichtet werden.

## **17. Unternehmereigenschaft juristischer Personen des öffentlichen Rechts**

### **Einführung**

Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind nach dem UStG nur im Rahmen ihrer Betriebe gewerblicher Art bzw. ihrer land- oder forstwirtschaftlichen Betriebe unternehmerisch tätig. Der BFH hatte nun zu prüfen, ob diese Regelung den Vorgaben der MwStSystRL entspricht.

### **Fall**

Eine Flussgenossenschaft liess durch eine GmbH Klärschlamm zu Brennmaterial verarbeiten und vertreiben. Hierfür zahlte sie der GmbH einen Zuschuss zum Ausgleich des sonst entstehenden Verlustes. Die Flussgenossenschaft war mehrheitlich an der GmbH, der späteren Klägerin, beteiligt. Zur Aufarbeitung des Klärschlammes pachtete die Klägerin eine Trocknungsanlage von der T-GmbH, an der die Flussgenossenschaft ebenfalls mehrheitlich beteiligt war. Darüber hinaus erbrachte die Flussgenossenschaft Dienstleistungen gegen Entgelt gegenüber der Klägerin. Das Finanzamt unterwarf den Zuschuss der Umsatzsteuer. Hiergegen brachte die Klägerin vor, dass der Zuschuss, sofern dessen Steuerbarkeit unterstellt werde, als nicht steuerbarer Innenumsatz im Rahmen einer Organschaft zwischen ihr und der Flussgenossenschaft zu behandeln sei.

### **Neues Urteil**

Nach Ansicht des BFH sind die Leistungen, die die Klägerin gegenüber der Flussgenossenschaft erbracht hat, grundsätzlich steuerbar. Allerdings kann die Flussgenossenschaft als Körperschaft des öffentlichen Rechts Organträger sein, wenn sie unternehmerisch tätig ist. Dies setzt voraus, dass "sie Leistungen gegen Entgelt auf privatrechtlicher Grundlage erbringt". Als solche waren die gegenüber der Klägerin erbrachten Dienstleistungen anzusehen. Die finanzielle und organisatorische Eingliederung der Klägerin in die Flussgenossenschaft sah der BFH als gegeben an. Die wirtschaftliche Eingliederung könnte sich mittelbar über die T-GmbH ergeben, sofern diese ebenfalls Organgesellschaft der Flussgenossenschaft sei. Um dies zu prüfen, verwies der BFH das Verfahren zurück an das FG, gab diesem aber mit auf den Weg, dass es diesbezüglich unerheblich sei, ob die

Flussgenossenschaft die von der Klägerin bezogenen Leistungen für nichtunternehmerische Zwecke verwende.

### **Konsequenz**

Allein der Umstand, dass der Fall nach Zurückverweisung durch den BFH nun zum dritten Mal dem FG vorliegt, zeigt dessen Komplexität. Körperschaften des öffentlichen Rechts müssen beachten, dass sie, abweichend vom Wortlaut des UStG, unternehmerisch tätig werden, wenn sie den "Rahmen der eigens für sie geltenden öffentlichen Regelungen" verlassen.

## **18. Keine Altregelung der Ansparabschreibung für Freiberufler im Jahr 2007**

### **Kernproblem**

Zur Finanzierung des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 wurde u. a. die Ansparabschreibung in einen Investitionsabzugsbetrag umgestaltet. Die Neuregelung ist mit mehreren Nachteilen versehen. Als eine wesentliche Änderung ist hier zu nennen, dass die Rücklage im Jahr der ursprünglichen Bildung rückgängig zu machen ist, soweit die beabsichtigte Investition nicht getätigt wird. Zudem wurden die an eine Bildung knüpfenden Größenmerkmale verschärft. So ist bei der Gewinnermittlung mittels Einnahmen-Überschussrechnung eine Gewinngrenze von 100.000 EUR eingeführt (mittlerweile ist diese zwischen den Jahren 2008 und 2010 auf 200.000 EUR erhöht worden). Für eine Bildung im Jahr der Verabschiedung des Gesetzes (2007) war bis jetzt umstritten, ab wann die ungünstigere Neuregelung für Freiberufler galt.

### **Sachverhalt**

Ein Tierarzt hatte in seiner Gewinnermittlung für das Jahr 2007 die alte Ansparabschreibung beantragt. Das Finanzamt lehnte den Abzug mit Hinweis auf die Neuregelung ab. Diese wiederum kam nicht zum Ansatz, weil der Gewinn die Größenmerkmale überschritt. Nach Auffassung des Tierarztes erfolgte dies zu Unrecht, denn nach der Übergangsregelung fand die Neuregelung erstmals bei Bilanzierenden für solche Wirtschaftsjahre Anwendung, die nach dem 17.8.2007 endeten. Soweit das Gesetz keine Sonderregelungen vorsah, sollte es grds. erst ab 2008 gelten. Hierauf berief sich der Tierarzt, denn bei ihm gäbe es nur einen Gewinnermittlungszeitraum, kein Wirtschaftsjahr. Der BFH entschied jetzt in einem Aussetzungsverfahren.

### **Entscheidung des BFH**

Nach der Auffassung des BFH verfügen Steuerpflichtige, die Einkünfte aus selbstständiger Arbeit erzielen, über ein mit dem Kalenderjahr identisches Wirtschaftsjahr. Die Richter begründen dies auch mit dem Wortlaut der Neuregelung, denn andernfalls sei die Inanspruchnahme des Investitionsabzugsbetrages für Freiberufler gänzlich ausgeschlossen. Der Abzugsbetrag knüpfe daran, dass der "Betrieb" (also auch der Steuerpflichtige mit Einkünften aus selbstständiger Arbeit) am Schluss des Wirtschaftsjahres, in dem der Abzug vorgenommen werde, bestimmte Größenmerkmale nicht überschreite. Gäbe es für Freiberufler kein Wirtschaftsjahr, könne dieser Personenkreis die Voraussetzungen nicht erfüllen. Das sei mit dem Willen des Gesetzgebers nicht vereinbar.

### **Konsequenz**

Dem Tierarzt blieb die Ansparabschreibung ebenso verwehrt wie der Investitionsabzugsbetrag.

## **19. Haftung von Bau-Generalunternehmern für Insolvenzzgeld**

### **Kernfrage/Rechtsslage**

Das Arbeitnehmerentendengesetz sieht eine Bürgenhaftung des (Haupt)Unternehmers in der Baubranche im Hinblick auf den Mindestlohn der Arbeitnehmer der von ihm eingesetzten Nachunternehmer vor. Diese gesetzliche Bürgenhaftung gilt auch bei Insolvenz des Nachunternehmers. Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hatte nunmehr darüber zu entscheiden, ob und in welchem Umfang diese Bürgenhaftung auch für an die Arbeitnehmer des Nachunternehmers gezahltes Insolvenzzgeld gilt.

### **Entscheidung**

Einer der Nachunternehmer der beklagten Bau-Generalunternehmerin (= GU) meldete Insolvenz an. Die auf den Baustellen der GU eingesetzten Arbeitnehmer des Nachunternehmers beantragten bei der

Bundesagentur Insolvenzgeld. Die Bundesagentur nahm die GU im Anschluss auf Erstattung des an die Arbeitnehmer gezahlten Insolvenzgelds in Höhe des Netto-Mindestlohns von rund 18.300 EUR in Anspruch und gewann vor dem Landesarbeitsgericht. Der Erstattungsanspruch der Bundesagentur bestehe aufgrund der gesetzlichen Bürgenhaftung der GU, die auf die Zahlung des Mindestlohnes gerichtet sei. Wird der Nachunternehmer zahlungsunfähig und erhalten seine Arbeitnehmer daher Insolvenzgeld, so gehen deren Mindestlohnansprüche, die die GU verbürgt, auf die Bundesagentur über. Dabei muss die Bundesagentur im Rahmen der Inanspruchnahme des Bürgen auch nicht die tarifvertraglichen Ausschlussfristen beachten.

#### **Konsequenz**

Mit der Entscheidung wird die Haftung des Generalunternehmers ausgeweitet. Letztlich trägt er auch im Hinblick auf Sozialleistungen, die dem Unternehmen des Nachunternehmers zugute kommen, das volle Insolvenzrisiko. Ob sich der Generalunternehmer hiergegen absichern kann, ist zweifelhaft. Die Revision ist zugelassen, das Urteil somit noch nicht rechtskräftig.

### 20. **Arbeitgeber dürfen Sonntagsarbeit anordnen**

#### **Kernfrage/Rechtslage**

Über das gesetzlich verankerte Weisungsrecht dürfen Arbeitgeber einseitig Arbeitsbedingungen festlegen, wenn keine besonderen Regelungen aus Gesetz, Tarif- oder Arbeitsvertrag bestehen. Dies betrifft auch die Verteilung der Arbeitszeit. Das Bundesarbeitsgericht hatte nunmehr darüber zu entscheiden, wie weit das Weisungsrecht im Hinblick auf die Verteilung der Arbeitszeit (hier: Anordnung von Sonn- und Feiertagsarbeit) reicht.

#### **Entscheidung**

Der Kläger war über 30 Jahre beim beklagten Arbeitgeber auf der Grundlage einer 40-Stunden-Woche ohne weitere Konkretisierung der Arbeitszeit beschäftigt. Nach entsprechender aufsichtsbehördlicher Genehmigung ordnete der Arbeitgeber Sonn- und Feiertagsarbeit an. Mit seiner Klage begehrte der Kläger die Feststellung, dass er nicht zur Sonn- und Feiertagsarbeit verpflichtet sei, weil ohne ausdrückliche arbeitsvertragliche Regelung keine Pflicht zur Sonn- und Feiertagsarbeit bestehe. Außerdem habe er auf die jahrzehntelange abweichende Übung vertrauen dürfen, nur an Werktagen arbeiten zu müssen. Das Bundesarbeitsgericht gab dem Arbeitgeber Recht. Er könne im Rahmen der gesetzlichen, kollektivrechtlichen und einzelvertraglichen Grenzen die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage kraft Direktionsrecht frei festlegen. Das Weisungsrecht war auch nicht durch den Arbeitsvertrag beschränkt. Bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung über die Verteilung der Arbeitszeit sei regelmäßig davon auszugehen, dass die nähere Festlegung der Arbeitszeitverteilung dem Arbeitgeber überlassen sein soll. Dies sei keine unklare oder überraschende Regelung. Auch die Tatsache, dass über 30 Jahre keine Sonn- und Feiertagsarbeit erfolgt sei, wirke nicht zugunsten des Klägers. Durch bloßen Zeitablauf tritt noch keine entsprechende Konkretisierung des Arbeitsvertrags ein.

#### **Konsequenz**

Selbst wenn im Arbeitsvertrag eine ausdrückliche Regelung über die Verteilung der Arbeitszeit fehlt, kommt auch bei jahrzehntelanger Beschränkung der Arbeitszeit auf Werktage grundsätzlich kein dauerhafter Ausschluss von Sonn- und Feiertagsarbeit in Betracht.

### 21. **OLG Rostock: Qualifizierte Schriftformklausel verstößt gegen § 307 BGB**

#### **Kernfrage/Rechtslage**

So genannte doppelte Schriftformklauseln sollen sicherstellen, dass mündliche Vereinbarungen im Rahmen eines Vertragsverhältnisses nicht wirksam werden können. Denn eine einfache Schriftformklausel, also die Regelung, wonach "Änderungen und Ergänzungen" schriftlich vereinbart werden müssen, kann mündlich aufgehoben werden. Klassisches Beispiel ist die sog. betriebliche Übung im Arbeitsrecht, durch die der Arbeitnehmer wegen der bloßen wiederholten Leistung des Arbeitgebers einen Anspruch erwirbt, obwohl dadurch der Arbeitsvertrag geändert wird. Dieser

Anspruch entfällt nicht, weil die Parteien des Arbeitsvertrages eine einfache Schriftformklausel vereinbart haben.

### **Entscheidung**

Die Parteien stritten über die Wirksamkeit einer nur mündlich geschlossenen Aufhebungsvereinbarung über ein Gewerbe-Mietverhältnis. Der zwischen den Parteien geschlossene Mietvertrag über Gewerberäume enthielt eine Regelung, wonach "Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages" der Schriftform bedürfen. Darüber hinaus sollte auch die Aufhebung der Schriftformklausel der Schriftform bedürfen. Das OLG Rostock entschied zugunsten desjenigen, der sich auf die mündliche Aufhebungsvereinbarung berief, weil es die doppelte Schriftformklausel des Mietvertrages als unwirksam erachtete. Sie verstoße als überraschende Klausel gegen die gesetzlichen Regelungen zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Eine Schriftformklausel, die nicht nur für Vertragsänderungen die Schriftform vorschreibt, sondern auch Änderungen der Schriftformklausel ihrerseits der Schriftform unterstellt, erwecke den Eindruck, als könne sie nicht durch eine die Schriftform nicht wahrende Vereinbarung abbedungen werden. Sie käme dann einer konstitutiven Schriftformklausel gleich und verstoße damit gegen den Grundsatz des Vorrangs einer Individualvereinbarung.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung liegt auf einer Linie mit bereits bestehenden Urteilen zur Unwirksamkeit von doppelten Schriftformklauseln. Wenn eine solche Klausel in einem Formularvertrag (mehr als zweimalige Verwendung des Vertrages) enthalten ist und damit den Regelungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unterliegt, dann ist sie unwirksam. Wirksam ist sie nur, wenn sie einer individuellen Vereinbarung der Parteien entspricht. Dies wird man aber bei Vertragsschluss so ausdrücklich festhalten und dokumentieren müssen.

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

### 1. **Wegzugsteuer für Wertsteigerungen von Beteilig. an KapGes rechtmäßig**

#### **Kernproblem**

§ 6 AStG wurde durch das SEStEG an europarechtliche Vorgaben angepasst. Die Neuregelung unterwirft die Wertsteigerungen bei § 17-Anteilen an KapG im Falle des Wegzugs in einen EU- bzw. EWR-Staat zwar immer noch einer besonderen Besteuerung. Die Steuer wird aber zinslos und ohne Sicherheitsleistungen gestundet. Der BFH musste nun einen Fall beurteilen, bei dem sich ein Steuerpflichtiger auf die EU-Rechtswidrigkeit der Regelung berief.

#### **Sachverhalt**

Im Entscheidungsfall war ein unbeschränkt steuerpflichtiges Ehepaar mit Anteilen an Kapitalgesellschaften zunächst nach Belgien und anschließend in die Schweiz verzogen. Zum Zeitpunkt des Wegzugs (1998) beliefen sich die vom Finanzamt ermittelten Wertsteigerungen bei den Anteilen auf rd. 34 Mio. EUR, die sodann einer Besteuerung unterworfen wurden. Einspruch und Klage vor dem FG Düsseldorf waren erfolglos.

#### **Rechtsfrage**

Der BFH musste sich u. a. mit der Frage auseinandersetzen, ob § 6 AStG in der aktuellen Fassung EU-rechtskonform ist. Dies ergibt sich aus § 21 Abs. 13 AStG, der eine Anwendung der Neuregelung auf alle noch nicht bestandskräftig gewordenen Steuerfestsetzungen vorsieht. Der BFH bejaht eine EU-Rechtskonformität. Er verweist hierzu zunächst darauf, dass der Gesetzgeber die vor der Änderung durch das SEStEG bestehende Rechtslage korrigiert habe. Darüber hinaus sei es Sache der betroffenen Staaten - insbesondere des Zuzugsstaates - eine Doppelbesteuerung durch geeignete Maßnahmen zu beseitigen. Vor diesem Hintergrund stelle die Wegzugsbesteuerung eine verhältnismäßige Beschränkung der Grundfreiheiten dar. Im Übrigen sei die rückwirkende Anwendung der Neuregelung nicht zu beanstanden, weil das Vertrauen eines Steuerpflichtigen auf eine gegen Gemeinschaftsrecht verstoßende Regelung keines Schutzes bedürfe.

## **Konsequenz**

In allen noch offenen Fällen wird gegen § 6 AStG kein Verstoß gegen EU-Recht geltend gemacht werden können.

## 2. **BGH zur Karenzenschädigung eines in der Insolvenz gekündigten GF**

### **Kernaussage**

Kündigt der Insolvenzverwalter den Anstellungsvertrag eines Geschäftsführers der GmbH (Schuldnerin), ohne dass beiderseits weitere Erklärungen abgegeben wurden, so ist der Anspruch des gekündigten Geschäftsführers auf Karenzenschädigung aus einem vertraglichen Wettbewerbsverbot keine Masseschuld.

### **Entscheidung**

Die Kündigung eines Dienstverhältnisses (§ 113 InsO) schließt eine Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters (§ 103 InsO) für eine dadurch ausgelöste Wettbewerbsabrede nicht aus. Auch die herrschende Ansicht in der Literatur geht davon aus, dass in der eröffneten Insolvenz das Erfüllungswahlrecht auch für vertragliche Wettbewerbsverbote nach dem Ausscheiden eines Dienstnehmers neben der Möglichkeit zum Verzicht auf das Wettbewerbsverbot (§ 75 a HGB) steht. Im Verzichtsfalle wird er von der Verpflichtung zur Zahlung einer Entschädigung frei. Das Risiko, Erfüllungsansprüche auf Karenzenschädigung nicht gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO gegen die Masse durchsetzen zu können, trifft den gekündigten Dienstnehmer wie jeden Vertragspartner des Schuldners. Die Vorschriften des HGB (§§ 75, 75 a HGB) verdrängen die Bestimmung des § 103 InsO nicht. Der Insolvenzverwalter müsste sonst stets vor Kündigung eines Anstellungsvertrages und mit Entschädigungspflicht für die Masse auf das Wettbewerbsverbot verzichten, wenn an der Vertragserfüllung kein Interesse besteht. Die Masse stünde dann schlechter als wenn ein Verzicht des Dienstherren auf die Wettbewerbsabrede ausgeschlossen wäre.

### **Konsequenz**

Die Kündigung des Dienstvertrages begründet nicht erst die umstrittene Wettbewerbsabrede, mit der Folge, dass die verlangte Entschädigung als Masseschuld zu behandeln wäre. Der Anspruch wurzelt vielmehr in dem Anstellungsvertrag zwischen der GmbH (Schuldnerin) und dem klagenden Geschäftsführer.

## 3. **BGH zur GmbH-Gesellschafterversammlung**

### **1. Kernaussage**

Der Versammlungsleiter einer GmbH-Gesellschafterversammlung kann von der Mehrheit der Gesellschafter bestimmt werden.

### **2. Kernaussage**

Ein Gesellschafter hat keinen Anspruch darauf, dass über die Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers und den Widerruf der Prokura eines anderen Gesellschafters in einem Abstimmungsgang abgestimmt wird. Auf den Versuch eines Gesellschafters, durch die Zusammenfassung der Beschlussanträge die übrigen Gesellschafter von der Abstimmung auszuschließen und so die Mehrheit zu seinen Gunsten zu manipulieren, müssen sich weder die Mitgesellschafter noch der Versammlungsleiter einlassen.

### **3. Kernaussage**

Ein Stimmverbot wegen einer gemeinsam begangenen Pflichtverletzung besteht nicht, wenn einer vorsätzlich begangenen Verfehlung eines Gesellschafter-Geschäftsführers (Kompetenzüberschreitung) mit einem Aufsichtsversäumnis des anderen Gesellschafters eine andersartige Pflichtverletzung gegenübersteht.

### **4. Kernaussage**

Die Befangenheit des Gesellschafters einer GmbH-Gesellschafterin (§ 47 Abs. 4 GmbHG) führt zu einem Stimmverbot der GmbH-Gesellschafterin, wenn er einen maßgebenden Einfluss bei der Gesellschafterin ausübt. Bei der Bestimmung des maßgebenden Einflusses sind die Anteile mehrerer Gesellschafter-Gesellschafter dann zusammenzurechnen, wenn sie wegen einer gemeinsam

begangenen Pflichtverletzung befangen sind. Ein maßgebender Einfluss besteht dann nicht, wenn der betreffende Gesellschafter keine Stimmenmehrheit hat. Auch die Leitungsmacht, die ein Gesellschafter als alleiniger Geschäftsführer innehat, begründet einen solchen Einfluss nicht, sofern er kein Sonderrecht hat.

#### **5. Kernaussage**

Wenn das Ergebnis der Abstimmung in einer GmbH-Gesellschafterversammlung nicht durch einen Versammlungsleiter festgestellt ist, kann ein Gesellschafter durch Erhebung einer Feststellungsklage klären, ob und mit welchem Inhalt ein Beschluss gefasst worden ist.

#### **6. Kernaussage**

Die Entscheidung über die Entlastung des Geschäftsführers einer GmbH ist treuwidrig, wenn sie zu einem Zeitpunkt erzwungen wird, zu dem die Gesellschafter zwar von der Pflichtverletzung erfahren haben, aber noch nicht in der Lage sind zu beurteilen, ob der GmbH ein Schaden zugefügt wurde, und sie nur dazu dient, den Geschäftsführer der Verantwortung für sein Verhalten zu entziehen und eine weitere Untersuchung zu verhindern.

### **4. Anwendung von § 64 Abs. 2 GmbHG a. F. auf EU-Auslandsgesellschaften**

#### **Kernaussage**

§ 64 Abs. 2 GmbHG in der bis zum 31.10.2008 geltenden Fassung normiert die Ersatzpflicht von Geschäftsführern für Zahlungen, die nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der GmbH oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden. Die Regelung ist auf Gesellschaften, die nach dem Recht eines anderen EU-Mitgliedstaates gegründet wurden und im Inland eine Zweigniederlassung unterhalten, anwendbar. Die Vorschrift ist als dem Insolvenzrecht zugehörig zu qualifizieren.

#### **Sachverhalt**

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen einer Ltd. (Schuldnerin), die formal in London ansässig ist und eine im Handelsregister eingetragene Zweigniederlassung in Berlin hat. Er macht Ansprüche wegen Barabhebungen vom Konto der Schuldnerin geltend. Die Beklagten sind der Director einer weiteren Ltd., die wiederum Director der Schuldnerin ist, und der ständige Vertreter der Schuldnerin. Als von deren Geschäftskonto erhebliche Barabhebungen getätigt wurden, war die Schuldnerin bereits zahlungsunfähig. Das LG hat der Klage stattgegeben und die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt; es begründete dies mit einer Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs nach § 826 BGB. Das OLG bestätigte die Entscheidung, stützt den Anspruch des Klägers jedoch auf § 64 Abs. 2 GmbHG a. F.

#### **Entscheidung**

Die Bestimmung des § 64 Abs. 2 GmbHG a. F. war anwendbar, weil das Insolvenzverfahren in Deutschland eröffnet worden war. Die Vorschrift ist als Insolvenzrecht zu qualifizieren, obwohl sie - historisch bedingt - im GmbHG angesiedelt ist. Im Insolvenzfall soll das Leitungsorgan der GmbH in die Pflicht genommen werden, bei Meidung eigener Ersatzpflicht das Vermögen der GmbH zu sichern, damit es nach Verfahrenseröffnung ungeschmälert zur Gläubigerbefriedigung zur Verfügung steht. Die Vorschrift ist auch mit der Niederlassungsfreiheit (Art. 43, 48 EGV) vereinbar, sie stellt keine Voraussetzung für die Errichtung einer Zweigniederlassung in Deutschland auf, sondern knüpft lediglich bestimmte Rechtsfolgen an ein bestimmtes Organverhalten, während die Gesellschaft in Deutschland niedergelassen ist. § 64 Abs. 2 GmbHG a. F. ist auf deutsche Gesellschaften ebenso anwendbar wie auf in anderen Mitgliedstaaten gegründete und berührt diese weder rechtlich noch tatsächlich in unterschiedlicher Weise. Die Anspruchsvoraussetzungen waren hier erfüllt, weil die Schuldnerin Zahlungen geleistet hatte, obwohl sie unstreitig zahlungsunfähig war.

### **5. Schadenersatz wegen Verfügung von Alleingesellschafterin**

#### **Kernaussage**

Eine Verfügung eines Alleingesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH über das Vermögen der GmbH kann nur dann eine Schadenersatzpflicht nach § 43 Abs. 2 GmbHG auslösen, wenn der Geschäftsführer damit gegen ein Verbot verstößt, das - wie § 30 oder 64 GmbHG - durch eine

Weisung der Gesellschafterversammlung nicht außer Kraft gesetzt werden kann. Ein Verzicht durch Vertrag zugunsten Dritter ist nicht möglich.

#### **Sachverhalt**

Der Beklagte, Alleingesellschafter und -geschäftsführer der klagenden GmbH, verkaufte seinen Geschäftsanteil mit Wirkung zum 2.1.2006 an einen Dritten. Ferner verkaufte er diesem am 28.10.2005 unter dem Datum 26.10.2005 für 75.000 EUR einen Anspruch auf Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens und trat die Forderung unter der aufschiebenden Bedingung der Kaufpreiszahlung - ebenfalls fällig am 2.1.2006 - an ihn ab. In dem Vertrag hieß es: "Der Veräußerer hat der GmbH ein Darlehen gewährt, das mit Stichtag 26.10.2005 i. H. v. 200.000 EUR valutiert". Tatsächlich valutierte es zu mehr als 240.000 EUR. Der Beklagte hatte eine Überweisung von 40.000 EUR an sich veranlasst, die als Verwendungszweck die Angabe "Rückführung Gesellschafterdarlehen" enthielt. Die Klägerin verlangt die Rückzahlung der 40.000 EUR. Das LG wies die Klage ab, das KG gab ihr statt. Der BGH stellte das erstinstanzliche Urteil wieder her.

#### **Entscheidung**

Ein Schadensersatzanspruch aus § 43 Abs. 2 GmbHG schied aus, weil der Beklagte im Zeitpunkt der Veranlassung der Überweisung Alleingesellschafter der Klägerin war. Eine Pflichtverletzung ist zu verneinen, wenn die Gesellschafterversammlung den Geschäftsführer zu dem später beanstandeten Verhalten anweist. Soweit dieser dadurch nicht gegen gesetzliche Pflichten (z. B. §§ 30, 64 GmbHG) verstößt, muss er die Weisung befolgen und ist nicht haftbar. Dies gilt erst recht, wenn die GmbH nur einen Gesellschafter hat. Auch ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung schied aus, weil die Zahlung an den Beklagten wegen des wirksamen Darlehensvertrages nicht ohne Rechtsgrund erfolgte. Auf den Rückzahlungsanspruch hat der Beklagte auch nicht verzichtet. Mangels Erlassvertrages wäre nur ein Verzicht durch Vertrag zugunsten Dritter in Betracht gekommen, was aber nach der Rechtsprechung des BGH nicht möglich ist. Anhaltspunkte für eine Verpflichtung des Beklagten, den Rückzahlungsanspruch gegen die Klägerin nicht geltend zu machen, bestanden ebenfalls keine.

### **6. Wettbewerbsverbote in GmbH-Gesellschaftsverträgen und § 1 GWB**

#### **Einführung**

In GmbH-Gesellschaftsverträgen wird oftmals ein Wettbewerbsverbot zu Lasten der Gesellschafter vereinbart. Wird ein Gesellschafter gleichwohl auf demselben Markt tätig, wendet dieser regelmäßig ein, ein solches Verbot sei unwirksam. In diesem Zusammenhang war streitig, ob derart wettbewerbsbeschränkende Satzungsbestandteile mit einer kartellrechtlichen Vorschrift (§ 1 GWB) vereinbar sind.

#### **Entscheidung**

Die Klägerin gründete zusammen mit einem Verlagskaufmann und einem weiteren Gesellschafter die beklagte GmbH. Die Klägerin und der weitere Gesellschafter geben Tageszeitungen heraus. Die Beklagte verteilte im gleichen Gebiet Anzeigenblätter. Im Gesellschaftsvertrag der Beklagten war bestimmt, dass Grundsatzentscheidungen einen einstimmigen Beschluss der Gesellschafterversammlung bedurften. Zu Lasten der Gesellschafter war ein Wettbewerbsverbot vereinbart. Zwischen der Klägerin und den anderen Gesellschaftern bestand Streit, weil die Klägerin über eine Tochtergesellschaft eine Gratiszeitung herausgab. Die Mitgesellschafter sahen darin einen Verstoß gegen das satzungsmäßige Wettbewerbsverbot und beschlossen die Einziehung des Geschäftsanteils der Klägerin. Hiergegen wandte sich die Klägerin. Das Oberlandesgericht gab der Klage statt mit der Begründung, es läge keine Pflichtverletzung aus dem Gesellschaftsvertrag vor, weil das Wettbewerbsverbot gegen § 1 GWB verstieße und damit nichtig sei. Dieser Annahme ist der Bundesgerichtshof nicht gefolgt. Wettbewerbsbeschränkende Satzungsbestandteile würden nicht von § 1 GWB erfasst, wenn sie notwendig seien, um das im Übrigen kartellrechtsneutrale Gesellschaftsunternehmen in seinem Bestand und seiner Funktionsfähigkeit zu erhalten und davor zu schützen, dass ein Gesellschafter es von innen her aushöhle oder gar zerstöre und damit einen leistungsfähigen Wettbewerb zugunsten seiner eigenen Konkurrenzaktivität ausschalte. Entscheidend für die Anwendung des § 1 GWB sei eine Gesamtwürdigung aller für das konkrete Gesellschaftsverhältnis wirksamen Umstände. Dabei komme es insbesondere darauf an, ob der

Gesellschafter in der Lage sei, strategisch wichtige Entscheidungen zu blockieren. Dieses sei vorliegend aufgrund des Einstimmigkeitserfordernisses für strategische Unternehmensentscheidungen der Fall. Mit dem Wettbewerbsverbot werde nicht der freie Wettbewerb eingeschränkt, sondern geschützt.

#### **Konsequenz**

Gesellschaftsverträge sollten auch hinsichtlich der Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Wettbewerbsverbot mit anwaltlicher Hilfe erstellt und anschließend regelmäßig überprüft werden.

### **7. Formwirksamkeit der Beurkundung einer GmbH-Geschäftsanteilsabtretung**

#### **Kernaussage**

Nach der aktuellen Fassung des § 40 Abs. 2 GmbHG ist es möglich, dass Beurkundungen durch einen Schweizer Notar nicht mehr als gleichwertig und wirksam anerkannt werden, da er mangels Amtsbefugnis nicht die Abtretung eines Geschäftsanteils beim Handelsregister anzeigen kann.

#### **Sachverhalt**

Die Beklagte ließ ihren GmbH-Geschäftsanteil von 25.000 EUR in einer Urkunde eines Schweizer Notars in zwei gleiche Anteile teilen. Einen Anteil verkaufte sie und trat ihn an die Klägerin unter der aufschiebenden Bedingung der Kaufpreiszahlung ab. Weil dieser nicht gezahlt wurde, vereinbarten die Parteien privatschriftlich in Zürich, die aufschiebende Bedingung aufzuheben und den verkauften GmbH-Anteil an die Beklagte zu verpfänden. Weil die Klägerin den Kaufpreis nach wie vor schuldete, wollte die Beklagte das Pfandrecht an dem Anteil verwerten. Die Klägerin ist der Ansicht, sowohl der Kauf- und Übertragungsvertrag als auch die Pfandrechtsvereinbarung seien formunwirksam. Die Feststellungsklage hatte Erfolg.

#### **Entscheidung**

Der Beklagten steht mangels formunwirksamer Bestellung kein Pfandrecht an dem verkauften GmbH-Anteil zu. Der notariell beurkundete Kauf- und Übertragungsvertrag ist zwar wirksam. Die Auslandsbeurkundung war nicht zu beanstanden, da Urkundsperson und Urkundsverfahren dem deutschen Recht gleichwertig waren. Allerdings sprach das LG in einem obiter dictum aus, dass "unter Geltung der aktuellen Fassung des § 40 Abs. 2 GmbHG eine andere Einschätzung wahrscheinlich ist". Die vereinbarte Bedingung war hier nicht durch den privatschriftlichen Verpfändungsvertrag aufgehoben worden, denn die Vereinbarung war formunwirksam. Der Wegfall der Bedingung führte unmittelbar zur Abtretung des GmbH-Anteils und war daher formbedürftig. Zudem verlangt das Gesetz für die Bestellung eines Pfandrechts an einem Recht dieselbe Form wie für dessen Übertragung.

#### **Konsequenz**

Ob eine Anteilsübertragung in der Schweiz nach Inkrafttreten des MoMiG zulässig ist, ist offen. Bis zu einer Klärung durch die deutschen Obergerichte kann dies nicht empfohlen werden.

### **8. Genügt "c/o"-Adresse, auch wenn kein eigener Briefkasten existiert?**

#### **Kernaussage**

Bei der Prüfung, ob die von einer Gesellschaft angemeldete inländische Geschäftsadresse den gesetzlichen Anforderungen genügt (§§ 8 Abs. 4 Nr. 1 GmbHG), steht einer Bejahung jedenfalls nicht grundsätzlich der auf einen Dritten hinweisende Zusatz "c/o" entgegen.

#### **Sachverhalt**

Die Gesellschafterversammlung der betroffenen Gesellschaft beschloss in 2008 deren Auflösung und bestellte eine Liquidatorin. Diese meldete eine neue Geschäftsanschrift zur Eintragung ins Handelsregister an, die lautete: "c/o Kliniken S GmbH". Von außen erkennbare Hinweise auf die betroffene Gesellschaft waren an Grundstück und Gebäuden nicht zu finden. Das Registergericht beanstandete die Anmeldung mit der Begründung, dass die Geschäftsanschrift nicht den Zusatz "c/o" enthalten dürfe. Erst die weitere Beschwerde der Gesellschaft hatte Erfolg.

#### **Entscheidung**

Die Pflicht zur Anmeldung der Geschäftsadresse dient dem Gläubigerschutz. Die Gläubiger sollen dem Handelsregister eine Anschrift entnehmen können, unter der zuverlässig wirksame Zustellungen an die

Gesellschaft erfolgen. Dies setzt voraus, dass an dem bezeichneten Ort Zustellungen möglich sind, etwa weil sich dort ihr Geschäftsraum befindet oder ein gesetzlicher Vertreter oder Zustellungsbevollmächtigter dort wohnt. Die Anschrift muss richtig und so gefasst sein, dass der Zustellungsort aufzufinden ist; dies wird durch die Bezeichnung der Gemeinde, Straße und Hausnummer erreicht. In die Anschrift kann auch der Zusatz "c/o" aufgenommen werden. Die Abkürzung hat im Deutschen die Bedeutung "bei" oder "im Hause". Sie verdunkelt den Zustellungsort nicht, sondern enthält eine zusätzliche Beschreibung, die das Auffinden der betroffenen Gesellschaft erleichtert.

#### **Anforderungen des UStG**

Gemäß R 185 UStR muss demgegenüber in einer Rechnung, die unter Nennung nur des Namens des Leistungsempfängers mit "c/o" an einen Dritten adressiert ist, die Identität des Leistungsempfängers leicht und eindeutig feststellbar sein. Die Anschrift des Dritten gilt in diesen Fällen nicht als betriebliche Anschrift des Leistungsempfängers, wenn dieser unter der Anschrift des Dritten nicht gleichzeitig über eine Zweigniederlassung, eine Betriebsstätte oder einen Betriebsteil verfügt. Allein aus diesen Gründen kann eine c/o-Anschrift auf Rechnungen nicht empfohlen werden.

### **9. AdV-Verfahren: Anordnung einer Sicherheitsleistung**

#### **Kernaussage**

Wird die Aussetzung der Vollziehung einer Steuerfestsetzung von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht, muss diese wirtschaftlich zumutbar sein.

#### **Sachverhalt**

Die mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung verbundene Verfassungsbeschwerde betrifft ein Verfahren der Umsatzsteuerfestsetzung. Streitig war, ob das Finanzgericht im einstweiligen Rechtsschutzverfahren die Aussetzung der Vollziehung (§ 69 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. Abs. 2 Satz 3 FGO) von einer Sicherheitsleistung abhängig machen durfte. Die umsatzsteuerpflichtige Beschwerdeführerin, eine GmbH, rügte mit ihrer Verfassungsbeschwerde, dass einem Steuerpflichtigen, dessen wirtschaftlichen Verhältnisse eine Sicherheitsleistung nicht zuließen, der Rechtsvorteil der Aussetzung trotz ernstlicher Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Steuerbescheides grundsätzlich nicht versagt werden dürfe.

#### **Entscheidung**

Das Bundesverfassungsgericht entschied, dass das FG die Anordnung der Sicherheitsleistung verfassungsrechtlich nicht tragfähig begründet hatte. Unter Verkennung der Garantie effektiven Rechtsschutzes (Artikel 19 Abs. 4 GG) hatte sich das FG lediglich auf abstrakte Erwägungen zurückgezogen. Es vertrat die Ansicht, dass von einer Sicherheitsleistung dann nicht abzusehen sei, wenn es um Steuerforderungen gehe, die laufend entstünden, weil das steuerpflichtige Unternehmen dann laufend Erlöse zurückhalten und diese als Sicherheitsleistung zur Verfügung stellen könne. Es führt indes zu einer unzumutbaren Beschränkung des Rechtsschutzes, wenn das FG annimmt, die Sicherheitsleistung sei stets aus den laufend vereinnahmten Umsatzsteuerbeträgen zu erbringen. Dass in Fällen einer aus laufend vereinnahmten Steuern resultierenden Steuerschuld die Leistung einer Sicherheit nie zu einer unbilligen Härte führen kann, war nicht erkennbar. Das FG hatte sich nicht mit dem Umstand auseinandergesetzt, dass ein Unternehmer die laufend und künftig vereinnahmte Umsatzsteuer schon deshalb nicht als Sicherheitsleistung für alte Steuerschulden nutzbar machen kann, weil er diese Gelder als Steuern abführen muss.

#### **Konsequenz**

Bei der Entscheidung über eine Sicherheitsleistung sind stets die individuellen Umstände des Steuerpflichtigen zu berücksichtigen. Die pauschale Entscheidung, bei fortlaufend veranlagten und festgesetzten Steuern (LSt, USt) unabhängig von den wirtschaftlichen Verhältnissen in der Regel nicht von einer Sicherheitsleistung abzusehen, beschränkt den Rechtsschutz der Steuerpflichtigen unzumutbar.