

## Gesamtthemenbrief

### Ihre Mandanteninformationen des Monats Juni 2010

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

Bitte lesen Sie im Einzelnen:

#### Inhalt

##### **Privatbereich**

1. "Kirchensteueraustritt" untersagt
2. Unterhaltszahlungen an Eltern des getrennt lebenden Ehegatten
3. Fehlerhaft ausgefüllte Steuererklärung
4. Keine AdV wegen ernstlicher Zweifel an Verfassungsmäßigkeit des ErbStG
5. BGH: Änderung zu Pflichtteilsergänzung bei Lebensvers.verträgen
6. Nicht notwendige Zusammenarbeit von Augenärzten und Optikern unlauter
7. Pflichtveranlagung bei Steuerkl.komb. III/V nicht verfassungswidrig
8. Erbschaftsteuerlicher Zugriff ist durch Art. 14 Abs. 1 GG begrenzt
9. ErbStG verstößt gegen Gemeinschaftsrecht
10. Niedergelassene Ärzte als Beauftragte der gesetzlichen Krankenkassen
11. Nießbrauchsvorbehalt: Stundung der Schenkungsteuer

##### **Unternehmer und Freiberufler**

1. Hacker-Software auf Dienst-Laptop verstößt gegen Urheberrecht
2. Verstoß gegen Verbot der privaten Internetnutzung
3. Karenzentschädigung bei Wettbewerbsverbot
4. Kfz-Nutzung: Mehrfache Anwendung der 1 %-Regel durch BFH bestätigt
5. Übernahme von Steuerberatungskosten ist Arbeitslohn

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

1. Unterbilanzhaftung wegen unterlassener Offenlegung
2. Gesellschafterstreit in der Limited muss vor englische Gerichte
3. Maßgeblichkeit nach BilMoG

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

**1. "Kirchensteueraustritt" untersagt****Kernfrage**

Kann man aus der Kirche austreten, die den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts hat und u. a. Kirchensteuer erhebt, und gleichzeitig weiterhin als Mitglied der katholischen Kirche angesehen werden? Diese Frage war jetzt - in zweiter Instanz - Gegenstand der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg.

**Sachverhalt**

Ein katholischer Hochschullehrer hatte den Austritt aus der Kirche erklärt, die Austrittserklärung aber mit dem Zusatz versehen, sie beziehe sich nur auf die Kirche als Körperschaft des öffentlichen Rechts. Er wolle sich keinesfalls innerlich von der Kirche lossagen und weiterhin Mitglied der Kirche sein. Das Erzbistum Freiburg stellte sich indes auf den Standpunkt, dass der Kirchenaustritt dem Tatbestand des Abfalls von der Kirche gleichkommt und automatisch die Exkommunikation nach sich zieht. Das Verwaltungsgericht Freiburg gab dem Hochschullehrer zunächst recht und erklärte den steuerlich bedingten Kirchenaustritt für rechtmäßig. Das Erzbistum legte Revision gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts ein.

**Entscheidung**

Der VGH gab der Revision des Erzbistums statt. Das Kirchensteuergesetz verlange für den Kirchenaustritt eine eindeutige Erklärung und verbiete deswegen Bedingungen und Zusätze. Für die Auslegung der Bestimmung ist nach Ansicht des Gerichts von entscheidender Bedeutung, dass mit diesem Verbot der sog. "modifizierte Kirchenaustritt" unterbunden werden soll. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sei ein Kirchenaustritt unwirksam, der isoliert nur diejenigen Rechtsfolgen beseitigen wolle, die eine Kirchenmitgliedschaft im Bereich des staatlichen Rechts hat. Die Austrittserklärung müsse folglich erkennen lassen, dass sich der Betroffene ernsthaft und vollständig von der Religionsgemeinschaft lossagen wolle.

**Konsequenz**

Der VGH hat mit seiner Entscheidung dem "Kirchensteueraustritt" eine klare Absage erteilt; die Revision beim Bundesverwaltungsgericht wurde nicht zugelassen. In ihrer Urteilsbegründung ließen es die Richter aber ausdrücklich offen, welche Folgerungen die Kirchen aus einer gegenüber den staatlichen Stellen abgegebenen Austrittserklärung ziehen. Die bereits in der Öffentlichkeit viel diskutierte Frage der Kirchenmitgliedschaft ohne Kirchensteuerpflicht sei eine rein innerkirchliche Angelegenheit.

**2. Unterhaltszahlungen an Eltern des getrennt lebenden Ehegatten****Einleitung**

Aufwendungen für den Unterhalt einer gegenüber dem Steuerpflichtigen oder seinem Ehegatten gesetzlich unterhaltsberechtigten Person können auf Antrag bis zu einem bestimmten Betrag vom Gesamtbetrag der Einkünfte abgezogen werden.

**Sachverhalt**

Die Klägerin lebte im Streitjahr von ihrem Ehemann dauernd getrennt. Im Rahmen der Einzelveranlagung machte sie Unterhaltsaufwendungen an ihre Schwiegermutter als außergewöhnliche Belastung geltend. Das Finanzamt lehnte die Berücksichtigung im Einkommensteuerbescheid der Klägerin ab, weil die Klägerin gegenüber der unterhaltenen Person nicht gesetzlich unterhaltsverpflichtet sei. Der hiergegen gerichtete Einspruch blieb - ebenso wie die Klage - erfolglos.

**Entscheidung**

Die Klägerin kann die Aufwendungen für den Unterhalt ihrer Schwiegermutter nicht mit Erfolg als außergewöhnliche Belastungen steuermindernd geltend machen. Es entspricht zwar der Systematik der Ehegattenveranlagung, dass Unterhaltungspflichtleistungen des Ehegatten als außergewöhnliche Belastungen zu berücksichtigen sind. Jedoch entfällt die Abziehbarkeit, sofern der Steuerpflichtige Unterhaltsleistungen an Personen zahlt, die nur gegenüber dem dauernd getrennt lebenden Ehegatten unterhaltsberechtigt sind.

**Ausblick**

Die Klägerin hat vor dem BFH Revision gegen das FG-Urteil eingelegt.

**3. Fehlerhaft ausgefüllte Steuererklärung****Kernproblem**

Das Ausfüllen einer Steuererklärung stellt manch einen Steuerlaien vor ungeahnte Probleme. Hat man es dann doch geschafft, sich ohne kompetente Hilfe durch den Formulardschungel zu kämpfen, gehen Fehler, die erst nach Bestandskraft des Steuerbescheides erkennbar werden, u. U. zu eigenen Lasten. Hier ist ein "grobes Verschulden" zu untersuchen. Regelmäßig handelt grob fahrlässig, wer eine im Steuererklärungsformular ausdrücklich gestellte, auf einen bestimmten Vorgang bezogene und für ihn verständliche Frage nicht beantwortet. Beruht dagegen die unvollständige Steuererklärung allein auf mangelnden Steuerrechtskenntnissen, ist dies nicht als grobes Verschulden anzulasten, wenn der Irrtum subjektiv entschuldbar ist.

**Sachverhalt**

Ein verheirateter ehemaliger Ingenieur der Chemiebranche erzielte Einkünfte aus nichtselbstständiger Tätigkeit, zunächst als Vorruehändler und später aus einer Werksrente. Die Steuererklärungen erstellte er im Streitzeitraum von 2000 bis 2003 mit Unterstützung von steuerlicher Literatur selbst. Im Mantelbogen wurde als Berufsbezeichnung "Vorruehändler" (2000) bzw. "Rentner" (2001-2003) eingetragen. Die Ehefrau war Hausfrau ohne eigene Einkünfte. In der Anlage N wurden unter der Rubrik "Ergänzende Angaben zu den Vorsorgeaufwendungen" keine Angaben gemacht. Hierdurch wurde der Vorwegabzug unzutreffend gekürzt und die Einkommensteuer zu hoch festgesetzt. Das fiel dem Rentner erst nach Bestandskraft der Bescheide im April 2005 auf. Finanzamt und Finanzgericht lehnten einen Änderungsantrag wegen groben Verschuldens ab. Der BFH hatte jetzt über die Nichtzulassungsbeschwerde zu entscheiden.

**Entscheidung des BFH**

Der BFH fordert nicht, dass die Erklärungsvordrucke selbst stets dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechen müssen. Inwieweit Erklärungsvordrucke Anlass zur Lektüre der Erläuterungen geben und wie diese zu verstehen sind, ist eine Frage des Einzelfalls. Der Senat sah es jedoch als erwiesen an, dass sich der Kläger bei gewissenhaftem Durchlesen der Anlage N auch zur Durchsicht der dazugehörigen Erläuterungen hätte veranlasst sehen müssen. Zudem entspreche es ständiger Rechtsprechung, dass im Rahmen der Sorgfaltspflicht des Steuerpflichtigen bei Abgabe seiner Erklärung Irrtümer über deren Folgewirkung als reine Rechtsirrtümer unbeachtlich seien.

**Konsequenz**

Dummheit schützt vor Strafe nicht. Der BFH hat die Beschwerde abgewiesen, weil er keine Divergenzen zu seiner bisherigen Rechtsprechung sah.

#### 4. **Keine AdV wegen ernstlicher Zweifel an Verfassungsmäßigkeit des ErbStG**

##### **Kernfrage/Rechtslage**

Steuerbescheide sind ungeachtet dagegen geführter Einspruchs- oder Klageverfahren vollziehbar, es sei denn, die Aussetzung der Vollziehung (AdV) wird gewährt. Diese AdV ist im Klageverfahren jedenfalls dann zu gewähren, wenn ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Steuerbescheides bestehen. Der Bundesfinanzhof hatte nunmehr darüber zu entscheiden, ob die AdV auch dann zu gewähren ist, wenn der Steuerbescheid mit dem Argument angegriffen wird, das ihm zugrunde liegende Gesetz (konkret: Die Erbschaftsteuerreform 2009) sei verfassungswidrig.

##### **Entscheidung**

Der Kläger hatte Anfang 2009 von seinem Bruder 25.000 EUR geschenkt bekommen; ein Betrag der um 5.000 EUR über dem persönlichen Steuerfreibetrag nach der Erbschaftsteuerreform lag und damit Schenkungsteuer auf der Grundlage der Erbschaftsteuerreform auslöste. Diese wurde vom Finanzamt auch festgesetzt. Hiergegen legte der Kläger Einspruch und schließlich Klage mit der Begründung ein, das Erbschaftsteuerreformgesetz sei verfassungswidrig. Die parallel beantragte AdV wurde zuletzt auch vom Bundesfinanzhof versagt, ohne dass sich dieser aber zur Verfassungsmäßigkeit der Erbschaftsteuerreform selbst äußerte. Denn eine auf ernstliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit einer dem Steuerbescheid zugrunde liegenden Gesetzesvorschrift gestützte AdV setze jedenfalls unter den besonderen Umständen des Streitfalls ein besonderes berechtigtes Interesse des Steuerpflichtigen an der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes voraus. Bei der Prüfung, ob ein solches Interesse bestehe, sei dieses mit den gegen die Gewährung von AdV sprechenden öffentlichen Belangen abzuwägen. Im Streitfall komme dem öffentlichen Interesse am Vollzug des Erbschaftsteuergesetzes der Vorrang zu, weil die vom Steuerpflichtigen angeführten verfassungsrechtlichen Bedenken im Ergebnis zur vorläufigen Nichtanwendung des ganzen Gesetzes führen würden. Ferner seien die Bedeutung und die Schwere des durch die Vollziehung des angefochtenen Bescheids eintretenden Eingriffs beim Steuerpflichtigen als eher gering einzustufen. Da sich die festgesetzte Steuer auf lediglich knapp 20 % des dem Steuerpflichtigen zugewendeten Geldbetrags belaufe, sei ihm die vorläufige Entrichtung der Steuer ohne Weiteres zumutbar.

##### **Konsequenz**

Die Entscheidung des Bundesfinanzhofes hat nicht zu der mit dem Verfahren beabsichtigten Äußerung zur Verfassungsmäßigkeit der Erbschaftsteuerreform geführt. Sie bedeutet aber in grundsätzlicher Hinsicht, dass ein mit ernstlichen Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit einer dem angefochtenen Steuerbescheid zugrunde liegenden Gesetzesvorschrift begründeter Antrag auf AdV abzulehnen ist, wenn nach den Umständen des Einzelfalles dem Interesse des Antragstellers an der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nicht der Vorrang vor dem öffentlichen Interesse am Vollzug des Gesetzes zukommt.

#### 5. **BGH: Änderung zu Pflichtteilergänzung bei Lebensvers.verträgen**

##### **Kernfrage/Rechtslage**

Eine der umstrittensten Fragen im Bereich der Pflichtteilergänzung ist, wie und insbesondere mit welchem Wert Lebensversicherungen, die als Schenkungen gelten, im Rahmen der Pflichtteilergänzungsansprüche zu berücksichtigen sind. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte hierzu war bisher uneinheitlich. Wohl überwiegend wurde eine Berücksichtigung mit dem Gesamtbetrag der eingezahlten Beiträge vertreten. Die Gegenmeinung wollte eine Berücksichtigung mit der vollen Todesfallleistung. Der Bundesgerichtshof hatte nunmehr Gelegenheit, die Frage höchstrichterlich zu entscheiden.

## **Entscheidung**

In den beiden entschiedenen Fällen hatten die Erblasser zu Lebzeiten ihre Bezugsrechte aus Lebensversicherungen auf Dritte übertragen und jeweils einen Sohn enterbt. Nach dem Tode des Erblassers machten die enterbten Söhne ihre Pflichtteilsansprüche geltend und beantragten deren Ergänzung. Insoweit hat der Pflichtteilsberechtigte das Recht, eine Pflichtteilsergänzung zu verlangen, wenn der Erblasser einem Dritten eine Schenkung gemacht hat. Eine solche Schenkung stellt nach einheitlicher Rechtsprechung auch die Übertragung der Bezugsrechte aus einer Lebensversicherung dar. In seiner Entscheidung hat sich der Bundesgerichtshof keiner der beiden vertretenen Auffassungen angeschlossen, sondern eine vermittelnde Lösung gefunden. Er hält den realen objektiven Marktwert zu Lebzeiten des Schenkers für entscheidend und stellt auf den Rückkaufwert in der letzten juristischen Sekunde vor dem Tod des Erblassers ab. Zu berücksichtigen sei auch der von einem gewerblichen Aufkäufer real zu erzielende Aufkaufwert. Dagegen seien individuell subjektive Umstände nicht zu berücksichtigen, insbesondere nicht die schwindende Lebenserwartung des Schenkers infolge von Krankheit und Kräfteverfall, die in der Praxis den Aufkaufwert deutlich erhöhen.

## **Konsequenz**

Die Entscheidung klärt die zwischen den Obergerichten offene und streitige Rechtsfrage wohl abschließend. Mit seiner Entscheidung zeigt der Bundesgerichtshof aber einmal mehr, dass er die Rechte der Pflichtteilsberechtigten zu stärken versucht. Die Bewertung der Schenkung mit dem objektivierten Rückkaufwert vor dem Tod führt dazu, dass Lebensversicherungen deutlich höher als bisher bei Pflichtteilsergänzungen berücksichtigt werden. Gleichzeitig ist für die ergänzungsverpflichteten Erben nicht der worst-case eingetreten.

## **6. Nicht notwendige Zusammenarbeit von Augenärzten und Optikern unlauter**

### **Einführung**

Nach der ärztlichen Berufsordnung ist es dem Arzt untersagt, im Zusammenhang mit der Ausübung seiner ärztlichen Tätigkeit Waren und andere Gegenstände abzugeben, soweit nicht die Abgabe des Produkts wegen ihrer Besonderheit notwendiger Bestandteil der ärztlichen Therapie ist. Ziel dieser Vorschrift ist die Trennung merkantiler Gesichtspunkte vom Heil Auftrag des Arztes. Das besondere Vertrauen in den Arzt soll nicht zur Verkaufsförderung von Produkten und Dienstleistungen genutzt werden, die nicht notwendigerweise im Zusammenhang mit der Behandlung stehen. Die Grenzen sind hierbei fließend. Bei der Abgabe von Hörgeräten und Kontaktlinsen wurde die Mitwirkung des Arztes für zulässig erachtet. Streitig war, ob eine Zusammenarbeit von Augenärzten und Augenoptikern beim Vertrieb von Brillen möglich ist.

### **Entscheidung**

Ein Augenarzt hat Patienten nach der Augenglasbestimmung eine Vielzahl von Musterbrillen eines Augenoptikers zur Auswahl vorgelegt. Die Werte des Patienten wurden anschließend vom Arzt zusammen mit Angaben zum ausgewählten Modell an den Augenoptikbetrieb zur Fertigung der Sehhilfe übermittelt. Der Patient bekam die fertige Brille zugeschickt oder konnte diese beim Augenarzt abholen. Gegen diese Zusammenarbeit richtete sich die Klage eines Wettbewerbsverbandes. Nach Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Oberlandesgericht wurde der Klage stattgegeben. Objektive, in der Person der Patienten liegende Besonderheiten hätten vom Arzt nicht dargelegt werden können. Damit sei von einem berufsrechtswidrigen Eingriff in den Wettbewerb sowohl unter den Ärzten als auch den Augenoptikern auszugehen. Zuvor hat der Bundesgerichtshof für diesen Fall strenge Bewertungskriterien aufgestellt. So reiche allein der Wunsch des Patienten, sämtliche Leistungen aus einer Hand zu erhalten, nicht aus, um eine Verweisung an einen bestimmten Augenoptiker zu rechtfertigen. Der Bundesgerichtshof hat hierbei klargestellt, dass sowohl die Abgabe von Produkten als auch die Erbringung gewerblicher Dienstleistungen durch Ärzte

nur aus medizinischen Gründen zulässig sind. Anpassung und Abgabe von Brillen gehörten jedenfalls nicht hierzu.

### **Konsequenz**

Dieses Urteil wird zu einer weiteren Verschärfung der Verteilungskämpfe im Gesundheitswesen zwischen Ärzten und Gesundheitshandwerkern beitragen. Bereits jetzt werden gezielt "Testpatienten" zu Ärzten geschickt, um dort angebliche Wettbewerbsverstöße aufzudecken.

## **7. Pflichtveranlagung bei Steuerkl.komb. III/V nicht verfassungswidrig**

### **Kernaussage**

Die Pflichtveranlagung von Ehegatten bei der Steuerklassenkombination III/V verstößt weder wegen eines normativen Erhebungsdefizits noch wegen eines strukturellen Vollzugsdefizits gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

### **Sachverhalt**

Die Kläger sind verheiratet und erzielten im Streitjahr beide Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit. Die Einkünfte des Klägers unterlagen während des Veranlagungszeitraums dem Lohnsteuerabzug nach der Steuerklasse III, die der Klägerin nach der Steuerklasse V. Das beklagte Finanzamt folgte bei der Einkommensteuerfestsetzung den Angaben der Kläger in der Steuererklärung. Gleichwohl legten die Kläger Einspruch ein und beehrten, den Bescheid mit der folgenden Begründung aufzuheben: Die Nachzahlung aufgrund der Steuerklassenkombination III/V wäre nicht angefallen, wenn sie sich gesetzeswidrig verhalten und keine Steuererklärung abgegeben hätten. Die zutreffende Besteuerung hänge von der Mitwirkungs- und Erklärungsbereitschaft der Steuerpflichtigen ab. Diese wiederum würden in großer Anzahl von der Möglichkeit der Nichtabgabe einer entsprechenden Steuererklärung Gebrauch machen. Da ein solches Unterlassen von der Finanzverwaltung nicht unterbunden werde, obgleich sie durch Ausgabe der Steuerkarten von der Steuerklassenkombination Kenntnis habe, sei die Vollzugspraxis der Verwaltung defizitär und verfassungswidrig.

### **Entscheidung**

Das Finanzgericht erteilte dieser Auffassung eine klare Absage und wies die Klage ab. Selbst wenn das Maß der Nichterklärung bereits wesentliche Erhebungsdefizite bzw. gravierende Erhebungsmängel zur Folge hätte, würde dies allein nicht zur Verfassungswidrigkeit führen. Darüber hinaus sei erforderlich, dass die Finanzverwaltung einen solchermaßen gravierenden Erhebungsmangel aus politischen Gründen in Kauf nehme. Eine vollständige Auswertung des Kontrollmaterials ist den Finanzämtern weder möglich noch aus Rechtsgründen geboten.

### **Konsequenz**

Sofern sich die steuerlichen Verhältnisse im Vergleich zum Vorjahr ändern, sollte geprüft werden, ob die gewählte Veranlagungsart steueroptimal ist. Die Veranlagungsart kann jedes Jahr gesondert gewählt werden.

## **8. Erbschaftsteuerlicher Zugriff ist durch Art. 14 Abs. 1 GG begrenzt**

### **Kernaussage**

Der erbschaftsteuerliche Zugriff auf das Vermögen darf nicht so hoch sein, dass dem Steuerpflichtigen kein privater Nutzen mehr verbleibt. Auch wenn bei richtiger Rechtsanwendung eine überhöhte Besteuerung die Folge wäre, gebietet die Eigentumsgarantie des Art 14 GG eine abweichende Steuerfestsetzung aus Billigkeitsgründen.

**Sachverhalt**

Der Erblasser hatte seine Ehefrau als Erbin eingesetzt und dem Kläger ein Vermächtnis von 500.000 EUR zugewandt. Nach dem Tode des Erblassers konnte die Ehefrau den Vermächtnisanspruch nicht erfüllen. Der Kläger hat daher Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen die Ehefrau betrieben und insgesamt rund 90.000 EUR realisiert. Nachdem die Ehefrau verstarb und ein Nachlassinsolvenzverfahren nach ihrem Tode mangels Masse abgewiesen wurde, waren weitere Zahlungen auf den Vermächtnisanspruch ausgeschlossen. Das beklagte Finanzamt hat jedoch eine Erbschaftsteuer gegen den Kläger, ausgehend von einem Vermächtnis i. H. v. 500.000 EUR festgesetzt. Hiergegen richtete sich die Klage.

**Entscheidung**

Das FG gab der Klage statt. Aus sachlichen Billigkeitsgründen nach § 163 AO können Steuern niedriger festgesetzt werden, wenn die Besteuerung im Einzelfall mit Sinn und Zweck des Gesetzes nicht vereinbar ist und den gesetzlichen Wertungen zuwiderläuft. Zwar ist der Vermächtnisanspruch mit seinem Nennwert anzusetzen. Unerheblich ist hierfür, ob der Anspruch nach dem Bewertungsstichtag vollständig oder nur zum Teil erfüllt worden ist. Im Lichte des Art 14 GG war im Streitfall aber eine abweichende Steuerfestsetzung geboten, da die Vermögensverhältnisse des Steuerpflichtigen durch die Festsetzung so grundlegend beeinträchtigt wurden, dass dieser eine erdrosselnde Wirkung zukam.

**Konsequenz**

Insbesondere in den Bereichen, in denen die Steuerbelastung von einer Bewertung von Vermögensgegenständen abhängt, sollte stets im Rahmen einer Gesamtbetrachtung entschieden werden, ob im Vergleich zum erworbenen Vermögen eine noch verhältnismäßige Steuerbelastung vorliegt. Zwar gibt es noch keine allgemeinverbindliche absolute Belastungsobergrenze, jedoch wird deutlich, dass es einer Korrektur im Falle einer erdrosselnden Wirkung bedarf.

**9. ErbStG verstößt gegen Gemeinschaftsrecht****Kernfrage/Rechtsslage**

Das deutsche Erbschaftsteuerrecht knüpft in Schenkungsfällen die Gewährung der persönlichen Steuerfreibeträge an den Wohnsitz des Schenkers bzw. des Schenkungsempfängers. Nur wenn mindestens eine dieser Personen ihren Wohnsitz in Deutschland hat, werden die hohen persönlichen Steuerfreibeträge gewährt. Gleichzeitig verbieten die Regelungen des Vertrages über die Europäische Gemeinschaft ganz allgemein jegliche Beschränkung des freien Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten. Der Europäische Gerichtshof hatte nunmehr darüber zu entscheiden, ob die deutsche Gesetzeslage gegen Gemeinschaftsrecht verstößt.

**Entscheidung**

Die Klägerin, eine deutsche Staatsangehörige und seit langem in Holland wohnhaft, hatte von ihrer Mutter, ebenfalls deutsche Staatsangehörige und dort lebend, ein bebautes Grundstück geschenkt bekommen. Da weder Schenkerin noch Beschenkte in Deutschland einen Wohnsitz hatten, setzte das Finanzamt unter Versagung der hohen persönlichen Steuerfreibeträge eine erhebliche Schenkungsteuer fest. Die Klägerin macht die Berücksichtigung des persönlichen Kinder-Freibetrages geltend. Nachdem das Finanzgericht der Ansicht war, dass die deutsche Gesetzeslage Gemeinschaftsrecht verletze, legte es dem Europäischen Gerichtshof die Sache zur Entscheidung vor. Der EuGH bestätigte die Ansicht des Finanzgerichts. Denn die Benachteiligung des Auslandswohnsitzes bewirke eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs in der Union, die nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt sei. Darüber hinaus stelle der Sachverhalt angesichts des Auslandswohnsitzes keine rein innerstaatliche Situation dar, so dass auch die Kapitalverkehrsfreiheit betroffen sei. Im Übrigen sei die Anwendung eines geminderten Freibetrags, wie ihn die streitige deutsche

Regelung für den Fall vorsehe, dass die Schenkung unter Personen vorgenommen wird, die nicht in dem Mitgliedstaat wohnen, in dem der Schenkungsgegenstand belegen ist, auch kein geeignetes Mittel zur Erreichung des mit dieser Regelung verfolgten Ziels, gespaltene Schenkungen zu verhindern.

### **Konsequenz**

Mit der Entscheidung ist die deutsche Regelung endgültig gemeinschaftsrechtswidrig. Sie kann nicht mehr angewandt werden. Die Entscheidung bedeutet, dass bei Schenkungen "deutschen" Vermögens unabhängig davon, wo Schenker und/oder Beschenkte ihren Wohnsitz haben, die normalen persönlichen Freibeträge zu gewähren sind, so lange sich der Steuersachverhalt innerhalb der Europäischen Union abspielt. Mit anderen Worten: alleine die Schenkung "deutschen" Vermögens ist im Geltungsbereich des Vertrages über die Europäische Union ausreichend für die Gewährung der normalen persönlichen Freibeträge.

## 10. **Niedergelassene Ärzte als Beauftragte der gesetzlichen Krankenkassen**

### **Kernaussage**

Wer im Geschäftsverkehr zu Wettbewerbszwecken einem Beauftragten eines Geschäftsbetriebes einen Vorteil als Gegenleistung dafür gewährt, dass er ihn beim Warenbezug in unlauterer Weise bevorzugt, wird wegen Bestechung bestraft (§ 229 StGB). Das OLG Braunschweig hatte zu klären, ob ein niedergelassener Kassenarzt als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen im Sinne der Strafvorschrift handelt, wenn er Arzneimittel verordnet.

### **Sachverhalt**

Der beschuldigte Apotheker hatte für zwei Ärzte die Umbaukosten ihrer in der Nähe der Apotheke gelegenen Praxen übernommen und leistete ihnen monatliche Mietzuschüsse. Die Aufwendungen deklarierte er als Betriebsausgaben. Die Staatsanwaltschaft ermittelte gegen ihn wegen Bestechung und erhob Anklage. Dem Apotheker wurde vorgeworfen, die finanziellen Zuwendungen als Gegenleistung für eine unlautere Bevorzugung durch die Ärzte bei der Verschreibung teurer Krebsmedikamente erbracht zu haben. LG und OLG verneinten jedoch einen dringenden Tatverdacht.

### **Entscheidung**

Entgegen der Ansicht des LG ist das OLG der Auffassung, dass Vertragsärzte grundsätzlich Beauftragte der gesetzlichen Krankenkassen im Sinne der Strafvorschrift des § 299 StGB sind. Der Kassenarzt ist aufgrund seiner gesetzlichen Aufgaben berechtigt und verpflichtet, für die Krankenkasse zu handeln. Mit der Verordnung eines bestimmten Medikaments konkretisiert er das Recht des Versicherten auf Versorgung mit Arzneimitteln und gibt als Vertreter der Krankenkasse gegenüber der Apotheke ein vom Versicherten übermitteltes Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrages über Medikamente ab. Der Vertragsarzt nimmt so als "Schlüsselfigur der Arzneimittelversorgung" erheblichen Einfluss auf die betrieblichen Entscheidungen der gesetzlichen Krankenkasse. Die Gerichte sahen jedoch keinen dringenden Tatverdacht; es war nicht bewiesen, dass der beauftragte Arzt den beschuldigten Apotheker durch eine Gegenleistung in unlauterer Weise bevorzugt hatte. Die erforderliche Unrechtsvereinbarung zwischen beiden lag nicht vor.

### **Konsequenz**

Die aus der räumlichen Nähe zwischen Arztpraxen und Apotheke resultierenden Umsatzvorteile genügen alleine nicht, um eine Unrechtsvereinbarung und damit eine Strafbarkeit des Apothekers wegen Bestechung zu begründen. Dass ein erheblicher Teil der ausgestellten Rezepte in der Apotheke des Beschuldigten eingelöst wurden, beweist noch keine dahingehende Unrechtsvereinbarung.

## 11. Nießbrauchsvorbehalt: Stundung der Schenkungsteuer

### Kernaussage

Hat sich der Schenker für den Fall der Veräußerung des Zuwendungsgegenstands die Fortsetzung des Nießbrauchs am Erlös bereits in der Schenkungsabrede vorbehalten, endet die Stundung der Steuer nach verfassungskonformer Auslegung des § 25 Abs. 1 Satz 2 ErbStG a. F. erst mit dem Erlöschen des Nießbrauchs am Erlös.

### Sachverhalt

Der Kläger hat von seinem Vater im Jahr 1998 schenkungsweise Aktien erworben. Der Vater behielt sich Nießbrauch an den Aktien vor. Für den Fall der Veräußerung der Aktien sollte sich der Nießbrauch auf alle "Erträge der Vermögenswerte" erstrecken. Ferner war der Kläger verpflichtet, den Veräußerungserlös in eine noch zu gründende gemeinsame Personengesellschaft einzubringen. Im Jahr 1999 wurden die Aktien sodann veräußert. Der Erlös i. H. v. 3,1 Mio. DM wurde dem Darlehenskonto des Klägers bei der neu gegründeten GbR gutgeschrieben, an der neben dem Vater auch der Kläger und seine Schwester beteiligt waren. Am gleichen Tag räumte der Vater dem Kläger einen Gewinnvorab aus dem Gewinn der GbR i. H. v. 75.000 DM ein und verzichtete in dieser Höhe auf seinen Nießbrauch am Erlös. Das beklagte Finanzamt unterwarf den Veräußerungserlös insgesamt der Schenkungssteuer.

### Entscheidung

Der BFH stellte fest, dass der Abzug der Auflage zur Einbringung des Veräußerungserlöses in die Personengesellschaft nicht abzugsfähig ist, da der Erlös dem Darlehenskonto des Klägers gutgeschrieben wurde und er somit Begünstigter der Auflage war (§ 10 Abs. 9 ErbStG). Demgegenüber setzt sich die Stundung der Schenkungssteuer nach § 25 Abs. 1 Satz 2 ErbStG a. F. bis zum Erlöschen des eingeräumten Nießbrauchs auch am Erlös fort, wenn diese Fortsetzung bereits in der Schenkungsabrede enthalten ist.

### Konsequenz

Die Regelung des § 25 ErbStG wurde zwar mit Wirkung vom 1.1.2009 aufgehoben, bleibt jedoch für Erwerbe, für die die Steuer bis zu diesem Datum entstanden ist, grundsätzlich weiterhin anwendbar. Der Regelungsgehalt der Vorschrift ist, wie diese Entscheidung verdeutlicht, weiterhin von erheblicher Bedeutung.

## Unternehmer und Freiberufler

### 1. Hacker-Software auf Dienst-Laptop verstößt gegen Urheberrecht

#### Kernaussage

Nach § 95a Abs. 3 UrhG besteht ein Verbot für den Besitz von Vorrichtungen, die hauptsächlich entworfen, hergestellt, angepasst oder erbracht werden, um die Umgehung wirksamer Maßnahmen zu ermöglichen oder zu erleichtern. Entsprechend diesem gesetzlichen Verbot hat das OLG Celle entschieden, dass der Besitz von Hackersoftware auf einem dienstlichen Computer einen außerordentlichen Kündigungsgrund darstellt.

#### Sachverhalt

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung. Der Kläger war bei der Beklagten als Geschäftsführer angestellt. Die fristlose Kündigung wurde auf mehrere Pflichtverletzungen des Klägers gestützt. Insbesondere wurde ihm gegenüber der Vorwurf erhoben, dass er sich Hackersoftware auf den von ihm benutzten Laptop heruntergeladen habe, um sich Zugang zu geheimen Daten der Unternehmensgruppe zu verschaffen. Daneben habe er einen Betrug begangen, indem er für einen angeschafften Bürosessel gegenüber der Beklagten 205 EUR statt der verauslagten 30 EUR berechnet habe. Die Klage hatte in der ersten Instanz Erfolg. Das OLG hingegen wies sie im Wesentlichen abändernd ab.

**Entscheidung**

Das Herunterladen der Hackersoftware als solches ist nach § 95a Abs. 3 UrhG rechtswidrig und setzt die Beklagte der Gefahr eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens sowie der Gefahr eines unternehmensschädigenden Datenskandals aus. Durch die Installation illegaler Software hat der Kläger die Möglichkeit, Sicherheitsvorkehrungen zu umgehen, Passwörter zu knacken oder interne Betriebsgeheimnisse einzusehen sowie weiterzuleiten. Auch wenn nur eine rein theoretische Gefahr besteht, dass der Kläger die Hackersoftware auf illegalem Wege einsetzt, rechtfertigt bereits das bisherige Handeln des Klägers seine fristlose Kündigung. Daneben rechtfertigt eine vorsätzliche Falschabrechnung eine fristlose Kündigung, selbst wenn es sich dabei um einen geringen Betrag handelt.

**Konsequenz**

Bereits der Besitz von Hackersoftware verstößt gegen das Urheberrecht. Wird eine solche Software im betrieblichen Bereich vorgehalten, stellt dies einen fristlosen Kündigungsgrund dar.

**2. Verstoß gegen Verbot der privaten Internetnutzung****Kernfrage/Rechtslage**

Die private Nutzung des Internets auf betrieblichen Rechnern ist Quell regelmäßiger Streitigkeiten im Arbeitsverhältnis. In der Regel sind Kündigungen wegen unerlaubter Internetnutzung dann gerechtfertigt, wenn straf erhebliche oder pornografische Inhalte geladen und/oder gespeichert werden. Auch ganz übermäßige Internetnutzung kann eine Kündigung insbesondere dann rechtfertigen, wenn die private Nutzung untersagt ist. Streitig ist regelmäßig, ob eine Abmahnung erforderlich ist. Das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz hatte nunmehr über die Erforderlichkeit einer Abmahnung in einem Fall zu befinden, in dem die private Internetnutzung ausdrücklich untersagt war.

**Entscheidung**

Der Kläger war 17 Jahre beim Arbeitgeber beschäftigt. Er hatte eine Mitarbeitererklärung zur Internet- und PC-Nutzung unterschrieben, in der es hieß, dass der Zugang zum Internet und E-Mail nur zu dienstlichen Zwecken gestattet und jeder darüber hinausgehende Gebrauch - insbesondere zu privaten Zwecken - ausdrücklich verboten sei. Verstöße gegen diese Anweisung sollten ohne Ausnahme mit arbeitsrechtlichen Mitteln sanktioniert werden und - insbesondere bei Nutzung von kriminellen, pornographischen, rechts- oder linksradikalen Inhalten - zur außerordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen. Zumindest einmal hatte der Kläger mit Erlaubnis seines Vorgesetzten den Internetanschluss an seinem Arbeitsplatz genutzt, um seinen Kontostand abzufragen. Der Arbeitgeber kündigte das Arbeitsverhältnis ordentlich, weil der Arbeitnehmer verbotswidrig das Internet zu privaten Zwecken genutzt habe. Dies sei innerhalb eines Monats mindestens neunmal der Fall gewesen. Die Kündigungsschutzklage des Klägers hatte Erfolg. Das Gericht urteilte, dass der Arbeitgeber - selbst wenn man seinen Vortrag als zutreffend unterstelle - nicht hinreichend dargelegt habe, dass eine erhebliche Beeinträchtigung der geschuldeten Leistung vorlag. Es fehle an der Darstellung der Verweildauer des Klägers an den fraglichen Tagen im Internet. Im Übrigen wäre vor Ausspruch einer Kündigung eine Abmahnung erforderlich gewesen. Diese sei nicht entbehrlich gewesen, weil dem Kläger die private Nutzung des Internets grundsätzlich untersagt war. Zum einen liege die Unterzeichnung der Mitarbeitererklärung zeitlich schon länger zurück und schreibe selbst die Notwendigkeit arbeitsrechtlicher Sanktionen vor, zu denen auch Abmahnungen gehören. Zum anderen habe die Beklagte aber das Verbot aufgeweicht, indem sie ihren Mitarbeitern einen PC zur privaten Internetnutzung zur Verfügung gestellt habe.

## **Konsequenz**

Auch wenn ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern die Nutzung des betrieblichen Internetanschlusses zu privaten Zwecken ausdrücklich untersagt hat, rechtfertigt ein Verstoß hiergegen nicht automatisch eine ordentliche Kündigung. Vielmehr muss der Arbeitgeber regelmäßig zunächst eine Abmahnung aussprechen, bevor er verhaltensbedingt kündigen kann. Es muss überdies beim Arbeitnehmer zu einer erheblichen Leistungsbeeinträchtigung gekommen sein. Das bedeutet zugleich erhebliche Darlegungspflichten im Rahmen des arbeitsgerichtlichen Verfahrens.

### **3. Karenzenschädigung bei Wettbewerbsverbot**

#### **Kernfrage**

Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot bei Arbeitnehmern nach §§ 74 ff. HGB setzt zwingend die Gewährung einer Karenzenschädigung als Ausgleich voraus. Die nachvertraglichen Wettbewerbsverbote dürfen unter Berücksichtigung dieser Entschädigung nach Ort, Zeit und Gegenstand keine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Arbeitnehmers enthalten und müssen dem berechtigten geschäftlichen Interessen des Arbeitgebers dienen (§ 74a Abs. 1 HGB). Das Gesetz enthält jedoch keine Regelung hinsichtlich des Anspruchs auf Karenzenschädigung bei teilweise verbindlichem und teilweise unverbindlichem Wettbewerbsverbot.

#### **Sachverhalt**

Die Beklagte stellt Fenster und Türen her und vertreibt ihre Produkte ausschließlich an den Fachhandel. Der Kläger war bei der Beklagten als Marketingleiter tätig. Nach dem vereinbarten nachvertraglichen Wettbewerbsverbot war der Kläger verpflichtet, für die Dauer von 2 Jahren nicht für Unternehmen tätig zu sein, die mit dem früheren Arbeitgeber in Konkurrenz stehen. Als Konkurrenzunternehmen galten Unternehmen, die mit dem Vertrieb von Fenstern und Türen befasst sind. Nach seinem Ausscheiden arbeitet der Kläger als selbstständiger Handelsvertreter für ein Unternehmen, welches Fenster und Türen ausschließlich an Endverbraucher veräußert. Mit der Klage begehrt der Kläger die Zahlung der vereinbarten Karenzenschädigung.

#### **Entscheidung**

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Das BAG gab ihr statt. Das Verbot, Fenster und Türen direkt an Endverbraucher zu vertreiben, dient nicht mehr dem Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Arbeitgebers. Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot ist insoweit unverbindlich. Bei Beachtung des verbindlichen Teils entsteht unabhängig hiervon der Anspruch auf die Karenzenschädigung. Der Anspruch setzt nicht voraus, dass der Arbeitnehmer das Wettbewerbsverbot insgesamt beachtet. Es genügt die Einhaltung des verbindlichen Teils.

#### **Konsequenz**

Die nachvertraglichen Wettbewerbsklauseln sind hinsichtlich der Frage, welcher Teil verbindlich und welcher unverbindlich ist, genau zu überprüfen. Für den Arbeitgeber dürfte zudem zu entscheiden sein, ob nach Sinn und Zweck eine einfache Kundenschutzklausel ausreicht.

### **4. Kfz-Nutzung: Mehrfache Anwendung der 1 %-Regel durch BFH bestätigt**

#### **Einführung**

Die private Nutzung betrieblicher Kfz ist zu versteuern. Zur Ermittlung der privaten Nutzung stehen die 1 %- und die Fahrtenbuchmethode zur Verfügung. Die 1 %-Methode ist seit dem Jahr 2006 allerdings auf Kfz begrenzt, deren betriebliche Nutzung mehr als 50 % beträgt. Umstritten war bisher die Anwendung der 1 %-Methode für Fälle, in denen ein Unternehmer mehrere Kfz des Betriebsvermögens privat nutzt und eine private Verwendung durch Dritte, z. B. Familienangehörige, ausgeschlossen werden kann.

### **Rechtslage**

Das BMF verlangt in solchen Fällen bis zum 31.12.2009 den Ansatz der 1 %-Methode nur für das Kfz mit dem höchsten Bruttolistenpreis. Seit dem 1.1.2010 soll hingegen für alle Kfz im Betriebsvermögen, für die eine private Nutzung nicht ausgeschlossen werden kann, eine Besteuerung auf Basis der 1 %-Methode erfolgen. Dieser können die Unternehmer nur entgehen, wenn sie die private Nutzung mittels Fahrtenbuch ermitteln.

### **Neues Urteil**

Der BFH hat nun die neue Verwaltungsauffassung bestätigt. Demnach ist für jedes Kfz des Betriebsvermögens, das privat genutzt wird, die private Nutzung nach der 1 %-Methode zu bestimmen, sofern kein Fahrtenbuch geführt wird. Dabei ist es laut BFH vollkommen unerheblich, ob die Kfz von einer oder mehreren Personen privat genutzt werden.

### **Konsequenz**

Unternehmern, die mehrere Kfz im Betriebsvermögen haben und nicht nachweisen können, dass diese z. B. durch Überlassung an Arbeitnehmer ausschließlich betrieblich genutzt werden, wird das BFH-Urteil teuer zu stehen kommen. Es besteht auch keine Hoffnung, dass der BFH diesbezüglich in nächster Zeit zu einem anderen Ergebnis kommen wird. Denn der Urteilsbegründung ist zu entnehmen, dass der BFH durchaus das Problem gesehen hat, dass die mehrfache Anwendung der 1 %-Methode in diesen Fällen regelmäßig zu einer Besteuerung führt, die in keinem Verhältnis zur tatsächlichen privaten Nutzung steht. Dies hält er allerdings für zulässig, da die 1 %-Methode der Pauschalierung dient, ggf. auch zu Ungunsten der Steuerpflichtigen. Das Motto des BFH lautet: Wem dies nicht passt, steht es offen, für jedes Kfz ein Fahrtenbuch zu führen. Offen lässt der BFH, ob die Unternehmen für die Jahre bis einschließlich 2009 in ihrem Vertrauen auf die oben dargestellte Auffassung der Finanzverwaltung geschützt sind. Betroffene Unternehmen müssen nun prüfen, ob sie Maßnahmen ergreifen können, um der drohenden steuerlichen Mehrbelastung zu entgehen, z. B. durch Führung von Fahrtenbüchern.

## **5. Übernahme von Steuerberatungskosten ist Arbeitslohn**

### **Kernproblem**

Insbesondere bei international agierenden Konzernen kommt es nicht selten vor, dass mit entsandten ausländischen Arbeitnehmern Nettolohnvereinbarungen getroffen werden. Danach trägt der Arbeitgeber Steuern und Sozialabgaben für die Arbeitnehmer; diese treten dem Arbeitgeber unwiderruflich alle Erstattungen von Steuern und Sozialabgaben ab. So auch geschehen im Streitfall, bei dem der Arbeitgeber die Steuerberatungskosten für die Erstellung der Einkommensteuererklärung seiner japanischen Arbeitnehmer getragen hatte. Dies war auch im Interesse des Arbeitgebers, denn die Steuererstattungen standen ihm zu und minimierten so den Lohnaufwand. Die Lohnsteuer-Außenprüfung behandelte die Kostenübernahme jedoch als Netto-Arbeitslohn, so dass der Arbeitgeber für die Lohnsteuer in Haftung genommen wurde.

### **Bisherige Rechtsprechung**

Vorteile des Arbeitnehmers sind kein Arbeitslohn, wenn sie aus ganz überwiegend eigenbetrieblichem Interesse gewährt werden. In diesem Fall kann ein damit einhergehendes eigenes Interesse des Arbeitnehmers, den betreffenden Vorteil zu erlangen, vernachlässigt werden. Ist aber neben dem eigenbetrieblichen Interesse des Arbeitgebers ein nicht unerhebliches Interesse des Arbeitnehmers gegeben, führt die Vorteilsgewährung zu Arbeitslohn.

### **Entscheidung des BFH**

Der BFH hat bei Prüfung der vom FG durchgeführten Gesamtwürdigung keine Rechtsfehler erkennen können und es jedenfalls für möglich gehalten, dass die Kostenübernahme auch im Interesse der Arbeitnehmer erfolgte. Dieser Schluss läge nahe, weil die

Nettolohnvereinbarung für den Arbeitgeber unzweckmäßig und risikobehaftet sei, denn der Arbeitnehmer könne die Lohnkostenbelastung durch Änderung von in seiner Sphäre liegenden individuellen Umständen beeinflussen. So wirkten sich Beitragserhöhungen zu Lasten des Arbeitgebers aus. Den ausländischen Arbeitnehmern hingegen werde mit dem zugesagten Nettolohn eine handhabbare Entscheidungs- und Vergleichsgröße zur Verfügung gestellt, die ihnen erlaube, den wirtschaftlichen Nutzen des Auslandsaufenthalts zu bewerten. Darüber hinaus müsse sich der Arbeitnehmer bei einer Nettolohnabrede weder mit steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften einer ausländischen Rechtsordnung, noch mit den Fragen grenzüberschreitender Besteuerung befassen.

### **Konsequenz**

Der Senat verkennt nicht, dass die Nettolohnvereinbarungen auch im Interesse des Arbeitgebers liegen (z. B. zur Kosteneinsparung im administrativen Bereich). Dies reichte jedoch im Streitfall nicht aus.

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

### **1. Unterbilanzhaftung wegen unterlassener Offenlegung**

#### **Kernaussage**

Unterbleibt die Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung einer GmbH gegenüber dem Registergericht, führt dies in entsprechender Anwendung des Haftungsmodells der Unterbilanzhaftung zu einer zeitlich unbeschränkten Haftung der Gesellschafter. Gleiches gelte für den Erwerb eines Geschäftsanteils.

#### **Sachverhalt**

Eine im Dezember 1993 gegründete GmbH verfügte ausweislich des Jahresabschlusses zum 31.12.2004 bereits Ende 2003 über keine Aktiva mehr. Im Juli 2004 beschloss die Gesellschafterversammlung eine Änderung der Firma, eine Verlegung des Sitzes und die Änderung des Unternehmensgegenstandes. Diese Änderungen wurden im September 2004 im Handelsregister eingetragen. Die GmbH war seit Juli 2004 mit erweitertem Geschäftszweck operativ tätig. Im Dezember 2005 wurden die Geschäftsanteile im Nennwert von 50.000 DM auf die Beklagte übertragen. Diese zahlte im März 2006 als Einlage 25.000 EUR auf das Stammkapital ein. Im Februar 2007 wurde über das Vermögen der GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet. Es wurden Forderungen i. H. v. rund 37.000 EUR zur Tabelle festgestellt. Der Kläger ist Insolvenzverwalter und nimmt die Beklagte als alleinige Gesellschafterin der Schuldnerin auf Begleichung der sämtlichen Forderungen in Anspruch.

#### **Entscheidung**

Das LG wies die Klage ab, das OLG München gab ihr statt. Die Aufnahme der operativen Tätigkeit mit dem erweiterten Gesellschaftszweck im Juli 2004 stellt eine Mantelverwendung dar, die nach der Rechtsprechung des BGH gegenüber dem Registergericht als wirtschaftliche Neugründung hätte offen gelegt werden müssen. Dies ist nicht geschehen, so dass insoweit das Haftungsmodell der Unterbilanzhaftung entsprechende Anwendung findet. Hiernach haften Gesellschafter unbeschränkt für Verluste, die vor Anmeldung und Eintragung der GmbH mit der Aufnahme der Geschäftstätigkeit entstanden sind. Die Zahlung der Beklagten auf das Stammkapital im März 2006 führt nicht zu einer Haftungsbefreiung, da diese nicht mit einer Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung verbunden war. Die Unterbilanzhaftung sichert das Vertrauen der Gläubiger auf den ungeschmäleren Bestand des Stammkapitals im Zeitpunkt der Eintragung der Gesellschaft. Aus diesem Sinn und Zweck ergibt sich, dass auch neue Gesellschafter haften. Unerheblich ist, ob die Beklagte Kenntnis von der Mantelverwendung hatte.

#### **Konsequenz**

Die Entscheidung verdeutlicht die Gefahren einer Mantelverwendung auch für neue Gesellschafter. Im Rahmen einer Rechtsnachfolge in den Geschäftsanteil sollte diese Rechtsfrage erörtert werden.

## 2. **Gesellschafterstreit in der Limited muss vor englische Gerichte**

### **Kernaussage**

Die gerichtliche Klärung der Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen einer englischen Limited kann nur vor einem englischen Gericht herbeigeführt werden.

### **Sachverhalt**

Der Kläger und eine weitere Person (Mehrheitsgesellschafter) waren Gesellschafter und jeweils einzelvertretungsberechtigte Geschäftsführer der Beklagten, einer Limited Company by Shares. Der Gründungssitz der Beklagten befindet sich in England, der Verwaltungssitz ist in Deutschland. Auf einer Gesellschafterversammlung hat der Mehrheitsgesellschafter den Kläger in dessen Abwesenheit als Geschäftsführer abberufen. Der Kläger hielt den Beschluss aus formalen Gründen für unwirksam. Aufgrund einer Gerichtsstandsvereinbarung im Gesellschaftsvertrag erhob er Anfechtungs- bzw. Nichtigkeitklage vor einem deutschen Gericht.

### **Entscheidung**

Die Klage hatte vor dem LG zunächst Erfolg. Das OLG entschied hingegen auf die Berufung der Beklagten, dass deutsche Gerichte für derartige Klagen nicht zuständig sind und wies die Klage als unzulässig ab. Die internationale Zuständigkeit ist nach den Vorschriften der EuGVVO zu bestimmen. Nach Art. 22 Nr. 2 EuGVVO sind für Klagen, die die Gültigkeit von Beschlüssen der Organe einer Gesellschaft zum Gegenstand haben, die Gerichte des Mitgliedstaates ausschließlich zuständig, in dessen Hoheitsgebiet die Gesellschaft ihren Sitz hat. Streitig war, ob der Gründungstheorie oder der Sitztheorie zur Bestimmung des Sitzes zu folgen ist, oder ob eine Doppelanknüpfung anzunehmen ist. Der Senat folgte im Rahmen des Art. 22 Nr. 2 EuGVVO der Gründungstheorie. Nur so würde die reibungslose Durchsetzung des zwingenden Gesellschaftsrechts jedes Mitgliedstaates gesichert.

Gerichtsstandsvereinbarungen sind im Anwendungsbereich des Art. 22 Nr. 2 EuGVVO unwirksam, da diese Norm eine ausschließliche Zuständigkeit regelt.

### **Konsequenz**

Diese Entscheidung dürfte auch für andere Rechtsformen von Interesse sein. Bei Gründung einer ausländischen Gesellschaft sollte daher immer berücksichtigt werden, dass Streitigkeiten bei ausschließlichen internationalen Zuständigkeiten vor den entsprechenden ausländischen Gerichten zu führen sind.

## 3. **Maßgeblichkeit nach BilMoG**

### **Kernproblem**

Durch das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) vom 25.5.2009 wurde auch die Maßgeblichkeit der Handels- für die Steuerbilanz neu justiert. Seitdem ist für Zwecke der Besteuerung das Betriebsvermögen auszuweisen, das nach den handelsrechtlichen Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung auszuweisen ist, es sei denn, im Rahmen der Ausübung eines steuerlichen Wahlrechts wird oder wurde ein anderer Ansatz gewählt. Zur Anwendung dieser Neuregelung hat die Finanzverwaltung in einem BMF-Schreiben Stellung bezogen.

### **Maßgeblichkeit der Handelsbilanz**

Unverändert gelten die Regelungen, wonach handelsrechtliche Aktivierungsgebote und Aktivierungswahlrechte grundsätzlich zu einer steuerlichen Aktivierungspflicht führen, während eine Passivierung in der Steuerbilanz nur dort in Betracht kommt, wo auch für die Handelsbilanz eine Passivierungspflicht besteht. Eine Ausnahme gilt für die in der Handelsbilanz nunmehr erlaubte Aktivierung von selbst geschaffenen immateriellen Vermögensgegenständen. Hier steht ein explizites steuerliches Aktivierungsverbot einem Ansatz in der Steuerbilanz entgegen. Bei Bewertungswahlrechten, für die keine eigenständige steuerliche Regelung besteht (z. B. Aktivierung von Fremdkapitalzinsen) wirkt die Wahlrechtsausübung auch für die Steuerbilanz. Neu ist die Auffassung der Verwaltung,

wonach das handelsrechtliche Einbeziehungswahlrecht bei den Herstellungskosten (Kosten der allgemeinen Verwaltung, Aufwendungen für soziale Einrichtungen, freiwillige soziale Leistungen und betriebliche Altersversorgung) steuerlich zu einer Einbeziehungspflicht dieser Kostenbestandteile führen soll.

### **Ausübung von steuerlichen Wahlrechten**

Die Finanzverwaltung geht davon aus, dass sämtliche steuerlichen Wahlrechte nunmehr unabhängig von der Handelsbilanz ausgeübt werden können. Dies gilt nicht nur für solche Wahlrechte, die den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung zuwider laufen, wie z. B. die Übertragung von stillen Reserven nach § 6b EStG. Auch Wahlrechte, die nach Handels- und Steuerrecht bestehen, können in beiden Rechenwerken unterschiedlich ausgeübt werden. So können Gegenstände des Anlagevermögens in der Handelsbilanz linear, in der Steuerbilanz hingegen degressiv abgeschrieben werden. Ein Wahlrecht nimmt die Finanzverwaltung auch für die Teilwertabschreibung an, die bei einer voraussichtlich dauernden Wertminderung in der Steuerbilanz vorgenommen werden kann, aber nicht muss.

### **Konsequenz**

Das BMF-Schreiben zeigt, dass durch das BilMoG nicht nur die sog. umgekehrte Maßgeblichkeit, sondern die gesamte formelle Maßgeblichkeit der Handels- für die Steuerbilanz aufgehoben wurde. Dies ermöglicht den Steuerpflichtigen eine weitgehend eigenständige Bilanzpolitik in beiden Rechenwerken und damit umfangreiche Gestaltungsmöglichkeiten, die bereits für das Jahr 2009 bestehen. Der Preis für diese Gestaltungsfreiheit ist ein nicht zu unterschätzender administrativer Mehraufwand durch die Führung von zwei weitgehend getrennten Rechenwerken. Die Einheitsbilanz dürfte damit in vielen Fällen nicht mehr realisierbar sein.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

**Ihr Advotax Team**