

## **Mandanteninformationen des Monats Oktober 2008**

**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. Zuteilung der neuen Steuer-ID beginnt
2. Rechtsprechungsänderung zur Vererblichkeit des Verlustabzugs
3. Abzug von Unterhaltsleistungen: Bedürftigkeit bei fehlender Verwertbarkeit des Vermögens
4. Mehr Elterngeld durch Wechsel der Steuerklasse
5. Voller Arbeitnehmer-Pauschbetrag trotz Nebentätigkeit als Freiberufler
6. Kabinett beschließt Reform des ehelichen Güterrechts
7. Rechtsprechungsänderung: Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft können nach der Trennung Ausgleichsansprüche haben
8. Keine Erbschaftsteuer auf vom Nacherben geschaffenen Wertzuwachs
9. FG zweifelt an Vereinbarkeit der Bauabzugsteuer mit Europarecht
10. Übernommene Heimkosten als außergewöhnliche Belastung: anzurechnende Einkünfte trotz Abzug durch Sozialamt
11. Wohnmobil ist keine Zweitwohnung im Sinne der doppelten Haushaltsführung
12. Rückgängigmachung eines Grundstückskaufvertrags bei Vormerkung

#### **Unternehmer und Freiberufler**

1. Fehlgeschlagene Hofübergabe – Zahlungen für geleistete Dienste
2. Umstrittene Bilanzierungsmethode ist noch keine „Bilanzfälschung“
3. Auch kommunale Wählervereinigungen sind bis auf Weiteres von der Erbschaft- und Schenkungssteuer befreit
4. Schenkweise Einräumung einer nicht atypischen Unterbeteiligung
5. Nicht schon wieder: Hälfziger Vorsteuerabzug für Kfz
6. „AGG-Archiv“ ist – in jetziger Form – nicht zulässig
7. In einem Kleinbetrieb kann der Arbeitgeber seiner Ehefrau wegen Scheidung kündigen
8. Anfechtung der Zahlungen zur Herbeiführung der Einstellung eines Strafverfahrens durch InsO-Verwalter
9. Vergütungsanspruch nach Arbeitsunfähigkeit erst nach tatsächlicher Arbeitsleistung
10. Übertragung voll eingezahlter Kommanditbeteiligung auf Minderjährige ohne Ergänzungspfleger zulässig
11. „Szenen einer Ehe“: Ärzte können bei „unbürokratischer“ Weitergabe einer Diagnose zur Zahlung von Schmerzensgeld verpflichtet werden
12. Fondsbeitritt: Haustürsituation ist kreditgebender Bank nur bei „Näheverhältnis“ zum Vermittler zurechenbar

13. Krankenhäuser haften nur bei nachgewiesenem schuldhaftem Fehlverhalten ihres Personals
14. Wagniskapital wird steuerlich begünstigt
15. Hersteller können mit einer 40-jährigen Haltbarkeitsgarantie für ihre Produkte werben
16. Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums tritt in Kraft
17. Umsatzsteuerpflichtige Tätigkeit eines Vereinsvorstands gegenüber dem Verein
18. Veräußerung von Anteilsrechten als gewerblicher Grundstückshandel

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

1. Kein Freiwilligkeitsvorbehalt bei zugesagter Sonderzahlung im Formulararbeitsvertrag
2. Faktische Verlagerung des Sitzes einer Gesellschaft kann zu einem nachträglichen Satzungsman- gel führen
3. Geschäftsführer können bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht persönlich aus Delikt haften
4. Wesentlichkeit einer Beteiligung bei Auflösungsverlust
5. Veräußerung von ursprünglich einbringungsgeborenen GmbH-Anteilen
6. Abschreibung auf Darlehensforderung bis 2007 steuerlich zulässig
7. Bilanzberichtigung und Bilanzänderung

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

#### **1. Zuteilung der neuen Steuer-ID beginnt**

##### **Steuer-ID im Überblick**

Im August 2008 hat das Bundeszentralamt für Steuern damit begonnen, die neuen Steuer-Identifikationsnummern zu erteilen. Bis Ende des Jahres sollen alle Bürger (auch Kinder, unabhängig von einer Steuerpflicht) über eine entsprechende Nummer verfügen. Auch nach Erhalt der Nummer (größte Briefversandaktion in der Geschichte der Bundesrepublik) soll für einen Übergangszeitraum neben der Steuer-ID auch die Steuernummer angegeben werden. Die Steuer-ID ist für die Einkommensteuer vorgesehen und soll die bisherige Steuernummer bei allen Anträgen, Erklärungen und Mitteilungen ersetzen. Die ID wird elf Ziffern haben. Hieraus sollen keine Rückschlüsse auf den Steuerpflichtigen (z. B. Geburtstag) gezogen werden können. Gespeichert werden Familienname, frühere Namen, Vornamen, Doktorgrad, Tag und Ort der Geburt, Geschlecht, gegenwärtige oder letzte bekannte Anschrift, zuständige Finanzbehörden und Sterbetag. Die Daten werden spätestens 20 Jahre nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem der Steuerpflichtige verstorben ist, gelöscht.

##### **Ausblick**

Und damit nicht genug: Für Unternehmer soll noch zusätzlich eine Wirtschafts-Identifikationsnummer vergeben werden, die für betriebliche Steuern gilt.

#### **2. Rechtsprechungsänderung zur Vererblichkeit des Verlustabzugs**

##### **Einführung**

Nach der seit Jahrzehnten bestehenden Rechtsprechung des BFH konnte ein Erbe einen in Person des Erblassers entstandenen Verlust steuerlich nutzen, soweit der Erblasser den Verlust im Rahmen des Verlustabzugs nach § 10d EStG hätte geltend machen können und soweit der Erbe den Verlust des Erblassers im Veranlagungszeitraum nicht ausgleichen konnte und mit diesem Verlust auch tatsächlich wirtschaftlich belastet war.

##### **Rechtsprechung des BFH:**

Der Große Senat des BFH hat mit seinem Beschluss vom 17.12.2007 diese Jahrzehnte alte Rechtsprechung gekippt. Die Rechtsprechungsänderung soll jedoch aus Vertrauensschutzgründen erst auf Todesfälle nach dem 12.3.2007 (Tag der Veröffentlichung auf der Internetseite des BFH) anwendbar sein.

### **Anweisung der Verwaltung:**

Das Bundesministerium der Finanzen (BMF) hat nunmehr mit Schreiben vom 24.7.2008 mitgeteilt, dass die vom Großen Senat des BFH mit seiner Entscheidung vom 17.12.2007 herbeigeführte Rechtsprechungsänderung zur Vererblichkeit des Verlustabzugs erst nach der Veröffentlichung der Entscheidung im Bundesteuerblatt (BStBl.) anzuwenden ist.

## **3. Abzug von Unterhaltsleistungen: Bedürftigkeit bei fehlender Verwertbarkeit des Vermögens**

### **Kernproblem**

Erwachsen einem Steuerpflichtigen Aufwendungen für den typischen Unterhaltsbedarf einer ihm oder seinem Ehegatten gegenüber gesetzlich unterhaltsberechtigten Person, so wird auf Antrag die Einkommensteuer durch den Ansatz außergewöhnlicher Belastungen gemindert. Auf das Bestehen einer konkreten zivilrechtlichen Unterhaltsberechtigung und die Höhe des zivilrechtlichen Unterhaltsanspruchs kommt es nicht an. Der Abzug setzt aber voraus, dass die unterhaltene Person kein oder nur ein geringes Vermögen besitzt. Bei einem vor dem BFH ausgetragenen Streitfall war die Bewertung des Vermögens von Bedeutung: Die von den Eltern unterstützte Tochter war Eigentümerin eines landwirtschaftlichen Betriebs mit Wohnhaus, dessen Anschaffung allerdings vollfinanziert war. Der Anteil an einem von der Mutter übertragenen Mietwohngrundstück war mit einem bis zum Tode der Mutter geltenden Nießbrauch sowie einer Veräußerungs- und Belastungssperre versehen. Einen weiteren Anteil an diesem Grundstück (zusammen die Hälfte) hatte sie von der Tante unter ähnlichen Bedingungen übertragen bekommen. Finanzamt und Finanzgericht lehnten den Abzug der Unterstützungszahlungen ab, weil die Tochter nicht lediglich über ein geringes Vermögen verfüge. Vermögen sei auch dann schädlich, wenn es belastet ist und nicht für den Unterhalt zur Verfügung stehe.

### **Bisherige Rechtsprechung**

Ob die unterhaltene Person kein oder nur geringes Vermögen hat, ist unabhängig von der Anlageart nach Auffassung des BFH nach dem Verkehrswert zu entscheiden. Die Finanzverwaltung sieht unter Tolerierung des BFH ein Vermögen von bis zu 15.500 EUR als unschädlich an.

### **Entscheidung**

Der BFH bestätigt seine Verkehrswertbetrachtung: Unter Vermögen sei das Netto-Vermögen zu verstehen, d. h. der Wert der aktiven Vermögensgegenstände, vermindert um die Schulden des Unterhaltenen. Denn durch den kreditfinanzierten Erwerb von Wirtschaftsgütern vermindere sich die unterhaltsrechtliche Bedürftigkeit nicht. Der in Höhe des Kaufpreises dinglich belastete landwirtschaftliche Betrieb mit der Wohnung der Tochter war daher außer Betracht zu lassen. Auch der auf dem Mietwohngrundstück lastende Vorbehaltsnießbrauch mindere den Verkehrswert. Darüber hinaus werde der Verkehrswert entgegen der Ansicht des FG auch durch Verfügungsbeschränkungen oder -verbote gemindert. Ein ewiges Veräußerungsverbot zusammen mit einem ewigen Nießbrauchsvorbehalt hätte zur Folge, dass ein Grundstück für den Eigentümer und einen möglichen Erwerber wertlos wäre.

### **Konsequenz**

Dem steht nicht entgegen, dass Verfügungsbeschränkungen steuerlich teilweise unberücksichtigt bleiben (bei der Bewertung nach dem Bewertungsgesetz, z. B. für die Erbschaftsteuer). Der BFH hat den Fall zur Ermittlung des Verkehrswerts unter Berücksichtigung der Belastungen nach den Marktverhältnissen an das FG zurückverwiesen. Dabei sei auch die statistische Lebenserwartung der Berechtigten zu berücksichtigen.

## **4. Mehr Elterngeld durch Wechsel der Steuerklasse**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Das zum 1.1.2007 eingeführte Elterngeld bemisst sich nach der Höhe des von dem Elterngeldempfänger zuletzt bezogenen Nettolohnes. Der Nettolohn ist entscheidend mit davon abhängig, welche Lohnsteuerklasse die Eheleute gewählt haben. Das Sozialgericht Dortmund hatte darüber zu entscheiden, ob die Lohnsteuerklassenänderung zugunsten des Elterngeldempfängers und die dadurch eintretende Nettolohnerhöhung bei der Berechnung des Elterngeldes berücksichtigungsfähig ist, oder ob es sich bei der Lohnsteuerklassenänderung um eine rechtsmissbräuchliche Gestaltung handelt.

## **Entscheidung**

Das Sozialgericht Dortmund hatte in zwei Fällen über die Klagen von Frauen entschieden, die jeweils vor der Geburt ihres Kindes zusammen mit ihren Ehemännern die zuvor gewählte Lohnsteuerklassenkombination IV/IV zu ihren Gunsten in die Kombination III/V (= höherer Lohn bei der Frau) geändert hatten. Das beklagte Versorgungsamt weigerte sich, das Elterngeld auf der Grundlage des infolge des Steuerklassenwechsels höheren Nettoeinkommens zu berechnen und berücksichtigte nur das zuvor erzielte Nettoeinkommen. Das Gericht urteilte zugunsten der Klägerinnen und führte aus, dass der Elterngeld-Anspruch auf der Grundlage des wegen der Steuerklassenänderung erhöhten Nettoeinkommens zu berechnen ist. Eine Nichtberücksichtigung des Steuerklassenwechsels würde den gesetzlichen Regelungen im Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz widersprechen. Denn der Gesetzgeber habe trotz Kenntnis der Wahlmöglichkeit keine Regelung zum Lohnsteuerklassenwechsel geschaffen. Daher dürften Behörden nicht über eine „Hintertür“ die vom Gesetzgeber nicht erfolgte Einschränkung der Elterngeldhöhe nachträglich vornehmen.

## **Konsequenz**

Dem Urteil dürfte grundsätzliche Aussagekraft beizumessen sein. In dem Fehlen einer gesetzlichen Regelung trotz Kenntnis der Möglichkeit zum Lohnsteuerklassenwechsel dürfte der Willen des Gesetzgebers erkennbar sein, das Recht zum jährlichen Lohnsteuerklassenwechsel bei Elterngeldbezug nicht zu beschneiden.

## **5. Voller Arbeitnehmer-Pauschbetrag trotz Nebentätigkeit als Freiberufler**

### **Kernproblem**

Wenn nicht höhere Werbungskosten nachgewiesen werden, ist bei der Ermittlung der Einkünfte von den Einnahmen aus nichtselbstständiger Arbeit ein Arbeitnehmer-Pauschbetrag von zurzeit 920 EUR abzuziehen. Ob dieser Pauschbetrag in solchen Fällen auf den tatsächlichen Aufwand zu kürzen ist, in denen daneben gleichartige nebenberufliche Betriebsausgaben anfallen, war Gegenstand eines Rechtsstreits beim BFH.

### **Sachverhalt**

Ein als angestellter Assessor und selbstständiger RA tätiger Jurist hatte den Abzug typischer Betriebsausgaben beantragt. Werbungskosten wurden nicht gesondert angesetzt. Die Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit machten in etwa 20 % der Einnahmen aus der Angestelltentätigkeit aus. Das FA erhöhte den Gewinn aus selbstständiger Tätigkeit, weil es der Auffassung war, dass Aufwendungen wie Porto, Telefon, Bürobedarf oder Fachliteratur nur einmal für beide Einkunftsarten anfielen. Rechnerisch ermittelte es daraufhin die tatsächlichen Werbungskosten (Fahrtkosten, Arbeitsmittel, Kontoführung). In Höhe des nicht durch tatsächliche Aufwendungen belegten Anteils des Arbeitnehmer-Pauschbetrags kürzte es die Betriebsausgaben. Die Klage vor dem FG führte nicht zum Erfolg. Der Senat begründete dies damit, dass der Arbeitnehmer-Pauschbetrag zu kürzen sei, während die Betriebsausgaben in der beantragten Höhe zum Abzug zugelassen würden. In der Summe sei jedoch keine Änderung des zu versteuernden Einkommens eingetreten.

### **Entscheidung des BFH**

Der Tenor der Entscheidung hilft dem Stpfl. zunächst weiter. So verbieten sich nach der Auffassung des BFH Überlegungen, den Arbeitnehmer-Pauschbetrag in solchen Fällen zu kürzen, in denen keine oder nur geringe Werbungskosten angefallen sind. Sodann sind jedoch die durch die verschiedenen Tätigkeiten veranlassten Aufwendungen den jeweiligen Einkunftsarten zuzuordnen (ggf. durch Schätzung). Sind die Werbungskosten niedriger als der Arbeitnehmer-Pauschbetrag, so ist dieser in voller Höhe anzusetzen. Der Stpfl. könne aber keine beliebige Bestimmung treffen und auf diese Weise neben dem Arbeitnehmer-Pauschbetrag sämtliche nachgewiesenen Aufwendungen als Betriebsausgaben geltend machen.

### **Konsequenz**

Das FA hatte an sich den richtigen Ansatz gewählt und die Kürzung der Betriebsausgaben in einem, wie der BFH meint, komplizierten Verfahren ermittelt. Dies könnte sich aber am Ende als durchaus günstigere Variante herausstellen, geht aber nicht. Der BFH verlangt nämlich zunächst eine direkte Zuordnung

nach der beruflichen Veranlassung. Ist eine Schätzung unvermeidlich, so darf sich diese zumindest nicht am Verhältnis der Einnahmen orientieren.

## 6. Kabinett beschließt Reform des ehelichen Güterrechts

### Hintergrund

Das Bundeskabinett hat am 20.8.2008 einen Gesetzentwurf zur Reform des Zugewinnausgleichs und der Verwaltung von Girokonten betreuter Menschen beschlossen. Ziel ist ein gerechterer Zugewinnausgleich im Scheidungsfall sowie die Verhinderung von Manipulationen.

### Inhalt des Gesetzentwurfes

Der Gesetzentwurf sieht im Einzelnen folgende Regelungsinhalte vor: Schulden, die zum Zeitpunkt der Eheschließung vorhanden sind und während der Ehe getilgt werden, sollen künftig bei der Ermittlung des Zugewinns berücksichtigt werden. Bisher ist der durch Schuldentilgung entstehende Vermögenszuwachs nicht ausgleichspflichtig. Der Stichtag für die Berechnung des Zugewinns ist nach derzeitiger Regelung der Zeitpunkt der Zustellung des Scheidungsantrags. Die endgültige Höhe der Zugewinnausgleichsforderung wird aber danach bemessen, wie viel von dem Vermögen bei Rechtskraft der Scheidung noch vorhanden ist. Es besteht also die Gefahr, dass in der Zeit zwischen Zustellung des Scheidungsantrags und Rechtskraft des Urteils Vermögen zu Lasten des zugewinnausgleichsberechtigten Ehegatten beiseite geschafft wird. Zur Vermeidung solcher Manipulationen soll daher sowohl für die Berechnung des Zugewinns als auch für die Höhe der Zugewinnausgleichsforderung der Zeitpunkt der Zustellung des Scheidungsantrags maßgeblich werden. Zur weiteren Absicherung des zugewinnausgleichsberechtigten Ehegatten soll außerdem ein Instrument des einstweiligen Rechtsschutzes geschaffen werden, mit dem die Zugewinnausgleichsansprüche gesichert werden können. Darüber hinaus sieht der Gesetzentwurf vor, dass die Betragsgrenze von 3.000 EUR, ab der ein Betreuer für Überweisungen zu Lasten des Betreuten eine gerichtliche Genehmigung bedarf, ersatzlos wegfallen soll.

### Ausblick

Der Gesetzentwurf ist mit der Verabschiedung in das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren eingebracht. Wann mit seinem endgültigen Inkrafttreten zu rechnen ist, bleibt offen.

## 7. Rechtsprechungsänderung: Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft können nach der Trennung Ausgleichsansprüche haben

### Kernfrage/Rechtslage

Nach bisher geltender Rechtsprechung hatten die Partner nichtehelicher Lebensgemeinschaften regelmäßig keine Ausgleichsansprüche im Trennungsfall für solche Aufwendungen, die sie in Ansehung des Bestandes der Lebensgemeinschaft getätigt hatten. Nur dann, wenn die Partner über den Zweck des Zusammenlebens hinaus, also unter besonderer Zweckbindung, Vermögen geschaffen hatten, kamen in sehr engen Grenzen Ausgleichsansprüche nach den Grundsätzen über die Auseinandersetzung einer wegen der besonderen Zweckbindung des Vermögens entstandenen Gesellschaft in Frage. Diese Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof nunmehr aufgehoben und entschieden, dass, wenn beide Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zur Schaffung eines erheblichen Vermögenswertes (hier Haus) beitragen, der im Alleineigentum eines Partners steht, nach der Trennung Ausgleichsansprüche des anderen Partners aus ungerechtfertigter Bereicherung oder nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht kommen können.

### Entscheidung

Die Parteien lebten seit 1990 in nichtehelicher Lebensgemeinschaft. Im Jahre 1999 erwarb die Beklagte ein Grundstück, das für rund 320.000 EUR mit einem Einfamilienhaus bebaut wurde. Das Anwesen sollte den Parteien als gemeinsame Wohnung dienen. Sie zogen Anfang 2000 in das Haus ein, trennten sich allerdings drei Jahre später. Mit seiner Klage verlangte der Kläger von der Beklagten einen Ausgleich für die von ihm für den Hausbau aufgewendeten finanziellen Mittel in Höhe von rund 84.000 EUR sowie für Eigenleistungen im Umfang von mindestens 1.000 Arbeitsstunden, für die jeweils 10 EUR in Ansatz zu bringen seien. Nachdem die Instanzgerichte die Klage zunächst abgewiesen hatten, hob der BGH das Berufungsurteil auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das OLG zurück. In seiner Entscheidung stellte der Bundesgerichtshof fest: Zwar fehle es im Hinblick auf den

Hausbau an einer besonderen Zweckbindung, so dass gesellschaftsvertragliche Ausgleichsansprüche nicht in Frage kämen, allerdings könne sich dieser Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung oder nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ergeben. Auch der leistende Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft dürfe inzwischen auf deren Bestand vertrauen. Denn er wird seine Leistung regelmäßig in der Erwartung erbringen, dass die Gemeinschaft fortbesteht. Soweit er hierauf tatsächlich und für den Empfänger der Leistung erkennbar vertraut hat, ist dies schutzwürdig. Die Annahme, dass nur das Vertrauen von Ehegatten in die lebenslange Dauer ihrer Verbindung rechtlich geschützt sei, könne angesichts der hohen Scheidungsrate die Ungleichbehandlung nicht mehr rechtfertigen. Allerdings kämen solche Ausgleichsansprüche nur bei Leistungen in Betracht, die deutlich über das hinausgehen, was das tägliche Zusammenleben erst ermöglicht. Das Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des Ausgleichsanspruches muss nunmehr erneut überprüft werden.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes hat Grundsatzcharakter und wird dort anzuwenden sein, wo erhebliches Vermögen zugunsten eines Partners in einer langen nichtehelichen Lebensgemeinschaft geschaffen worden ist.

## **8. Keine Erbschaftsteuer auf vom Nacherben geschaffenen Wertzuwachs**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Der Erbschaftsteuer unterliegt der steuerpflichtige Erwerb in Form der Bereicherung, d. h., der (erbschaftsteuerliche) Wert desjenigen, um das der Erwerber von Todes wegen bereichert ist, wird bei ihm der Erbschaftsteuer unterworfen. Hat ein Erblasser Vor- und Nacherbschaft angeordnet, gilt, dass bereits die zum Vorerben berufene Person Erbe des Erblassers ist. Bei Eintritt der Nacherbfolge hat die zum Nacherben berufene Person, den Erwerb (= die Bereicherung durch Nacherbfolge) als vom Vorerben stammend zu besteuern, wobei auf Antrag der Versteuerung das Verhältnis des Nacherben zum Erblasser zugrunde gelegt werden kann. Das bedeutet grundsätzlich auch, dass der Nacherbe die Wertsteigerung des Nachlasses zu versteuern hat. Der Bundesfinanzhof musste nunmehr entscheiden, ob dies auch für Wertsteigerungen gelten kann, die der Nacherbe selbst geschaffen hat.

### **Entscheidung**

Der Kläger hatte nach dem Vorerben im Jahre 2000 im Wege der Nacherbfolge einen Hof erhalten. Seit 1991 hatte er diesen Hof bereits in Eigenbewirtschaftung und umfangreiche Baumaßnahmen durchgeführt. Im Rahmen der Erbschaftsteuerfestsetzung lehnte es das Finanzamt ab, die in Erwartung der Nacherbschaft geleisteten Aufwendungen als Nachlassverbindlichkeiten steuermindernd anzuerkennen, weil dem Nacherben kein zivilrechtlicher Aufwendungsersatz- oder Bereicherungsanspruch zustünde. Der Bundesfinanzhof entschied zugunsten des Nacherben. Zwar hält es der Bundesfinanzhof für zutreffend, dass die erbrachten Bauleistungen keine Nachlassverbindlichkeiten darstellen, weil ein entsprechender Vergütungsanspruch fehle. Allerdings gelte in der Erbschaftsteuer das Bereicherungsprinzip. Dieses schließe aus, dass Vermögenswerte erbschaftsteuerlich beachtlich sein können, die der Nacherbe in Erwartung der Nacherbschaft selbst geschaffen habe. Insoweit liege kein Vermögenszuwachs vor.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung macht deutlich, dass es in Erbgestaltungen mit Vor- und Nacherbfolge entscheidend darauf ankommt, dass der Nacherbe, soweit er Investitionen in den Nachlass tätigt, diese ausreichend dokumentiert, um nicht Gefahr zu laufen, die selbst geschaffene Wertsteigerung zu versteuern.

## **9. FG zweifelt an Vereinbarkeit der Bauabzugsteuer mit Europarecht**

### **Kernproblem**

Erbringt jemand im Inland eine Bauleistung (Leistender) an einen Unternehmer oder an eine jur. Person des öffentlichen Rechts (Leistungsempfänger), ist der Leistungsempfänger zum Einbehalt von 15 % des Brutto-Rechnungsbetrags verpflichtet. Die sog. Bauabzugssteuer ist sodann an das eigene FA abzuführen und wird beim Leistenden und dessen Ertragsteuer angerechnet (wie Lohnsteuer). Dass man diesen an sich gängigen Sachverhalt in der Praxis so selten antrifft, liegt neben einer eingeführten Bagatellgrenze einfach daran, dass der Leistende i. d. R. eine Freistellungsbescheinigung vorlegt, die den „Bauherrn“

von der Verpflichtung des Einbehalts befreit. Die Bescheinigung wird dem Bauleistenden vom Finanzamt erteilt, wenn „der zu sichernde Steueranspruch nicht gefährdet erscheint“. Wenn sich der Auftraggeber nicht an die Spielregeln hält, bringt er sich selbst in die Gefahr einer Haftung. Dabei kann er grundsätzlich der Freistellungsbescheinigung vertrauen, es sei denn, diese wurde durch unlautere Mittel oder falsche Angaben erwirkt und ihm ist dies bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht bekannt. Gegen diesen Vorwurf wollte sich jetzt ein Kläger wehren. Das FG Berlin-Brandenburg hat daraufhin in dem Aussetzungsverfahren an der Vereinbarkeit der Vorschrift mit dem Europarecht gezweifelt.

### **Bisherige Rechtsprechung**

Der BFH hat erst kürzlich eine andere Sondervorschrift im EStG als derzeit nicht ernstlich zweifelhaft im Hinblick auf die Gemeinschaftsrechtmäßigkeit angesehen. Dabei ging es um den Steuerabzug für beschränkt Steuerpflichtige. In der Folge wurde die beantragte Aussetzung der Vollziehung vom Senat abgelehnt.

### **Entscheidung**

Das FG hat ernstliche rechtliche Zweifel an der Gültigkeit der Norm. Es bestehe nach Ansicht des Senats eine für die Gewährung der Aussetzung ausreichende Wahrscheinlichkeit, dass die Bauabzugssteuer eine verbotene Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellen könne. Weil auch die im Inland von Ausländern erbrachten Bauleistungen unter die Vorschrift fallen, könnten die Auftraggeber davon abgehalten werden, in anderen Mitgliedstaaten ansässige Dienstleister in Anspruch zu nehmen.

### **Konsequenz**

Für die Gewährung der Aussetzung reichen einerseits nur vage Erfolgsaussichten zwar nicht aus. Andererseits sei nach Auffassung des Senats nicht zu fordern, dass die für die Rechtswidrigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes sprechenden Gründe überwiegen.

## **10. Übernommene Heimkosten als außergewöhnliche Belastung: anzurechnende Einkünfte trotz Abzug durch Sozialamt**

### **Kernproblem**

Erwachsen einem Steuerpflichtigen Aufwendungen für den Unterhalt und eine etwaige Berufsausbildung einer dem Steuerpflichtigen oder seinem Ehegatten gegenüber gesetzlich unterhaltspflichtigen Person, können Aufwendungen bis zu einem Betrag von 7.680 EUR im Kalenderjahr steuerliche Berücksichtigung als außergewöhnliche Belastung finden. Kosten der Unterbringung eines Familienangehörigen (z. B. in einem Pflegeheim) sind typische Unterhaltsaufwendungen in diesem Sinne. Hat die unterhaltene Person andere Einkünfte oder Bezüge, bleibt ein Betrag von 624 EUR unschädlich. Darüber hinaus vermindert sich der Höchstbetrag von 7.680 EUR entsprechend. Im Streitfall leisteten die Kinder zur Deckung der Kosten der Heimunterbringung einer 94-jährigen einen monatlichen Beitrag an das Pflegeheim. Die Mutter selbst bezog eine Rente, die zumindest ausreichte, um den steuerlich abzugsfähigen Betrag auf Null zu reduzieren, soweit es überhaupt zu einer Anrechnung kam. Denn die Rente wurde direkt vom Sozialamt zur Tilgung der Heimkosten verwendet. Das Finanzamt rechnete die Rente dennoch an.

### **Literaturmeinung**

Bei den zu berücksichtigenden Einkünften wird typischerweise unterstellt, dass sie demjenigen, der sie erzielt hat, für seinen Lebensunterhalt tatsächlich zur Verfügung stehen. Dies gilt ohne Rücksicht auf eine private Verwendungsgebundenheit.

### **Entscheidung des FG**

Das FG wies die Klage ab. Nach Auffassung der Richter dürften lediglich zweckgebundene Einkünfte und Bezüge nicht berücksichtigt werden, die über den typischen Unterhalt hinausgingen und für einen besonderen Bedarf zufließen. Dies sei jedoch bei der zugeflossenen Altersrente und Pension nicht der Fall. Diese Mittel ständen der Mutter grundsätzlich für ihren Lebensunterhalt zur Verfügung. Somit sei es unbeachtlich, dass das Sozialamt von den Einkünften der Mutter sogleich die Heimkosten abzog. Der Fall könne nicht anders behandelt werden, als wenn das Geld zunächst der Mutter zuflöss und von dieser sodann die Heimkosten beglichen würden.

### **Konsequenz**

Ein Ansatz im Rahmen der „normalen“ außergewöhnlichen Belastungen kam wegen der höheren zumutbaren Eigenbelastung nicht zum Tragen. Aber es besteht noch Hoffnung auf eine andere Ansicht des BFH, denn die Revision ist bereits eingelegt.

## **11. Wohnmobil ist keine Zweitwohnung im Sinne der doppelten Haushaltsführung**

### **Kernproblem**

Notwendige Mehraufwendungen, die einem Arbeitnehmer wegen einer beruflich veranlassten doppelten Haushaltsführung entstehen, sind als Werbungskosten abzugsfähig. Diese setzt, wie aus dem Wortlaut zu erkennen, auch tatsächlich einen „doppelten“ Haushalt voraus. Doch reicht ein Wohnmobil dafür aus, das auch zu den Familienheimfahrten verwendet wird?

### **Sachverhalt**

Der Kläger wohnte in Rheinland-Pfalz und war im Streitjahr bei einem Unternehmen in Hamburg angestellt. Er besaß ein Wohnmobil, das er während der Arbeitswoche in Hamburg auf dem Firmengelände als Unterkunft sowie auch für die Fahrten zwischen seinem Wohnort in Rheinland-Pfalz und Hamburg nutzte. Das Finanzamt lehnte den Abzug des beantragten Mehraufwands von über 3.300 EUR ab.

### **Entscheidung des FG**

Die Klage war nicht erfolgreich. Das FG Rheinland-Pfalz führte aus, eine doppelte Haushaltsführung liege nur vor, wenn der Arbeitnehmer außerhalb des Orts, in dem er einen eigenen Hausstand unterhalte, beschäftigt sei und auch am Beschäftigungsort wohne. Erforderlich sei also eine Aufspaltung der normalerweise einheitlichen Haushaltsführung auf zwei verschiedene Haushalte. Von einem Wohnen bzw. einem Führen eines weiteren Haushalts am Beschäftigungsort könne bei einem Leben in einem Wohnmobil während der Arbeitswoche jedenfalls dann nicht die Rede sein, wenn das Fahrzeug nicht am auswärtigen Standort verbleibe, sondern zu Wochenendheimfahrten bzw. weiteren Dienst- oder Privatfahrten verwendet werde. Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig.

## **12. Rückgängigmachung eines Grundstückskaufvertrags bei Vormerkung**

### **Kernproblem**

Beim Abschluss eines notariellen Kaufvertrags über ein Grundstück entsteht Grunderwerbsteuer. Wird der Kaufvertrag später nicht vollzogen, sondern rückgängig gemacht, bevor der Eigentumsübergang im Grundbuch eingetragen wird, kann die Grunderwerbsteuer auf Antrag nicht festgesetzt bzw. bereits festgesetzte Steuer aufgehoben werden.

### **Sachverhalt**

Am 26.2.2003 schlossen Verkäufer und Käufer einen Kaufvertrag über ein Grundstück. Im Grundbuch wurde eine Auflassungsvormerkung zugunsten des Käufers eingetragen. Der Verkäufer trat am 12.6.2003 wegen Nichtzahlung des Kaufpreises vom Vertrag zurück. Am 14.11.2003 bewilligte der Käufer die Löschung der Auflassungsvormerkung im Grundbuch. Diese Erklärung wurde jedoch versehentlich nicht dem Grundbuchamt übersandt. Am 22.1.2004 verkaufte der Verkäufer das Grundstück an einen neuen Käufer. Der ursprüngliche Käufer, zu dessen Gunsten die Auflassungsvormerkung noch eingetragen war, bewilligte in diesem Vertrag die Löschung der Vormerkung.

### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof hat entschieden, dass die tatsächliche und vollständige Rückgängigmachung voraussetzt, dass die Vertragsparteien sämtliche Wirkungen aus dem Erwerbsvorgang aufheben und sich so stellen, als wäre dieser nicht zustande gekommen. Grundsätzlich sei hierzu die Löschung der Auflassungsvormerkung erforderlich. Hat der Käufer dem Verkäufer jedoch eine Löschungsbewilligung in grundbuchrechtlich gebotener Form erteilt und kann der Verkäufer hierüber frei und ohne Einflussnahme des Käufers verfügen, ist auch hierin die Rückgängigmachung des Vertrags zu sehen.

### **Konsequenz**

Bei „verunglückten“ Grundstückskaufverträgen droht eine Belastung mit Grunderwerbsteuer, auch wenn es tatsächlich nicht zu einem Eigentumsübergang an dem Grundstück kommt. Um die Steuerbelastung zu vermeiden, muss genau darauf geachtet werden, dass der Vertrag in vollem Umfang rückgängig ge-

macht wird. Hierzu gehört auch und insbesondere, dass die Auflassungsvormerkung im Grundbuch gelöscht wird.

## Unternehmer und Freiberufler

### 1. Fehlgeschlagene Hofübergabe – Zahlungen für geleistete Dienste

#### **Sachverhalt**

Die Kläger sind Eheleute und haben über 20 Jahre im elterlichen landwirtschaftlichen Betrieb des Ehemanns gearbeitet. Im Hinblick auf die geplante, spätere Übergabe des landwirtschaftlichen Betriebs auf den Kläger wurden als Entgelt lediglich ein Taschengeld sowie Naturalleistungen gezahlt. Nachdem die angestrebte Hofübergabe scheiterte, verklagten sie die Eltern vor dem Arbeitsgericht auf Zahlung einer angemessenen Vergütung. Durch arbeitsgerichtliche Entscheidung wurden den Klägern Zahlungen von rd. 320.000 DM (1996) und rd. 90.000 DM (1997) zugesprochen. Das Finanzamt behandelte die Zahlungen als Arbeitslohn für mehrere Jahre unter Berücksichtigung der Tarifermäßigung nach § 34 Abs. 1 EStG. Durch Klage machten die Eheleute geltend, es handele sich um nichtsteuerbare Vermögensmehrungen in der Privatsphäre.

#### **Urteil**

Der BFH stimmt der Klage insofern zu, als dass die Würdigung des Finanzamts als unzutreffend eingestuft wurde. Die erhaltenen Zahlungen können nicht als Arbeitseinkünfte gewertet werden. Voraussetzung hierfür wäre, dass die tätigen Personen unter der Leitung des Arbeitgebers stünden oder dessen Weisungen zu folgen hätten. Dies kann hier nicht bejaht werden, da im vorliegenden Fall die Kläger lediglich auf familienrechtlicher Grundlage tätig geworden sind. Denn Ziel der „ersatzweise“ zugesprochenen Vergütung war die spätere Übertragung des landwirtschaftlichen Betriebs. Auch stellen die Zahlungen der Eltern keine Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft dar. Die Kläger bewirtschafteten den Betrieb nicht auf eigene Rechnung und Gefahr. Anhaltspunkt hierfür wäre zumindest ein Pacht- oder Nutzungsüberlassungsvertrag gewesen. Diese fehlten im Urteilsfall. Eine steuerliche Mitunternehmerschaft wurde durch den BFH überdies abgelehnt, da die hierzu erforderlichen Merkmale der Unternehmereigenschaft sowie der Unternehmerinitiative ebenfalls fehlten. Jedoch stufte der BFH die erhaltenen Zahlungen als sonstige Einkünfte ein. Denn jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, welches eine Gegenleistung ausübt, qualifiziert sonstige Einkünfte.

#### **Konsequenz**

Es liegen sonstige Einkünfte vor. Durch die gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen und letztlich mit der Annahme einer Gegenleistung für ihre Tätigkeit haben die Kläger den Sachverhalt der Erwerbssphäre zugeordnet.

### 2. Umstrittene Bilanzierungsmethode ist noch keine „Bilanzfälschung“

#### **Einführung**

Eine strafbare „Bilanzfälschung“ (§§ 331 f. HGB) liegt nur vor, wenn eine falsche Darstellung der Verhältnisse der Kapitalgesellschaft nach dem übereinstimmenden Urteil der Fachleute eindeutig feststeht und daher schlechthin unvertretbar ist. Diese Voraussetzung ist bei der gewählten Methode der sofortigen Ertragsrealisierung von Mietgarantiegebühren für langjährige Mietgarantien im Jahr der Vereinnahmung nicht erfüllt, da diese Vorgehensweise in der Fachwelt zumindest in der Vergangenheit teilweise gebilligt wurde.

#### **Entscheidung**

Die Staatsanwaltschaft hatte den Geschäftsführern der IBG („Immobilien und Baumanagement der Bankgesellschaft Berlin GmbH“), zwei Mitarbeitern der für die Abschlussprüfung bestellten Wirtschaftsprüfungsgesellschaft und weiteren Beteiligten die Mitwirkung bei der unrichtigen Darstellung der Verhältnisse der Kapitalgesellschaft vorgeworfen. Die Angeschuldigten sollen teils als Täter und teils als Gehilfen die Jahresabschlüsse der IBG zum 31.12.1998 und 31.12.1999 unabhängig von dem tatsächlichen wirtschaftlichen Erfolg positiv dargestellt haben. Die IBG und ihre Tochterunternehmen hatten die

Auflage geschlossener Immobilienfonds initiiert und den Fondsgesellschaften dabei für die Dauer von 25 Jahren das jeweils prognostizierte Mietaufkommen garantiert. Als Gegenleistung soll die IBG mit jeder Fondsgesellschaft eine Mietgarantiegebühr vereinbart haben, die jeweils zu Beginn der Garantiezeit von den Gesellschaftern an die IBG zu zahlen war. Diese Mietgarantiegebühren sollen bereits entgegen bilanzrechtlicher Vorgaben im Jahr der Vereinnahmung in voller Höhe als Erträge in die Bilanz der IBG geflossen sein. Nach Auffassung der Staatsanwaltschaft hätten hierdurch das Jahresergebnis und der Bilanzgewinn der IGB erheblich überhöht ausgewiesen werden können, was auch eine entsprechende Manipulation des Konzernjahresergebnisses und des Konzerngewinns zur Folge gehabt habe. Hierin liege eine unrichtige Darstellung der Verhältnisse der Kapitalgesellschaft im Sinne von § 331 HGB bzw. eine Verletzung der Berichtspflicht im Sinne von § 332 HGB. Die 26. große Strafkammer des LG Berlin lehnte die Eröffnung des Hauptverfahrens gegen die Angeschuldigten ab. Hiergegen hat die Staatsanwaltschaft sofortige Beschwerde eingelegt.

#### **Entscheidungsgründe**

Die Angeschuldigten sind einer „Bilanzfälschung“ in Form einer unrichtigen Darstellung der Verhältnisse gemäß § 331 HGB bzw. einer Verletzung der Berichtspflicht gemäß § 332 HGB nicht hinreichend verdächtig. Unternehmen steht bei der Unternehmensbewertung ein Bewertungs- und Beurteilungsspielraum zu. Außerdem sind im Strafverfahren diejenigen anerkannten Bewertungsmaßstäbe heranzuziehen, die für den Beschuldigten am günstigsten sind. Eine Strafbarkeit wegen „Bilanzfälschung“ kommt daher nur in Betracht, wenn es nach dem übereinstimmenden Urteil der Fachleute eindeutig feststeht, dass das Unternehmensergebnis falsch dargestellt wurde und diese Darstellung schlechthin unvertretbar war. Im Streitfall mag die Vorgehensweise der Angeschuldigten eine durchaus kritikwürdige „Bilanzkosmetik“ darstellen. Sie sei aber noch nicht als strafbare „Bilanzfälschung“ zu beurteilen. Weder existiere eine gefestigte handelsrechtliche Rechtsprechung noch bestehe eine herrschende Meinung im handelsrechtlichen Schrifttum zu der Frage, ob die von der IGB für ihre Handelsbilanz gewählte Methode der sofortigen Ertragsrealisation im Jahr der Vereinnahmung der Mietgarantiegebühren unzulässig ist. Ebenso wenig bestehe eine einheitliche Praxis der bilanziellen Behandlung in der Vergangenheit. Die von der IGB gewählte und von den Abschlussprüfern gebilligte Bilanzierungsmethode konnte sich zudem auf einige Stimmen in der Fachwelt stützen. Damit fehlt es an der für eine „Bilanzfälschung“ erforderlichen evidenten Unrichtigkeit der Darstellung des Unternehmensergebnisses.

#### **Konsequenz**

Eine strafbare „Bilanzfälschung“ liegt im Unterschied zu einer „Bilanzkosmetik“ nur dann vor, wenn die falsche Darstellung nach dem übereinstimmenden Urteil der Fachleute eindeutig feststeht und daher schlechthin unvertretbar ist. Im Einzelfall kann es dennoch riskant sein, sich zur vermeintlichen Entlastung auf „einige Stimmen der Fachwelt stützen“ zu wollen; dies vor allem dann, wenn es keinerlei Entscheidungen zu der gewählten Bilanzierungsmethode gibt. Das Unternehmen läuft jedenfalls Gefahr, seinen bestehenden Bewertungs- und Beurteilungsspielraum zu verlassen.

### **3. Auch kommunale Wählervereinigungen sind bis auf Weiteres von der Erbschaft- und Schenkungsteuer befreit**

#### **Kernproblem**

Nach § 13 Abs. 1 Nr. 18 Erbschaftsteuergesetz (ErbStG) sind lediglich politische Parteien im Sinne des § 2 des Parteiengesetz (PartG) von der Erbschaft- und Schenkungsteuer befreit. Die Frage, ob diese Steuerbefreiung über den Wortlaut des Gesetzes hinaus auch für kommunale Wählervereinigungen Anwendung findet, ist dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) zur Entscheidung vorgelegt worden.

#### **Entscheidung des Gerichts**

Das BVerfG hat mit seiner Entscheidung vom 17.4.2008 entschieden, dass § 13 Abs. 1 Nr. 18 ErbStG das Recht kommunaler Wählervereinigungen auf Chancengleichheit verletzt, indem nur politische Parteien von der Erbschaft- und Schenkungsteuer befreit sind.

#### **Konsequenz**

Bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber bleibt die Norm zwar weiterhin anwendbar, muss jedoch auf kommunale Wählergemeinschaften ausgedehnt werden, so dass diese Spenden sowie andere Zuwendungen bis auf weiteres nicht versteuern müssen.

#### 4. **Schenkweise Einräumung einer nicht atypischen Unterbeteiligung**

##### **Kernproblem**

Im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge wird regelmäßig auf das Instrument der stillen Unterbeteiligungen zurückgegriffen. Zu beachten ist auch hier die unterschiedliche Beurteilung von typischen und atypischen Beteiligungen. Im vorliegenden Fall war zu entscheiden, ob mit der schenkweisen Einräumung einer typisch stillen Unterbeteiligung an einem Gesellschaftsanteil ein Vermögensgegenstand mit der Folge zugewendet wird, dass Schenkungsteuer anfällt.

##### **Sachverhalt**

Im Urteilsfall hatte der Kläger von seinem Vater schenkweise diverse typisch stille Unterbeteiligungen an verschiedenen Gesellschaften eingeräumt bekommen. Das Finanzamt behandelte diese Schenkungen als Übertragungen von Betriebsvermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge und setzte entsprechende Schenkungsteuer fest.

##### **Lösung des Gerichts**

Das Gericht behandelte die schenkweise Einräumung dieser Unterbeteiligungen nicht als Zuwendung von Vermögensgegenständen und verneinte deshalb eine entsprechende Schenkungsteuerpflicht. In den Urteilsgründen setzt sich der BFH ausführlich mit der unterschiedlichen Behandlung von typischen und atypisch stillen Unterbeteiligungen auseinander und kommt zu dem Ergebnis, dass im Falle der Einräumung von typisch stillen Unterbeteiligungen – anders als bei atypisch stillen Unterbeteiligungen – mangels Zuwendung von Vermögensgegenständen keine Schenkungsteuerpflicht besteht.

#### 5. **Nicht schon wieder: Häftiger Vorsteuerabzug für Kfz**

##### **Rechtslage (vereinfacht)**

Derzeit können Unternehmer den vollen Vorsteuerabzug aus der Anschaffung eines Kfz in Anspruch nehmen, wenn dies zu mindestens 10 % unternehmerisch genutzt wird. Im Gegenzug wird die private Nutzung der Besteuerung unterworfen.

##### **Entwurf JStG 2009**

Der Entwurf des JStG 2009 sieht vor, den Vorsteuerabzug für Kfz, die von Einzelunternehmern sowie von Personengeschaftern privat genutzt werden, auf 50 % zu beschränken. Nicht betroffen sind Kfz, die Arbeitnehmern, z. B. GmbH-Geschäftsführern, im Rahmen des Dienstverhältnisses gegen Entgelt zur Verfügung gestellt werden. Gekürzt werden die Vorsteuerbeträge aus der Anschaffung, der Herstellung, der Einfuhr, dem innergemeinschaftlichem Erwerb, der Miete, dem Leasing sowie aus dem laufenden Betrieb des Kfz. Korrespondierend entfällt die Besteuerung der privaten Nutzung. Die Vorschriften zur Korrektur der Vorsteuer bei Nutzungsänderungen (§ 15a UStG) werden ebenfalls an die Neuregelung angepasst. Die Änderungen sollen erstmals auf Kfz angewendet werden, deren Anschaffung, Anmietung etc. nach dem 31.12.2008 erfolgt, frühestens jedoch mit Genehmigung der Regelung durch die EU.

##### **Konsequenz**

Die Neuregelung tritt nur bei Genehmigung durch die EU in Kraft, die allerdings schon einmal die Einführung des hälftigen Vorsteuerabzuges genehmigt hatte. Presseberichten, die pauschal eine Mehrbelastung durch die Neuregelung prognostizieren, ist nicht zu folgen; hier ist eine Betrachtung des Einzelfalls nötig. Unternehmer, die noch von der zurzeit gültigen Regelung profitieren wollen, müssen privat genutzte Kfz vor in Kraft treten der Neuregelung anschaffen, mieten oder leasen, im Regelfall also in 2008. Die Bundesregierung will mit der Neuregelung das UStG vereinfachen. Tatsächlich wird sich für die Unternehmen jedoch ein erheblicher Mehraufwand ergeben. Sie müssen künftig zwischen Kfz mit hälftigem und vollem Vorsteuerabzug unterscheiden. Die Kfz-Aufwendungen müssen in der Finanzbuchhaltung entsprechend getrennt werden. Daneben ergibt sich ein zusätzliches Potential für Vorsteuerkorrekturen nach § 15a UStG, die überwacht werden müssen. Der Wegfall der Besteuerung der privaten Kfz-Nutzung betrifft nur die USt. Für ertragsteuerliche Zwecke muss die private Kfz-Nutzung unverändert ermittelt werden, so dass sich auch insoweit keine Vereinfachung ergibt.

## 6. „AGG-Archiv“ ist – in jetziger Form – nicht zulässig

### Hintergrund

Mit Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes haben Stellenbewerber bereits einen Schadensersatzanspruch gegen den Arbeitgeber, wenn das Bewerbungsverfahren nicht diskriminierungsfrei erfolgt und der Bewerber, der das verletzte Diskriminierungskriterium erfüllt, im Rahmen des dennoch durchgeführten Bewerbungsverfahrens abgelehnt worden ist. Beispielsweise hat die im Bewerbungsverfahren abgelehnte Frau einen Schadensersatzanspruch, wenn in der Stellenanzeige ausschließlich nach Männern gesucht worden ist. Voraussetzung des Schadensersatzanspruches ist allerdings, dass sich der Bewerber objektiv und subjektiv ernsthaft auf die Stelle beworben hat, insbesondere die Stelle also antreten wollte. Zum Schutz vor solchen Bewerbern, die sich gezielt nur auf diskriminierende Stellenausschreibungen bewerben, um in den Genuss der Entschädigung zu gelangen (sog. „AGG-Hopper“) hat eine Anwaltskanzlei ein AGG-Archiv eingerichtet, in dem bei Inanspruchnahme angefragt werden kann, ob der den Entschädigungsanspruch geltend machende Erwerber ein AGG-Hopper ist. In das Archiv aufgenommen wurden solche Personen, die in mindestens zwei Fällen Entschädigungsansprüche wegen einer Ablehnung in einem diskriminierenden Bewerbungsverfahren gerichtlich geltend gemacht hatten. Gegen den Betrieb dieses Archivs hat das zuständige Innenministerium Baden-Württemberg nunmehr datenschutzrechtliche Bedenken geltend gemacht.

### Die Bedenken

Das Innenministerium Baden-Württemberg erklärte, dass eine „Warndatei“ nur dann betrieben werden dürfe, wenn die Voraussetzungen für eine Speicherung und Auskunftserteilung so ausgestaltet seien, dass die im Archiv gespeicherten Personen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit „AGG-Hopper“ seien. Allein der Umstand, dass eine Person in mindestens drei (= zwei archivierte Fälle und der angefragte Fall) unterschiedlichen Fällen einen Entschädigungsanspruch geltend gemacht oder deswegen Klage erhoben hätte, reiche noch nicht aus.

### Konsequenz

Die Betreiber des AGG-Archivs gehen in einer Stellungnahme davon aus, dass die Feststellungen des Innenministeriums Baden-Württemberg unzutreffend sind. Das Archiv ist weiterhin online erreichbar und wird weiter betrieben. Allerdings finden wohl Gespräche mit dem Innenministerium über den weiteren Betrieb statt.

## 7. In einem Kleinbetrieb kann der Arbeitgeber seiner Ehefrau wegen Scheidung kündigen

### Kernfrage/Rechtslage

In Kleinbetrieben, also solchen Betrieben, auf die das Kündigungsschutzgesetz wegen Nichterreicherung der erforderlichen Mindestarbeitnehmerzahl nicht anwendbar ist, sind Kündigungen unter erleichterten Voraussetzungen möglich. Insbesondere entfällt die Prüfung der sozialen Rechtfertigung der Kündigung. Allerdings stehen auch Kündigungen in Kleinbetrieben der gerichtlichen Überprüfung durch die Arbeitsgerichte offen. Die Kündigung darf nicht gegen Treu und Glauben verstoßen, d. h., willkürlich oder rechtsmissbräuchlich sein. Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hatte nunmehr darüber zu entscheiden, ob die Kündigung der angestellten Ehefrau wegen bzw. im laufenden Scheidungsverfahren gegen Treu und Glauben verstoßen kann.

### Entscheidung

Die Klägerin war seit 1997 in dem Ladengeschäft ihres Ehemannes als Verkaufs- und Kassenhilfe tätig. Der Ehemann beschäftigte zuletzt weniger als fünf Arbeitnehmer. Die Eheleute hatten sich getrennt. Eine Aufenthaltsbestimmung für die Kinder war getroffen. Allerdings waren sie weiterhin verheiratet. Im September 2007 wurde das Arbeitsverhältnis fristgerecht zum 31. Dezember 2007 gekündigt. Hiergegen klagte die Ehefrau mit der Begründung, die Kündigung sei treuwidrig. Der Beklagte habe es ihr gegenüber an jeder sozialen Rücksichtnahme fehlen lassen. Allein der Umstand, dass beide in Scheidung lebten, reiche nicht aus, die Kündigung zu rechtfertigen. Das Gericht urteilte zugunsten des Mannes und begründete seine Entscheidung zunächst damit, dass kein allgemeiner Kündigungsschutz bestand, so dass eine soziale Rechtfertigung der Kündigung nicht erfolgen musste. Darüber hinaus sei es nicht rechtsmissbräuchlich, das Arbeitsverhältnis in Ansehung der Trennung zu kündigen, weil jedenfalls in

Kleinbetrieben die aus der familiären Situation entstehenden Spannungen betriebsschädlich sein können.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung ist zu begrüßen. Sie führt jedenfalls bei Scheidungen in Kleinbetrieben mit mitarbeitendem Ehepartner zur Rechtssicherheit. Die Entscheidung bedeutet auch, dass dem gekündigten Ehepartner keine Abfindung mit Rücksicht auf das Arbeitsverhältnis gezahlt werden muss, da die Kündigung regelmäßig rechtmäßig erfolgt.

## **8. Anfechtung der Zahlungen zur Herbeiführung der Einstellung eines Strafverfahrens durch InsO-Verwalter**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Ein Insolvenzverwalter kann unter gesetzlich vorgeschriebenen Voraussetzungen Leistungen, die der Schuldner vor der Insolvenz erbracht hat, anfechten und das Geleistete vom Empfänger zurückverlangen. Dies gilt dann, wenn keine Gegenleistung für die Leistung des Schuldners erfolgt ist. Aber auch wenn ein Austauschverhältnis (Rechtsgeschäft) vorliegt, stehen dem Insolvenzverwalter Anfechtungsrechte – unter strengeren Anforderungen – zu. Der Bundesgerichtshof hatte nunmehr darüber zu entscheiden, unter welchen der vorgenannten Anfechtungsvoraussetzungen Zahlungen, die der Schuldner an die Staatskasse leistet, um die Einstellung eines gegen ihn gerichteten Strafverfahrens zu erreichen, anfechtbar sind.

### **Entscheidung**

Der Schuldner hatte an die Staatskasse in Raten einen Geldbetrag gezahlt, um so die Einstellung eines gegen ihn gerichteten Strafverfahrens zu erreichen. Noch während des Ratenzahlungszeitraums stellte der Schuldner Insolvenzantrag. Er leistete die vollen Raten. Das Strafverfahren wurde eingestellt. Nach Einstellung des Strafverfahrens wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners eröffnet. Der Insolvenzverwalter focht die Ratenzahlungen an und erhielt vom Bundesgerichtshof Recht. Zwar handele es sich nicht um einen Fall der Anfechtbarkeit einer unentgeltlichen Leistung, weil der Schuldner die Einstellung des Strafverfahrens erlangt hatte. Die Zahlungen könnten dennoch zurück gefordert werden, weil der Schuldner die hierdurch bewirkte Benachteiligung der Gläubiger billigend in Kauf genommen habe, während die Staatsanwaltschaft wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zumindest drohte und die geleisteten Zahlungen dessen Gläubiger benachteiligten. Insoweit ergebe sich die Anfechtbarkeit aus einer Weiterentwicklung der allgemeinen Grundsätze über die Anfechtbarkeit in Austauschverhältnissen.

### **Konsequenz**

Über ihren konkreten Inhalt hinaus hat die Entscheidung Signalwirkung für untypische Anfechtungskonstellationen. Jedenfalls dann, wenn der Schuldner eine wie auch immer geartete Gegenleistung erhält, sind die allgemeinen Anfechtungsregelungen in der Insolvenz eröffnet.

## **9. Vergütungsanspruch nach Arbeitsunfähigkeit erst nach tatsächlicher Arbeitsleistung**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall wird in der Regel für sechs Wochen geleistet. Im Anschluss daran kommt es zur Krankengeldzahlung durch die Krankenkasse. Der Vergütungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber lebt erst wieder auf, wenn der Arbeitnehmer nach der Krankheit seine Arbeitsleistung wieder aufnimmt. Daneben gilt, dass der Arbeitgeber zur Annahme der angebotenen Arbeitsleistung des Arbeitnehmers verpflichtet ist. Nimmt der Arbeitgeber die angebotene Arbeitsleistung nicht ab, kommt er in Annahmeverzug und ist zur Zahlung von „Annahmeverzugslohn“ verpflichtet. Das Bundesarbeitsgericht hatte nunmehr in einer jüngeren Entscheidung die Regelungen der Entgeltfortzahlung und die Regelungen des Annahmeverzuges bei deren Zusammentreffen voneinander abzugrenzen.

### **Entscheidung**

Eine Mitarbeiterin einer Molkerei meldete sich nach eineinhalbjähriger Krankheit wieder arbeitsfähig und bot ihre vor der Krankheit geschuldete Arbeitsleistung an. Da der Arbeitgeber sie weiterhin hinsichtlich ihres ehemaligen Arbeitsplatzes für arbeitsunfähig erachtete, kündigte er das Arbeitsverhältnis wegen

fehlender Beschäftigungsmöglichkeit. Mit hiergegen gerichteter Klage machte die Arbeitnehmerin die Unwirksamkeit der Kündigung und Annahmeverzugslohnansprüche geltend. Die Kündigungsschutzklage hatte in allen Instanzen Erfolg, weil der Arbeitgeber vor der Beendigungskündigung eine Änderungskündigung auf einen „einfacheren“ Arbeitsplatz aussprechen musste, obwohl dies die Arbeitnehmerin bereits abgelehnt hatte. Das Bundesarbeitsgericht hatte daher nur noch über den Annahmeverzugslohn zu entscheiden, der in den ersten Instanzen wegen der Unwirksamkeit der Beendigungskündigung zugesprochen worden war. Den Annahmeverzugslohnanspruch lehnte das Bundesarbeitsgericht ab. Habe der Arbeitnehmer eine an sich mögliche Arbeit abgelehnt, könne der Annahmeverzugslohn nicht darauf gestützt werden, der Arbeitgeber hätte diese Arbeit durch Änderungskündigung anbieten müssen. Annahmeverzug liege nicht vor, wenn der Arbeitnehmer zur Leistung der Arbeit außerstande ist oder die Leistung abgelehnt habe.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung macht deutlich, dass es für das Wiederaufleben des Vergütungsanspruches nach Krankheit entscheidend ist, dass es zur Arbeitsleistung kommt. Gleichzeitig zeigt die Entscheidung aber auch die Gefahren des Ausspruchs einer Beendigungskündigung nach Rückkehr aus langer Krankheit. Arbeitgeber werden hier erst die Möglichkeit eines anderen Arbeitseinsatzes prüfen müssen.

## **10. Übertragung voll eingezahlter Kommanditbeteiligung auf Minderjährige ohne Ergänzungspfleger zulässig**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Rechtsgeschäfte zwischen Eltern und ihren minderjährigen Kindern können nur dann ohne Ergänzungspfleger wirksam abgeschlossen werden, wenn sie ausschließlich rechtlich vorteilhaft sind. Denn nur dann bedarf es der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht. Im Übrigen gilt, dass es für solche Rechtsgeschäfte der Einschaltung eines Ergänzungspflegers und ggf. der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bedarf, weil die Eltern das Kind im Rahmen des Rechtsgeschäfts nicht vertreten dürfen. Gerade bei Schenkungen wird gemeinhin angenommen, dass diese ausschließlich rechtlich vorteilhaft sind. Dies ist aber ggf. dann nicht der Fall, wenn das minderjährige Kind durch die Schenkung mit belastet wird, auch wenn die Belastung wirtschaftlich von untergeordneter Bedeutung ist (bspw. Schenkung einer Eigentumswohnung wegen Mitgliedschaft in einer Eigentümergemeinschaft und Zahlung von Wohngeld). Das Oberlandesgericht Bremen hat nunmehr zur rechtlichen Vorteilhaftigkeit der Übertragung einer Kommanditbeteiligung entschieden.

### **Entscheidung**

Der Vater, gleichzeitig Komplementär einer vermögensverwaltenden Familienkommanditgesellschaft, übertrug seinem minderjährigen Sohn S. schenkungsweise einen bereits in voller Höhe eingezahlten Kommanditanteil an der Kommanditgesellschaft. Die Abtretung erfolgte wie üblich unter der aufschiebenden Bedingung „der Eintragung des Übergangs des Kommanditanteils in das Handelsregister“. Beide Eltern stimmten der schenkweisen Übertragung als gemeinsame gesetzliche Vertreter ausdrücklich zu. Das Registergericht weigerte sich, die Anteilsübertragung in das Handelsregister einzutragen, weil für den Eintritt des Kindes die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes erforderlich sei und das Kind bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags durch einen Ergänzungspfleger vertreten werden müsse. Die hiergegen gerichtete Rechtsbeschwerde hatte vor dem Oberlandesgericht Erfolg. Das Gericht entschied, die Anteilsübertragung sei wirksam und könne in das Handelsregister eingetragen werden. Die schenkweise Übertragung eines voll eingezahlten Kommanditanteils auf einen Minderjährigen sei lediglich rechtlich vorteilhaft und bedürfe daher nicht der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters. Erfolge die Schenkung durch die Eltern, sei folglich keine Mitwirkung eines Ergänzungspflegers erforderlich. Darüber hinaus bedürfe der unentgeltliche Beitritt des Minderjährigen in eine vermögensverwaltende Familienkommanditgesellschaft auch keiner vormundschaftlichen Genehmigung. Die rechtliche Vorteilhaftigkeit ergebe sich daraus, dass der Eintritt für das Kind mit einer Gewinnchance verbunden sei, der keine Nachteile gegenüber stünden. Denn die persönliche Haftung des Kindes und sein Verlustrisiko seien auf die bereits geleistete Kommanditeinlage beschränkt. Das Risiko, für Verbindlichkeiten zu haften, die in der Zeit zwischen dem Eintritt in die Kommanditgesellschaft und der Handelsregistereintragung begründet werden, sei dadurch wirksam ausgeschlossen, dass die Wirksamkeit der Abtretung unter die aufschiebende Bedingung der Eintragung in das Handelsregister gestellt sei. Im Übrigen sei die Anteilsüber-

tragung für das Kind auch mit keinem unternehmerischen Risiko verbunden, weil die Familienkommanditgesellschaft rein privat, nicht gewerblich und nur vermögensverwaltend tätig sei, so dass es auch keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedurfte.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung erleichtert Vermögensübertragung im Familienkreis erheblich, da der erhebliche Zeitaufwand und die Kosten von Ergänzungspfleger und vormundschaftlicher Genehmigung gespart werden. Gerade in Ansehung der anstehenden Erbschaftsteuerreform kann also auch kurzfristig noch auf minderjährige Kinder übertragen werden. Allerdings muss der Kommanditanteil voll eingezahlt und die Gesellschaft ausschließlich vermögensverwaltend tätig sein. Die Entscheidung kann auf Beteiligungen an offenen Handelsgesellschaften und Gesellschaftern bürgerlichen Rechts nicht angewendet werden, weil deren Gesellschafter persönlich in vollem Umfang haften.

## **11. „Szenen einer Ehe“: Ärzte können bei „unbürokratischer“ Weitergabe einer Diagnose zur Zahlung von Schmerzensgeld verpflichtet werden**

### **Kernproblem**

Der diagnostizierende Arzt macht sich wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Patienten schmerzensgeldpflichtig, wenn er die Diagnose – Störung der Geistestätigkeit – unter Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht „unbürokratisch“ an dem Betroffenen vorbei dem engsten Familienkreis offenbart.

### **Sachverhalt**

Der Kläger, ein Münchner Teppichhändler, bekam von seiner Ehefrau ohne sein Wissen ein Psychopharmaka (Diazepam) verabreicht, die sodann seine psychiatrische Begutachtung veranlasste. Daraufhin wurde ein „Fachpsychiatrisches Attest auf Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus“ ausgestellt. Der Klinikdirektor hatte beim Kläger ein maniformes Syndrom festgestellt und ihn als selbst- und fremdgefährlich eingestuft. Das Attest wurde weder dem Kläger selbst, noch der nach dem bayerischen Unterbringungsgesetz zuständigen Behörde, sondern der Ehefrau zugestellt. Durch einen Zufall erhielt der Kläger Kenntnis davon und entzog sich der drohenden Unterbringung durch eine Flucht in die Schweiz. Der Kläger verklagte Klinikdirektor und Klinikum auf Schmerzensgeld und machte geltend, durch das Stigma der Geisteskrankheit sei sein Ruf zerstört und seine Existenz vernichtet.

### **Entscheidung**

Das Landgericht erkannte dem Kläger für die erlittene Persönlichkeitsrechtsverletzung ein Schmerzensgeld von 5.000 EUR zu, im Übrigen wies es die Klage ab. Wird die Störung der Geistestätigkeit diagnostiziert und deshalb eine Unterbringung für erforderlich gehalten, ist die Persönlichkeit des Betroffenen an ihrer Basis getroffen, unabhängig von der Richtigkeit der Diagnose. Die Offenbarung der Diagnose an Familienangehörige unter Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht stellt einen schweren Eingriff in das Persönlichkeitsrecht dar, da der Kläger in die Weitergabe der Untersuchungsergebnisse nicht eingewilligt hatte. Die behauptete Existenzvernichtung muss sich der Kläger indes selbst zurechnen lassen: Erst durch die Räumung seiner Galerie und die Flucht ins Ausland gelangte die Information über die diagnostizierte Geisteskrankheit in die Geschäftswelt. Der Kläger hätte gegen die drohende Unterbringung Rechtsschutz suchen können, da das bayerische Unterbringungsgesetz die richterliche Anordnung und Überprüfung vorsieht.

### **Konsequenz**

Die ärztliche Schweigepflicht gilt auch gegenüber dem Ehegatten. Wird eine ärztliche Diagnose nicht dem Betroffenen, sondern dem engsten Familienkreis offenbart, so stellt dies einen schweren Eingriff in das Persönlichkeitsrecht dar.

## **12. Fondsbeitritt: Haustürsituation ist kreditgebender Bank nur bei „Näheverhältnis“ zum Vermittler zurechenbar**

### **Kernproblem**

Wird ein Verbraucher von seinem langjährigen Steuerberater in einer Haustürsituation zum Fondsbeitritt

geworben, so ist diese der kreditgebenden Bank nicht zuzurechnen, wenn zwischen ihr und dem Vermittler kein „Näheverhältnis“ bestand.

### **Sachverhalt**

Die Parteien streiten über die Rückabwicklung eines der Finanzierung einer Fondsbeteiligung dienenden Darlehensvertrages. Die verheirateten Kläger hatten ihren langjährigen Steuerberater B. nach telefonischer Ankündigung zwecks Besprechung einer hohen Steuernachzahlung zu Hause empfangen. Wegen der zu erwartenden Steuerlast von DM 100.000 schlug dieser ihnen eine steuersparende Beteiligung an dem geschlossenen Immobilienfonds S vor. Der Vertrieb erfolgte durch die F-GmbH, für die B. ebenfalls steuerberatend tätig war. Der Emissionsprospekt enthielt falsche Angaben über die Mittelverwendung. Anlässlich eines weiteren Hausbesuchs des B. unterzeichneten die Kläger die Beitrittserklärung über eine Einlage von DM 100.000 und überließen ihm die Suche nach einer den Anteilserwerb finanzierenden Bank. Sodann unterzeichneten die Kläger in den Geschäftsräumen der beklagten Bank einen Darlehensvertrag in Höhe von DM 117.500. Später widerriefen die Kläger ihre auf den Abschluss des Darlehensvertrages gerichtete Willenserklärung nach dem Haustürwiderrufsgesetz und machten Schadensersatz wegen fehlerhafter Information über den Fonds geltend. Die Klage blieb in allen Instanzen erfolglos.

### **Entscheidung**

Der Darlehensvertrag ist durch den Widerruf nicht erloschen. Den Klägern steht ein solches Recht nicht zu, weil sie B. in seiner Funktion als Steuerberater zu dem Hausbesuch bestellt hatten und die beklagte Bank sich die Haustürsituation nicht zurechnen lassen muss. Die Zurechenbarkeit beurteilt sich nach rein objektiven Kriterien, so dass eine Haustürsituation einer kreditgebenden Bank dann nicht zurechenbar ist, wenn der Vermittler das Kreditgeschäft ausschließlich im Auftrag des von ihm in einer entsprechenden Situation geworbenen Anlegers vermittelt hat. Solange indes der in den Vertrieb der Kapitalanlage eingebundene Dritte zwar im Auftrag des Anlegers die Finanzierung besorgt, die konkrete Bank aber nach Empfehlungen oder freiem Ermessen des Dritten bestimmt wird, ist eine auf seinem Handeln beruhende Haustürsituation der Bank durchaus zuzurechnen. Erst wenn der Anleger diesen Zusammenhang durch eine autonome Weisung unterbricht, wird der Dritte nicht mehr wirtschaftlich für die Bank tätig. Einer autonomen Weisung steht es gleich, wenn der Anleger mit den Finanzierungsverhandlungen eine Person seines Vertrauens beauftragt, die keine Vorteile von der Bank erhält. So war es nach Ansicht des BGH auch hier.

### **Konsequenz**

In Fällen, in denen die das Darlehen vermittelnde Vertrauensperson ausschließlich „im Lager“ des Verbrauchers steht und sie auch wirtschaftlich nicht im weitesten Sinne im Namen oder für Rechnung der Bank handelt, fehlt für eine Zurechenbarkeit der Haustürsituation die notwendige Wertungsbasis. Der Verbraucher hat dann hinsichtlich des Darlehensvertrages kein Widerrufsrecht.

## **13. Krankenhäuser haften nur bei nachgewiesenem schuldhaftem Fehlverhalten ihres Personals**

### **Kernproblem**

Eine Klinik muss keinen Schadensersatz leisten, wenn unklar bleibt, wie sich ein Patient in der Klinik mit einer Krankheit infiziert hat.

### **Sachverhalt**

Im ersten Fall hatte sich die Klägerin im Jahr 2004 zu einer Darmoperation in eine Münchner Klinik begeben. Kaum hatte sie das Krankenhaus verlassen, wurde bei ihr eine akute Hepatitis C-Infektion festgestellt. Sie verklagte daraufhin die Klinik und deren Träger auf Schadensersatz und begründete dies damit, dass die Infektion durch mangelnde Hygiene in der Klinik verursacht worden sei. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Im zweiten Fall hatte der mittlerweile verstorbene Sohn des Klägers eine Münchner Klinik aufgesucht, um eine HNO-Operation durchführen zu lassen. Die Operation war fast beendet, als der Patient zur postoperativen Schmerzausschaltung ein Medikament gespritzt bekam, worauf der bekanntermaßen an Asthma Erkrankte mit einem Bronchospasmus reagierte. Das Gehirn des Patienten wurde für einige Minuten nur unzureichend mit Sauerstoff versorgt. Zwar besserte sich sein Zustand zunächst, er blieb aber auch im Aufwachraum bewusstlos und erlitt letztlich einen Hirnschaden. Was im Verlauf der Stunde im Aufwachraum geschah, blieb unklar. Das Landgericht gab der Schmerzensgeldklage statt.

## **Entscheidung**

Im ersten Fall hatte sich die Klägerin nach dem Sachverständigengutachten tatsächlich in der Klinik infiziert. Gleichwohl sah das Gericht kein schuldhaftes Fehlverhalten der Klinik, weil der Sachverständige ausgeführt hatte, dass das Auftreten einer Infektion noch keinen Schluss auf die Verletzung hygienischer Standards zulässt. In der Medizin sei es nach wie vor ein Rätsel, auf welchem Wege – außer etwa durch Blutkontakt – Hepatitis C übertragen werde. Der Übertragungsweg konnte vorliegend nicht geklärt werden, so dass das Gericht nicht feststellen konnte, ob das Infektionsrisiko für die Klinik voll beherrschbar war. Insbesondere ergab eine vom Gericht bei den Gesundheitsbehörden eingeholte Auskunft keine Anhaltspunkte für eine Infektion des Krankenhauspersonals. Im zweiten Fall stellte das Gericht nach Anhörung eines Sachverständigen einen groben Behandlungsfehler fest: Das Medikament war nicht nur zu hoch dosiert, sondern hätte angesichts der Asthmaerkrankung des Patienten gar nicht verabreicht werden dürfen. Im Aufwachraum befand sich dieser in einem akuten Schockzustand, ohne dass dokumentiert wurde, ob darauf adäquat reagiert worden war. Die Klinik muss Schmerzensgeld in noch festzustellender Höhe zahlen.

## **Konsequenz**

Das Auftreten von Infektionen bei stationären Patienten lässt noch keinen Schluss auf die Verletzung hygienischer Standards in Kliniken zu. Um Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüche geltend machen zu können, muss ein Patient der Klinik einen groben Behandlungsfehler oder ein ähnliches schuldhaftes Fehlverhalten seines Personals nachweisen.

## **14. Wagniskapital wird steuerlich begünstigt**

### **Einführung**

Mit dem Gesetz zur Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen (MoRaKG) wird ein neues Wagniskapitalbeteiligungsgesetz (WKBG) geschaffen, das eine gezielte Förderung von Kapitalbeteiligungen an jungen und mittelständischen Unternehmen vorsieht. Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaften müssen primär in Unternehmen investieren, die nicht älter als zehn Jahre sind und deren Eigenkapital nicht größer als 20 Mio. EUR ist. Sie unterliegen der Aufsicht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin). Parallel zum MoRaKG ist ein Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (Risikobegrenzungsgesetz) umgesetzt worden.

### **Ausnahmen von der Verlustabzugsbeschränkung**

Die wichtigste steuerliche Änderung durch das MoRaKG ist die Ausnahmeregelung von der körperschaftsteuerlichen Verlustabzugsbeschränkung. Nach § 8c KStG n. F. gehen beim Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung die steuerlichen Verlustvorträge der Zielgesellschaft regelmäßig unter. Ausnahmsweise bleiben die Verlustvorträge jedoch im Umfang der im Unternehmen zum Zeitpunkt des Erwerbs vorhandenen stillen Reserven erhalten, wenn die Übernahme der Anteile an der Zielgesellschaft durch eine Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft erfolgt. Auch bei einer späteren Veräußerung an Dritte bleiben die Verlustvorträge bestehen, wenn die Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft ihre Anteile mindestens vier Jahre gehalten hat und bestimmte Eigenkapital-Schwellenwerte nicht überschritten werden. Die Regelungen gelten entsprechend auch für die Gewerbesteuer.

### **Weitere steuerliche Änderungen**

Die Tätigkeit einer Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft in der Rechtsform einer Personengesellschaft gilt bei Einhaltung bestimmter Voraussetzungen als vermögensverwaltend. Für sog. Business Angels ist ein Veräußerungsfreibetrag von bis zu 200.000 EUR vorgesehen, wenn sie ihre Beteiligungen nach max. zehn Jahren verkaufen. Gewinnvorteile, die den Initiatoren von Private-Equity bzw. Venture-Capital-Fonds gezahlt werden (sog. carried interest), unterliegen künftig dem Teileinkünfteverfahren (bisher: Halbeinkünfteverfahren).

### **Maßnahmen zur Risikobegrenzung**

Durch verschiedene gesetzliche Neuregelungen sollen unerwünschte Handlungen von Finanzinvestoren verhindert werden. So werden bestimmte Melde-, Auskunfts- und Unterrichtungspflichten verschärft. Ein abgestimmtes Verhalten mehrerer Investoren soll erschwert werden. Weitere Vorschriften sollen einen verbesserten Schutz von Kreditnehmern vor dem Verkauf ihrer Darlehensforderungen an Finanzinvestoren bringen.

## 15. Hersteller können mit einer 40-jährigen Haltbarkeitsgarantie für ihre Produkte werben

### Einführung

Die Werbung mit einer unbefristeten Garantiezusage als Verlängerung der kaufvertraglichen Gewährleistung wird mangels wirksamer Verpflichtung als irreführend angesehen. Nach einer gesetzlichen Vorschrift (§ 202 Abs. 2 BGB) kann die Verjährung nicht über eine Verjährungsfrist von 30 Jahren hinaus erschwert werden. Streitig war deshalb, ob mit einer Garantie beschränkt auf 40 Jahre geworben werden darf.

### Entscheidung

Die Beklagte, die Aluminiumdächer herstellt und vertreibt, hat unter anderem dafür mit der Aussage geworben: „Extreme Garantie, weil es 40 Jahre Garantie nur auf das Material der Zukunft gibt.“ Die Klägerin, die Dachsteine und Dachziegel vertreibt, hat dieses als wettbewerbswidrig beanstandet und nach erfolgloser Abmahnung Klage erhoben. Das Oberlandesgericht hat die Beklagte zur Unterlassung verurteilt. Der BGH hat das Urteil aufgehoben. Die gesetzliche Vorschrift (§ 202 Abs. 2 BGB) habe nur für Ansprüche Bedeutung, die gemäß § 194 Abs. 1 BGB der Verjährung unterliegen. Mit der beanstandeten Werbung biete die Beklagte für ihre Aluminiumdächer jedoch den Abschluss eines Garantievertrages an, der als solcher nicht der Verjährung unterliege. Die Beklagte werbe mit einer Haltbarkeitsgarantie, die sie als Hersteller der Aluminiumdächer abgebe. Eingebaut würden die Dächer von Fachbetrieben, gegen die dem Bauherrn die werkvertraglichen Gewährleistungsansprüche zustehen. Die Beklagte wolle also eine von gesetzlichen Gewährleistungsansprüchen unabhängige, selbstständige Garantie übernehmen, die auf einer eigenständigen vertraglichen Grundlage beruhe. Dieses Garantieverhältnis, das für die Dauer von 40 Jahren abgeschlossen werden soll, unterliege anders als ein aus dem Kauf- oder Werkvertrag fließender Gewährleistungsanspruch nicht der Verjährung. Ähnlich einem Instandhaltungsvertrag handle es sich bei dem selbstständigen Garantievertrag um ein Dauerschuldverhältnis, das – anders als die aus ihm erwachsenden Ansprüche – unverjährbar sei. Zudem sei eine langjährige Garantieübernahme wettbewerbsrechtlich im Allgemeinen nicht zu beanstanden, wenn sich die Gewährleistung auf die Haltbarkeit eines Materials oder Werks beziehe, das bei normaler Abnutzung eine entsprechend lange Lebensdauer besitze.

### Konsequenz

Werbeaussagen sollten zur Vermeidung einer wettbewerbsrechtlichen Inanspruchnahme rechtlich überprüft werden. Neben den Kosten einer gerichtlichen Auseinandersetzung sind auch die möglichen Auskunfts- und Schadensersatzansprüche zu berücksichtigen.

## 16. Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums tritt in Kraft

### Einführung

Zum 1.9.2008 ist das Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten geistigen Eigentums in Kraft getreten. Das Gesetz soll den Kampf gegen Produktpiraterie erleichtern und damit das geistige Eigentum stärken. Mit dem Gesetz wird die Richtlinie 2004/48/EG in deutsches Recht umgesetzt.

### Einzelheiten

Abmahnung bei Urheberrechtsverletzungen: Bei einfach gelagerten Fällen mit einer nur unerheblichen Rechtsverletzung außerhalb des geschäftlichen Verkehrs werden die erstattungsfähigen Anwaltsgebühren für die erste Abmahnung wegen Urheberrechtsverletzungen, die ab dem 1.9.2008 begangen werden, auf 100 EUR begrenzt. Hierdurch soll die Situation von Verbrauchern verbessert werden, die sich hohen Rechnungen für eine anwaltliche Abmahnung ausgesetzt sahen. Auskunftsansprüche: Der Rechteinhaber hat künftig unter bestimmten Bedingungen einen Auskunftsanspruch gegen Dritte (z. B. Internet-Provider oder Spediteure). Voraussetzung ist u. a., dass der Rechtsverletzer im gewerblichen Ausmaß gehandelt hat. Schadensersatz: Es wurde klargestellt, dass nach Wahl des Verletzten neben dem konkret entstandenen Schaden auch der Gewinn des Verletzers oder eine angemessene fiktive Lizenzgebühr als Grundlage für die Berechnung des Schadensersatzes dienen können. Vorlage und Sicherung von Beweismitteln: Wenn ein Schutzrecht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit verletzt ist, hat der Rechteinhaber einen Anspruch gegen den Verletzer auf Vorlage von Urkunden und die Zulassung der Besichtigung von Sachen. Im Einzelfall kann sich der Anspruch auch auf die Vorlage von Bank-, Finanz- und

Handelsunterlagen erstrecken. Diese Beweismittel können zur Abwendung der Gefahr ihrer Vernichtung oder Veränderung auch im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gesichert werden. Grenzbeschlagnahmeverordnung: Die neue Grenzbeschlagnahmeverordnung sieht ein vereinfachtes Verfahren vor, wonach eine Vernichtung möglich ist, wenn der Verfügungsberechtigte nicht innerhalb einer bestimmten Frist widerspricht. Sein Schweigen gilt dann als Zustimmung. Schutz geographischer Herkunft: Die zivilrechtliche Durchsetzung von Schutzrechten wurde auch für geographische Herkunftsangaben erleichtert. Zudem wurde durch die Änderung des Markengesetzes ein strafrechtlicher Schutz für solche geographische Angaben und Ursprungsbezeichnungen geschaffen. Urteilsbekanntmachung: Der Rechtsinhaber kann bei der Verletzung geistigen Eigentums die Veröffentlichung des Gerichtsurteils beantragen.

## 17. Umsatzsteuerpflichtige Tätigkeit eines Vereinsvorstands gegenüber dem Verein

### Kernproblem

Vereine sind regelmäßig nicht vorsteuerabzugsberechtigt. Insofern stellt ihnen in Rechnung gestellte Umsatzsteuer einen Kostenfaktor dar. An Vereinsorgane gezahlte Aufwandsentschädigungen sind jedoch von der Umsatzsteuer befreit, wenn sie zum einen für eine ehrenamtliche Tätigkeit gezahlt werden. Zum anderen ist es Voraussetzung, dass das Entgelt für diese Tätigkeit nur in Auslagenersatz und einer angemessenen Entschädigung für Zeitversäumnis besteht. Andernfalls ist der gesamte Betrag umsatzsteuerpflichtig und die Kosten für den Verein erhöhen sich um 19 Prozentpunkte.

### Sachverhalt

Der Präsident eines Industrieverbandes erhielt von diesem eine monatliche Aufwandsentschädigung (15.000 ab 06/1999: 15.000 DM) sowie Auslagenersatz. Sein Arbeitseinsatz belief sich auf mindestens 40 Stunden pro Woche. Die Aufwandsentschädigung wurde in seiner Umsatzsteuererklärung nicht erfasst; das Finanzamt sah sie im Rahmen einer Betriebsprüfung als umsatzsteuerpflichtige Leistung an. Das Finanzgericht Hamburg folgte der Auffassung des Finanzamts erstinstanzlich.

### Entscheidung

Nach Auffassung des Bundesfinanzhofs sind Geschäftsführungs- und Vertretungsleistungen umsatzsteuerbar, die ein Mitglied des Vereinsvorstands gegenüber dem Verein gegen Gewährung von Aufwandsersatz erbringt. Sie sind dann auch nicht von der Umsatzsteuer befreit, wenn ein eigennütziges Erwerbsstreben vorliegt. In diesem Fall fehlt es an der ehrenamtlichen Tätigkeit. Als Indizien für das eigennützige Erwerbsstreben sieht der Bundesfinanzhof den Umfang der Tätigkeit sowie die Höhe der durch den Verein gezahlten Vergütung an. Unerheblich ist dabei, ob für die Ausübung anderer Tätigkeiten möglicherweise höhere Vergütungen zu erzielen gewesen wären. Auch eine im Urlaubsfall unverändert fortgezahlte Aufwandsentschädigung spricht gegen das Vorliegen einer Entschädigung für Zeitversäumnis.

### Konsequenz

Der zunehmende Zeiteinsatz von Vereinsvorständen wird häufig durch zunehmende Aufwandsentschädigungen zumindest teilweise kompensiert. Nach dem Urteil des Bundesfinanzhofs ist gerade bei größeren Vereinen und Berufsverbänden zu bedenken, dass irgendwann die Grenze zur Umsatzsteuerpflicht überschritten wird. Die Kosten des Vereins erhöhen sich dann um die Umsatzsteuer. Zu beachten ist zusätzlich, dass die Umsatzsteuerpflicht nicht nur die Aufwandsentschädigung, sondern auch den Auslagenersatz umfasst.

## 18. Veräußerung von Anteilsrechten als gewerblicher Grundstückshandel

### Kernproblem

Die Veräußerung von mehr als 3 Objekten innerhalb von 5 Jahren führt grundsätzlich dazu, dass keine private Vermögensverwaltung mehr, sondern bereits ein gewerblicher Grundstückshandel vorliegt. Anstelle einer steuerfreien Veräußerung außerhalb der zehnjährigen Spekulationsfrist entsteht bei der Veräußerung ein laufender, gewerbesteuerpflichtiger Gewinn. Die erheblichen Steuerunterschiede machen Ausweichkonstruktionen attraktiv.

### Sachverhalt

Eine GmbH & Co. KG hat mit einer GmbH mehrere Gesellschaften bürgerlichen Rechts (GbR) gegrün-

det. Einziger Zweck der jeweiligen GbR war der Erwerb und das Halten einer Immobilie. Innerhalb eines Jahres wurden Anteilsrechte an sechs GbR mit jeweils einer Immobilie an fremde Dritte veräußert. Das Finanzamt erfasste den Gewinn nicht als tarifbegünstigten Veräußerungsgewinn, sondern als laufenden, gewerbsteuerpflichtigen Gewinn. Nach seiner Auffassung wurde ein gewerblicher Grundstückshandel begründet.

### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof hat sich dieser Auffassung angeschlossen. Danach ist die Veräußerung des Anteils an einer vermögensverwaltenden Grundstücksgesellschaft der Veräußerung von zumindest einem Grundstück gleichzustellen. Die jeweiligen Anteile sind Objekte im Sinne der sog. Drei-Objekt-Grenze. Die KG als Gesellschafter hat somit innerhalb von 5 Jahren mehr als 3 Objekte veräußert; sie begründet einen gewerblichen Grundstückshandel. Unerheblich ist dabei, ob es sich um eine gewerblich geprägte oder eine nicht gewerblich geprägte vermögensverwaltende Personengesellschaft handelt.

### **Konsequenz**

Der Bundesfinanzhof hat mit der sog. Drei-Objekt-Grenze eine gewisse Rechtssicherheit bei der Frage nach dem gewerblichen Grundstückshandel geschaffen. Gleichwohl verbleibt ein Restrisiko: Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls.

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

### **1. Kein Freiwilligkeitsvorbehalt bei zugesagter Sonderzahlung im Formulararbeitsvertrag**

#### **Kernfrage/Rechtslage**

Regelmäßig sehen Arbeitsverträge sog. Freiwilligkeitsklauseln vor. Darin wird die Zahlung von Sondervergütungen in die Entscheidungshoheit des Arbeitgebers gestellt und gleichzeitig geregelt, dass es sich um keinen festen Anspruch des Arbeitnehmers handelt. Gleichzeitig sehen insbesondere Formulararbeitsverträge im Rahmen der Vergütungsregelungen oftmals vor, dass sich der Arbeitgeber zur Zahlung von „üblichen“ Sonderzahlungen, z. B. Weihnachts- oder Urlaubsgeld, verpflichtet. Das Bundesarbeitsgericht hatte nunmehr darüber zu entscheiden, welche Rechtswirkungen eintreten, wenn eine im Formulararbeitsvertrag zugesagte Sonderzahlung mit einer Freiwilligkeitsklausel zusammentrifft.

#### **Entscheidung**

Die Klägerin klagte auf Zahlung von Weihnachtsgeld in Höhe eines Bruttogehalts, das ihr in ihrem Formulararbeitsvertrag zugesagt worden war. Gleichzeitig war im Arbeitsvertrag aufgenommen, dass ein Rechtsanspruch auf das Weihnachtsgeld und sonstige Sonderzahlungen nicht besteht und dass diese eine freiwillige, stets widerrufbare Leistung des Arbeitgebers darstellen. Das Bundesarbeitsgericht gab der Klage der Klägerin statt. Zwar sei ein Ausschluss künftiger Sonderzahlungen grundsätzlich möglich; insbesondere könne sich der Arbeitgeber unabhängig vom Zweck der Sonderzahlung die Entscheidung vorbehalten, ob und in welcher Höhe er künftig Sonderzahlungen an den Arbeitnehmer gewährt. Im konkreten Fall sei das Weihnachtsgeld als Sonderzahlung aber fest vereinbart gewesen, so dass die Freiwilligkeitsklausel hierzu im Widerspruch stand. Damit stelle die Freiwilligkeitsklausel unter den auf Arbeitsverträge Anwendung findenden Regelungen zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine überraschende Klausel dar, die gegen das Transparenzgebot verstoße und damit nichtig sei.

#### **Konsequenz**

Die Entscheidung zeigt die Gefahren bei Verwendung von Formulararbeitsverträgen. Soweit der Arbeitgeber Sonderzahlungen vertraglich zusagt, kann eine Freiwilligkeitsklausel den Zahlungsanspruch des Arbeitnehmers nicht aufheben. Die entsprechenden Regelungen im Vertrag sind widersprüchlich und führen zur Unwirksamkeit der dem Anspruch widersprechenden Klausel. Der Gestaltung der Freiwilligkeitsklausel ist also besondere Aufmerksamkeit zu widmen.

### **2. Faktische Verlagerung des Sitzes einer Gesellschaft kann zu einem nachträglichen Satzungs-mangel führen**

### **Kernproblem**

Die faktische, gegen § 4 a Abs. 2 GmbHG verstoßende Verlagerung des Sitzes der Gesellschaft führt zu einem nachträglichen – dem gleichartigen anfänglichen Nichtigkeitsgrund vergleichbaren – Satzungs-mangel, der die entsprechende Anwendung des § 144 a Abs. 4 FGG rechtfertigt.

### **Sachverhalt**

Die Beschwerdeführerin, eine beim Registergericht Chemnitz eingetragene Unternehmensberatungs-GmbH, hatte ihren satzungsmäßigen und tatsächlichen Sitz zunächst in M. In 2002 meldete sie ihr Ge-werbe bei der in einem anderen Amtsgerichtsbezirk gelegenen Stadt O an. Durch späteren Gesellschaf-terbeschluss wurden die Sitzverlegung und eine Satzungsänderung beschlossen. Das für den neuen Sitz zuständige Registergericht konnte eine tatsächliche Sitzverlegung indes nicht feststellen, da es keine Anhaltspunkte für eine Geschäftstätigkeit der GmbH in O gab. Die Eintragung der Sitzverlegung wurde rechtskräftig abgelehnt. Das Amtsgericht Chemnitz hatte die Beteiligten inzwischen auf einen Satzungs-mangel hingewiesen, weil satzungsmäßiger und tatsächlicher Sitz auseinander fielen. Unter Fristsetzung erfolgte die gerichtliche Aufforderung, die Satzung durch Anpassung an den tatsächlichen Sitz zu än- dern; nach fruchtlosem Verstreichen stellte das Gericht fest, dass die GmbH mit Rechtskraft des Be- schlusses als aufgelöst gelte. Sämtliche Rechtsmittel blieben erfolglos.

### **Entscheidung**

Hier war der zunächst gesetzeskonform begründete Gesellschaftssitz ohne wirksame Änderung der Sat- zung an einen anderen Ort verlegt worden, so dass eine faktische nachträgliche Sitzverlegung vorlag, die zur Unrichtigkeit und damit zu einem nachträglichen Unzulässigwerden der ursprünglichen Sitzwahl führte. Bei fehlender Kongruenz zwischen statutarischer Sitzbestimmung und tatsächlichem Sitz ist das Beanstandungs- und Auflösungsverfahren nach § 144 a Abs. 4, 2. Alt. FGG entsprechend anwendbar. Die Analogie ist vor dem Hintergrund des vom Gesetzgeber mit der Einführung des § 4 a Abs. 2 GmbHG verfolgten Normzwecks, das Auseinanderfallen von satzungsmäßiger Sitzbestimmung und tatsächlichem Sitz zu verhindern, um dadurch den Gläubigerzugriff und die amtliche Zustellung von Registerverfügun- gen am Sitzungssitz der Gesellschaft zu ermöglichen, geboten.

### **Konsequenz**

Bei einem nachträglichen Auseinanderfallen von statutarischem und tatsächlichem Sitz im Sinne des GmbHG riskiert eine GmbH ihre Auflösung, denn in diesem Fall findet das Beanstandungs- und Auflö- sungsverfahren nach FGG Anwendung.

## **3. Geschäftsführer können bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht persönlich aus Delikt haf- ten**

### **Kernproblem**

Das Organ einer juristischen Person haftet bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht persönlich aus Delikt.

### **Sachverhalt**

Die Klägerin nimmt den Beklagten wegen Verletzung von Verkehrssicherungspflichten auf Schmerzens- geld in Anspruch. Sie hatte im September 2006 die Diskothek der P-GmbH & Co. KG besucht, deren Geschäftsführer der Beklagte ist. Auf dem Parkplatz der Disko trat die Klägerin auf einen im Boden ein- gelassenen Beton-Kanaldeckel, der unter der Belastung zu Bruch ging; die Klägerin stürzte in den Ka- nalschacht und zog sich Schürfungen und Prellungen an Beinen und Beschwerden an der Brustwirbel- säule zu, ferner trug sie Narbenbildungen davon. Die Klägerin forderte vom Diskothekenbetreiber Schmerzensgeld in Höhe von 6.000 EUR und machte geltend, dem Wachpersonal sei die Instabilität des Deckels bekannt gewesen. Trotzdem habe der Beklagte es pflichtwidrig versäumt, die Schachtabde- ckung ordnungsgemäß zu überprüfen. Das Landgericht hat den Antrag der Klägerin auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe zurückgewiesen. Erst auf die weitere sofortige Beschwerde gab das OLG dem Ant- rag statt.

### **Entscheidung**

Vertragliche Schadensersatzansprüche stehen der Klägerin gegen den Beklagten nicht zu. Er haftet je- doch aus Deliktsrecht (§§ 823 Abs. 1, 2 BGB i. V. m. § 229 StGB, 831 BGB), wobei unerheblich ist, ob der Eigentümer der Disko die Verkehrssicherungspflichten auf seine Mieterin, die P-GmbH & Co. KG,

übertragen hat. Denn die allgemeine Verkehrssicherungspflicht beruht auf dem Gedanken, dass derjenige, der in seinem Verantwortungsbereich eine Gefahrenquelle eröffnet oder einen gefahrdrohenden Zustand schafft oder diese andauern lässt, die Pflicht hat, alle ihm zumutbaren Maßnahmen und Vorkehrungen zu treffen, um eine Schädigung anderer zu verhindern. Das fragliche Parkplatzgelände, auf dem die Klägerin zu Schaden kam, wurde von der Betreiberin zu diesem Zweck angemietet und Besuchern frei zugänglich gemacht, weswegen sich die Verkehrssicherungspflicht auch auf den dort eingelassenen Kanaldeckel erstreckte. Bei mittelbaren Verletzungen durch Organe wegen Nichterfüllung einer Verkehrssicherungspflicht ist der Tatbestand der unerlaubten Handlung erfüllt, wenn die Organe nicht die notwendigen Vorkehrungen getroffen haben, um Schaden abzuwenden. Aus dieser Garantienstellung zum Schutz fremder Güter, die der Einflussphäre der Gesellschaft anvertraut wurden, erwächst das allgemeine Gebot für Geschäftsführer und andere Organe, die innerbetrieblichen Abläufe so zu organisieren, dass Schädigungen Dritter vermieden werden.

#### **Konsequenz**

Der Geschäftsführer einer GmbH haftet bei Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht persönlich aus Delikt, wenn er – wie von der ihm obliegenden Garantienpflicht geboten – nicht die notwendigen organisatorischen Maßnahmen getroffen hat, um Schaden von Dritten Personen abzuwenden.

### **4. Wesentlichkeit einer Beteiligung bei Auflösungsverlust**

#### **Kernproblem**

Verkauft eine Privatperson Anteile an einer GmbH oder AG, so waren hieraus entstehende Veräußerungsgewinne – außerhalb der Spekulationsfristen – nur steuerpflichtig, wenn es sich um eine sog. „wesentliche Beteiligung“ handelte. Die entsprechenden Wesentlichkeitsgrenzen wurden mehrfach von ursprünglich 25 % über 10 % auf schließlich 1 % herabgesetzt. Entsprechendes galt für Veräußerungsverluste, wobei die Regelungen hier strenger als im Gewinnfall waren.

#### **Sachverhalt**

Der Kläger war mit 25 % am Stammkapital einer GmbH beteiligt, die im Jahr 1996 gegründet und im Jahr 2000 aufgelöst wurde, nachdem die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt worden war. Der Kläger wollte den Verlust seiner Stammeinlage als Auflösungsverlust geltend machen. Bis zum Jahr 1998 war eine Beteiligung von mehr als 25 % wesentlich, ab dem Jahr 1999 wurde die Grenze auf 10 % abgesenkt.

#### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof hat die Berücksichtigung eines Auflösungsverlustes abgelehnt. Die im Jahr 2000 geltende Gesetzesfassung verlangte hierfür „eine wesentliche Beteiligung innerhalb der gesamten letzten fünf Jahre“. Eine solche lag aber im Streitfall nicht vor, da die Beteiligung in den Jahren 1996 bis 1998 nicht wesentlich im Sinne der seinerzeit geltenden Rechtslage gewesen ist. Die Wesentlichkeit ist also bezogen auf jedes einzelne Jahr zu prüfen. Hätte der Steuerpflichtige dagegen seine Beteiligung im Jahr 2000 mit Gewinn verkauft, wäre dieser Gewinn steuerpflichtig gewesen. Denn im Gewinnfall genügt schon eine wesentliche Beteiligung zu irgendeinem Zeitpunkt innerhalb der letzten fünf Jahre.

#### **Konsequenz**

Das Urteil ist zu einer inzwischen überholten Rechtslage ergangen. Nach der aktuellen Gesetzeslage sind Veräußerungs- oder Auflösungsverluste zu berücksichtigen, wenn der Veräußerer innerhalb der letzten fünf Jahre ununterbrochen zu mindestens 1 % beteiligt war. Bei Beteiligungen, die nach dem 31.12.2008 erworben werden, unterliegen sämtliche Veräußerungsgewinne und -verluste, unabhängig von der Haltedauer und Beteiligungshöhe, in Zukunft der Abgeltungsteuer.

### **5. Veräußerung von ursprünglich einbringungsgeborenen GmbH-Anteilen**

#### **Kernproblem**

Bis zum Jahr 2006 entstanden sog. „einbringungsgeborene Anteile“ immer dann, wenn ein Betrieb, ein Teilbetrieb, ein Mitunternehmeranteil oder eine 100 %-Beteiligung an einer anderen Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft eingebracht wurden und hierbei nicht der jeweilige Teilwert, sondern ein geringerer Wert (Buchwert oder Zwischenwert) angesetzt wurde. Für diese Anteile kann der Anteilseigner

später die „Entstrickung“ beantragen und wird dann so behandelt, als hätte er die Anteile zu diesem Zeitpunkt zum gemeinen Wert verkauft. Zweifelsfragen ergeben sich, wenn diese Anteile anschließend tatsächlich verkauft werden.

#### **Sachverhalt**

Der Kläger hatte seinen Betrieb zum 1.1.1990 zu Buchwerten in eine GmbH eingebracht. Durch mehrere Anteilsübertragungen – zunächst auf seine Ehefrau, später auf seine Kinder – reduzierte er seine Beteiligung an der GmbH sukzessive von ursprünglich 100 % auf schließlich noch 25 % im Jahr 1994. Am 22.12.1994 beantragte der Kläger die Entstrickung seiner Anteile. Als gemeiner Wert wurden 375.000 DM angesetzt. Nach Abzug seiner Anschaffungskosten (250.000 DM) verblieb ein Entstrickungsgewinn von 125.000 DM. Im Mai 1995 verkaufte der Kläger seine Anteile für 2,0 Mio. DM.

#### **Entscheidung**

Finanzamt, Finanzgericht und Bundesfinanzhof nehmen übereinstimmend einen steuerpflichtigen Veräußerungsgewinn von 1.625.000 DM an. Zwar war der Kläger beim Verkauf seiner Anteile nicht mehr wesentlich (d. h. zu mehr als 25 %) an der GmbH beteiligt. Er hatte jedoch innerhalb eines Fünf-Jahres-Zeitraums eine wesentliche Beteiligung besessen. Dass zwischenzeitlich eine Entstrickung erfolgt war, verhinderte nicht den Rückgriff auf diesen Fünf-Jahres-Zeitraum. Eine Doppelbesteuerung fand auch nicht statt, da der Entstrickungswert (375.000 DM) als neue Anschaffungskosten zugrunde gelegt und damit nur der anschließend erfolgte Wertzuwachs als Veräußerungsgewinn besteuert wurde.

#### **Konsequenz**

Für Einbringungsvorgänge, die nach dem 12.12.2006 zur Eintragung angemeldet werden, wurde das Instrument der einbringungsgeborenen Anteile neu geregelt. Die hierbei entstehenden Anteile gelten nun per gesetzlicher Fiktion als „wesentlich“ mit der Folge, dass eine Veräußerung stets steuerpflichtig ist.

### **6. Abschreibung auf Darlehensforderung bis 2007 steuerlich zulässig**

#### **Kernproblem**

Ist eine (Mutter-) Kapitalgesellschaft an einer (Tochter-) Kapitalgesellschaft beteiligt und gerät die Tochter in wirtschaftliche Schwierigkeiten, so kann die Mutter die Beteiligung nicht mit steuerlicher Wirkung auf den gesunkenen Teilwert abschreiben. Diese Abzugsbeschränkung ist die Kehrseite der Steuerfreiheit, die ein evtl. Gewinn aus der Veräußerung der Beteiligung genießen würde. Streitig ist hingegen, ob die Abzugsbeschränkung auch gilt, wenn die Mutter- der Tochtergesellschaft ein Darlehen gewährt und die Mutter die Forderung abschreiben muss.

#### **Rechtslage bis 2007**

Nach der bis einschließlich 2007 geltenden Gesetzeslage sind Gewinnminderungen, die im Zusammenhang mit dem Anteil an einer anderen Kapitalgesellschaft stehen, steuerlich nicht zu berücksichtigen. Das Niedersächsische Finanzgericht hat entschieden, dass Teilwertabschreibungen auf Darlehensforderungen keine derartigen Gewinnminderungen darstellen. Vielmehr stellen Beteiligung und Forderung eigenständige und getrennt zu beurteilende Wirtschaftsgüter dar. Die Abzugsbeschränkung betrifft nur Substanz- und Vermögensminderungen des Anteils selbst. Wertminderungen eines Darlehens sind dagegen selbst dann nicht hierunter zu fassen, wenn das Darlehen kapitalersetzend ist.

#### **Rechtslage ab 2008**

Ab 2008 sind Gewinnminderungen im Zusammenhang mit bestimmten Darlehensforderungen gesetzlich vom Abzug ausgeschlossen. Dies gilt, wenn der Darlehensgeber gleichzeitig Gesellschafter mit einer Beteiligung von mehr als 25 % oder eine diesem nahestehende Person ist. Eine Ausnahme gilt nur, wenn nachgewiesen werden kann, dass auch ein fremder Dritter zu gleichen Konditionen das Darlehen gewährt hätte. Dieser Drittvergleich dürfte jedoch in der Praxis kaum zu beweisen sein.

#### **Konsequenz**

Nach Auffassung des Gesetzgebers hatte die Änderung ab 2008 lediglich klarstellenden Charakter. Diese Position dürfte nicht zu halten sein, wenn der BFH die Entscheidung des Finanzgerichts bestätigen sollte. Dann blieben vor dem Jahr 2008 vorgenommene Teilwertabschreibungen auf Darlehensforderungen steuerlich wirksam. Interessant dürfte auch die Auswirkung auf die Fälle sein, in denen der Darlehensgeber eine natürliche Person ist und die Forderung in einem Betriebsvermögen hält. Für diese Fälle

wurde keine Regelung zur hälftigen bzw. teilweisen Abzugsbeschränkung eingeführt. Der Gesetzgeber hielt eine solche Regelung offenbar nicht für notwendig. Eine Auffassung, die nach dem Urteil des Finanzgerichts durchaus angezweifelt werden darf.

## 7. Bilanzberichtigung und Bilanzänderung

### **Kernproblem**

Endet eine Betriebsprüfung mit einem steuerlichen Mehrergebnis, so kann der Steuerpflichtige versuchen, die hieraus resultierende Steuerbelastung durch Korrekturen zu seinen Gunsten zu kompensieren. Eine Möglichkeit hierzu bietet die Neuausübung bilanzieller Wahlrechte. Eine solche sog. „Bilanzänderung“ ist jedoch nur in einem engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit einer „Bilanzberichtigung“ zulässig und auch nur in Höhe der Auswirkung der vorangegangenen Berichtigung. Lange Zeit war streitig, in welchen Fällen eine derartige Berichtigung vorliegt.

### **Bilanzberichtigung**

Eine Bilanzberichtigung liegt unstreitig vor, wenn der Ansatz von (aktiven oder passiven) Wirtschaftsgütern oder Rechnungsabgrenzungsposten in der Steuerbilanz korrigiert wird. Derartige Fälle sind z. B. die steuerliche Nicht-Anerkennung von Teilwertabschreibungen oder von Rückstellungen. Nach der Rechtsprechung des BFH liegt eine Bilanzberichtigung aber auch dann vor, wenn eine Änderung des steuerlichen Gewinns ohne Auswirkung auf die Bilanzansätze von Wirtschaftsgütern (z. B. durch die Umqualifizierung von Betriebsausgaben in Entnahmen oder von Einlagen in Einnahmen) erfolgt. In diesem Fall ändert sich das bilanzielle Eigenkapital zwar nicht in seiner Summe, wohl aber in seiner Zusammensetzung. Der BFH nimmt hier eine Bilanzberichtigung an. Die Finanzverwaltung hat sich dem angeschlossen.

### **Keine Bilanzberichtigung**

Dagegen liegt eine Bilanzberichtigung nicht vor, wenn eine Gewinnerhöhung lediglich auf außerbilanziellen Vorgängen beruht. Anwendungsfälle sind z. B. die Umqualifizierung abzugsfähiger in nicht abzugsfähige Betriebsausgaben oder (bei Kapitalgesellschaften) in verdeckte Gewinnausschüttungen.

### **Konsequenz**

Die Rechtsprechung bedeutet eine Benachteiligung von Kapitalgesellschaften gegenüber Einzelunternehmen und Personengesellschaften. Während die Umqualifizierung von gebuchten Betriebsausgaben in Entnahmen als Bilanzberichtigung die Möglichkeit einer anschließenden Bilanzänderung eröffnet, gilt dies für das entsprechende Pendant bei einer Kapitalgesellschaft, die verdeckte Gewinnausschüttung, nicht. Ohnehin ist zu beachten, dass eine Bilanzänderung bei einer Kapitalgesellschaft regelmäßig auch eine Änderung der Handelsbilanz mit entsprechenden Konsequenzen (Nachtragsprüfung, erneute Feststellung und Offenlegung) erfordert. Abhilfe könnte hier das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) mit der geplanten Abschaffung der umgekehrten Maßgeblichkeit schaffen.