

## Gesamtthemenbrief

### Ihre Mandanteninformationen des Monats Oktober 2011

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. Aufwendungen für Erststudium und Erstausbildung abziehbar
2. Erlöschen krankheitsbedingt nicht gewährter Urlaubsansprüche
3. Vorsteuerabzug für gemischt genutzte Grundstücke ab 2011
4. Vergütung für Praktikum zählt zu schädlichen Einnahmen für Kindergeld
5. Besteuerung nach Alterseinkünftegesetz gilt auch für rückwirkende Rentennachzahlung
6. Die Option zur Umsatzsteuer bei Grundstücksvermietungen
7. Erben kann Umsatzsteuer auslösen
8. Vorsätzliche Manipulation der Arbeitszeiterfassung rechtfertigt fristlose Kündigung
9. Keine Arbeitnehmer-Haftung bei Strafanzeigen gegen Arbeitgeber
10. Fristlose Kündigung bei erheblichem Überziehen der Pausenzeiten

#### **Unternehmer und Freiberufler**

1. Leistungen kommunaler Wasserversorgungsunternehmen und Umsatzsteuer
2. Kriterien für Schätzungen bei Steuerhinterziehung
3. Zur Höhe der Abfindungszahlung für ausgeschiedenen GbR-Gesellschafter
4. Kein Vorsteuerabzug für innergemeinschaftliche Erwerbe?
5. BMF folgt BFH: Handlungsbedarf bei Organschaften
6. Verlagerung von privaten Darlehen in den steuerlichen Bereich
7. Ausschließungsbeschluss der Gesellschafter einer GmbH & Co. KG
8. Kein zwangsläufiger Gestaltungsmissbrauch bei inkongruenter Gewinnausschüttung

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

1. Geschäftsführer muss geprüften Jahresabschluss vorlegen; bei Unterlassen droht Abberufung
2. Betriebsaufspaltung aufgrund alleiniger Geschäftsführungsbefugnis

**1. Aufwendungen für Erststudium und Erstausbildung abziehbar**

**Kernproblem**

Die Behandlung der Kosten der erstmaligen Berufsausbildung und des Erststudiums beschäftigt seit geraumer Zeit die Gerichte. Nach einer Änderung der Rechtsprechung im Jahr 2002 unterscheidet der Bundesfinanzhof (BFH) nicht mehr zwischen Aus- und Fortbildung, sondern stellt auf den Veranlassungszusammenhang ab. So konnten bis zum Jahr 2003 auch Kosten des Erststudiums als Werbungskosten abzugsfähig sein oder Verluste als Verlustvorträge festgestellt werden. Mit einer Änderung des EStG wollte der Gesetzgeber dann wieder ab 2004 die alte Rechtslage herstellen und ordnete solche Kosten der privaten Lebensführung zu, deren Förderung als Sonderausgaben auf 4.000 EUR eingeschränkt ist (damit auch Wegfall eines Verlustausgleichs für negative "Einkünfte"). Etwas anderes gilt nur für die im Zusammenhang mit einem Ausbildungs-Dienstverhältnis anfallenden Aufwendungen (z. B. Fachhochschulen der Beamten, Referendare), die weiterhin unbeschränkt als Werbungskosten abzugsfähig sind. Dann herrschte erst einmal Ruhe, bis der BFH trotz neuer Gesetzeslage einigen Studenten mit vorher abgeschlossener Berufsausbildung den Werbungskostenabzug gewährte (Buchhändlerin/Lehramt, Hotelfachfrau/Tourismusmanagement, Bürokaufmann/Betriebswirt, Koch/Hotelmanagement). Anschließend wurden auch Fälle beim BFH anhängig, bei denen das Studium oder die Ausbildung unmittelbar nach der Schulausbildung begann.

**Entscheidung**

Der BFH entschied jetzt im Fall der Ausbildung eines Berufspiloten, dass die entstanden Aufwendungen von ca. 28.000 EUR dem Grunde nach vorweggenommene Werbungskosten für eine künftige nichtselbstständige Tätigkeit als Pilot seien. Einer Medizinstudentin, die unmittelbar nach dem Abitur das Studium aufgenommen hatte, bescheinigte er den Veranlassungszusammenhang zum Beruf, soweit das Studium Berufswissen vermittele und damit auf die Erzielung von Einnahmen gerichtet sei. Für weitere Untersuchungen wurden beide Fälle an die Finanzgerichte zurückverwiesen.

**Konsequenz**

Dem Gesetzgeber sind bei der einschränkenden Gesetzesänderung handwerkliche Fehler unterlaufen. Auslöser ist die Regelung in der als Trostpflaster gedachten Zuordnung als Sonderausgaben, die begrifflich erst dann zum Zuge kommt, soweit nicht vorrangig ein Abzug als Werbungskosten in Betracht kommt. Die Einschränkung läuft dann bei beruflichem Zusammenhang ins Leere. Anders wäre es gewesen, wenn die Regelung bei den nicht abzugsfähigen Betriebsausgaben/Werbungskosten angesiedelt gewesen wäre. Wie das Bundesministerium der Finanzen auf seiner Homepage ankündigte, prüft es zurzeit die gesetzgeberischen und verwaltungstechnischen Gestaltungsmöglichkeiten unter Berücksichtigung der Eckpunkte, die der BFH in seinem Urteil vorgegeben hat.

**Empfehlung**

Unter Beachtung von Verjährungsfristen ist grundsätzlich noch die Beantragung von Verlustfeststellungen ab 2004 möglich, soweit nicht bestandskräftige Bescheide entgegenstehen.

**2. Erlöschen krankheitsbedingt nicht gewährter Urlaubsansprüche**

**Rechtslage**

Insbesondere eine jüngere Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) hat dazu geführt, dass Verunsicherung im Bereich der Urlaubsansprüche besteht. Es gilt, dass der gesetzliche Mindestanspruch, wenn er wegen Krankheit nicht genommen werden kann, nicht verfällt und während der Krankheit weiter anwächst. Seither sind krankheitsbedingt nicht genommene Urlaubsansprüche ständiges Thema arbeitsgerichtlicher Entscheidungen. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hatte zuletzt darüber zu entscheiden, ob solche

Urlaubsansprüche bei Wiederaufnahme der Arbeit den normalen Befristungsregelungen unterliegen, nach denen nicht genommener Jahresurlaub bis längstens zum 31.3. des Folgejahres übertragen werden kann, wenn eine diesbezügliche Vereinbarung besteht.

#### **Sachverhalt**

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

#### **Entscheidung**

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

#### **Konsequenz**

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

### **3. Vorsteuerabzug für gemischt genutzte Grundstücke ab 2011**

#### **Rechtslage**

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

#### **Neue Verwaltungsanweisung**

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

#### **Konsequenzen**

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

#### 4. **Vergütung für Praktikum zählt zu schädlichen Einnahmen für Kindergeld**

##### **Kernproblem**

Für ein studierendes Kind kann u. a. dann Kindergeld gezahlt werden, wenn die Einkünfte und Bezüge des Kindes den Betrag von zurzeit 8.004 EUR im Jahr nicht übersteigen. Wird auch nur um 1 Euro überschritten, fällt das Kindergeld komplett weg. Während sich der Begriff der Einkünfte an den steuerlichen Einkunftsarten orientiert, sind Bezüge Zuflüsse in Geld oder Naturalleistungen, die nicht im Rahmen der einkommensteuerrechtlichen Einkünfteermittlung erfasst werden. Bei einem Streit, den Eltern mit der Familienkasse führten, ging es jetzt darum, ob eine während des Studiums bezogene Auslandspraktikumsvergütung zu den schädlichen Einnahmen zählt und wie ggf. damit zusammenhängende Kosten für Miete und Verpflegungsmehraufwand zu behandeln sind.

##### **Sachverhalt**

Im Streitfall absolvierte das Kind ein berufsbezogenes halbjähriges Praktikum in den USA. Hierfür unterbrach es sein Studium in Deutschland und gab die Wohnung am Studienort auf. In den USA wurde ein möbliertes Zimmer angemietet und der Lebensmittelpunkt unverändert im Haus der Eltern beibehalten. Weil das Informatik studierende Kind bereits inländische selbstständige Einkünfte bezog, hätte die Berücksichtigung der Praktikantenvergütung als anzurechnende Bezüge zum Übersteigen des Jahresgrenzbetrags geführt, wenn nicht auch die in den USA entstandenen Miet- und Verpflegungsmehraufwendungen abgezogen werden konnten. Dieser Auffassung war die Familienkasse und verlangte das Kindergeld zurück. Das Finanzgericht dagegen wollte die Kosten berücksichtigen, so dass nun der Bundesfinanzhof (BFH) entscheiden musste.

##### **Entscheidung**

Der BFH gab der Familienkasse Recht. Dabei war entscheidungserheblich, dass das Kind die Wohnung am Studienort aufgegeben hatte, denn damit konnten die Miet- und Verpflegungsmehraufwendungen nicht mehr unter dem Gesichtspunkt der doppelten Haushaltsführung bei der Ermittlung der Auslandseinkünfte abgezogen werden. Auch ein Abzug als Reisekosten scheiterte daran, dass das (unterbrochene) Studium mit der Uni als regelmäßige inländische Ausbildungsstätte keiner Einkunftsart zuzurechnen war. Schließlich sei nach Auffassung der Richter bereits im Jahresgrenzbetrag der unschädlichen Einkünfte von zurzeit 8.004 EUR der erhöhte Lebensbedarf eines auswärts untergebrachten Kindes in Ausbildung berücksichtigt.

##### **Konsequenz**

Als das Urteil ergangen ist, war noch nicht die geänderte Rechtsprechung des BFH zu den Aufwendungen eines Erststudiums verkündet. Mittlerweile stellen diese Werbungskosten dar.

#### 5. **Besteuerung nach Alterseinkünftegesetz gilt auch für rückwirkende Rentennachzahlung**

##### **Kernproblem**

Leibrenten aus gesetzlichen Rentenversicherungen werden seit Geltung des Alterseinkünftegesetzes ab 2005 mit mindestens 50 % besteuert. Bereits mit Einführung des Gesetzes fühlten sich viele Bestandsrentner verschaukelt, die auf einmal mehr als das Doppelte an Steuern zahlen mussten, aber von dem als Kompensation gedachten erhöhten Sonderausgabenabzug nichts mehr hatten. Der Schrei nach Gerechtigkeit verschallte jedoch recht bald, denn die Richter ließen dem Staat zur verfassungsrechtlich geforderten Beseitigung der steuerlichen Ungleichbehandlung von Rentnern und Pensionären erheblichen Spielraum. Wie mag sich jetzt erst eine Rentnerin fühlen, der nach Antrag im Februar 2003 erst 2 Jahre später nach vorheriger Ablehnung eine Rentennachzahlung bewilligt wurde, was eine Differenz im Besteuerungsanteil von 46 % ausmachte?

##### **Sachverhalt**

Im Februar 2003 hatte die damals 51jährige eine Rente wegen voller Erwerbsminderung beantragt. Der Antrag wurde zunächst abgelehnt und erst 2 Jahre später im Februar 2005

von der Rentenversicherung Bund rückwirkend bewilligt. Die Rentennachzahlungen von ca. 10.700 EUR wurden vom Finanzamt mit dem Anteil von 50 % besteuert. Das war im krassen Gegensatz zur Meinung der Rentnerin, denn nach der alten Gesetzeslage hätte der Ertragsanteil nur 4 % betragen dürfen; ferner hatte sie die Verzögerung nicht zu verantworten. Das Niedersächsische Finanzgericht (FG) hatte ein Einsehen und entschied, dass Nachzahlungen für eine Zeit vor dem Inkrafttreten des Systemwechsels jedenfalls dann noch nach der alten Rechtslage zu besteuern seien, wenn der Steuerpflichtige seine Rente so frühzeitig beantragt habe, dass er die Zahlungen vor dem Jahr 2005 hätte erwarten können. Jetzt musste der Bundesfinanzhof (BFH) entscheiden.

### **Entscheidung**

Der BFH sah für die vom FG zur Hilfe genommene teleologische Reduzierung, die eine verdeckte Regelungslücke voraussetzt, keine materiell- und verfassungsrechtliche Notwendigkeit. Die Richter waren der Auffassung, das Fehlen einer gesetzlichen Ausnahmeregelung für Rentennachzahlungen deute vielmehr daraufhin, dass der Gesetzgeber eine solche nicht für nötig gehalten habe. Ansonsten hätte er ähnlich der Sonderregelungen für den Zufluss von Arbeitslohn oder regelmäßig wiederkehrender Einnahmen entsprechende Ausnahmen in das Gesetz aufgenommen.

### **Konsequenz**

Man ist geneigt anzunehmen, dass der BFH hier den Gesetzgeber überschätzt. Auch sein Hinweis, dass man ab Verkündung der Neuregelung am 5.7.2004 auf die Beschleunigung des Rentenverfahrens hätte hinwirken können, überzeugt nicht. So gesellt sich zum Zinsschaden durch die verspätete Auszahlung noch ein Steuerschaden.

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

### **Rechtslage**

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

### **Neue Verwaltungsanweisung**

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

### **Konsequenzen**

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

## 7. Erben kann Umsatzsteuer auslösen

### Rechtslage

Der Bundesfinanzhof (BFH) hatte Anfang 2010 entschieden, dass Erben durchaus der Umsatzsteuer unterliegen können, auch wenn sie das Unternehmen des Erblassers nicht weiter führen. Eine Stellungnahme seitens der Finanzverwaltung zu dem Urteil blieb bisher aus.

### Neue Verwaltungsanweisung

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

### Konsequenzen

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

## 8. Vorsätzliche Manipulation der Arbeitszeiterfassung rechtfertigt fristlose Kündigung

### Kernaussage

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

### Sachverhalt

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

### Entscheidung

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

## **Konsequenz**

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

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

### **Kernfrage/Rechtslage**

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

### **Sachverhalt**

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

### **Entscheidung**

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

### **Konsequenz**

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

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

### **Rechtslage**

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

### **Sachverhalt**

Der Kläger war seit 2001 als Fluglotse beschäftigt. Während der Nachtschichten ist nach den geltenden Flugsicherungs-Vorschriften eine Besetzung des Towers mit 2 Fluglotsen vorgeschrieben. Die Pausen von je 2 Stunden müssen die Fluglotsen untereinander

absprechen. Sie müssen zudem auch in der Pause erreichbar sein. Aus Videoaufzeichnungen ergab sich, dass der Kläger entgegen seinen Eintragungen im Arbeitsplatznachweis an 4 Nächten im August 2009 und in einer Nacht im September 2009 zwischen 20 und 45 Minuten länger Pause gemacht hatte. Daraufhin wurde das Arbeitsverhältnis fristlos gekündigt.

### **Entscheidung**

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

### **Konsequenz**

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

## **Unternehmer und Freiberufler**

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

#### **Rechtslage**

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

#### **Neue Verwaltungsanweisung**

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

#### **Konsequenzen**

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

## 2. Kriterien für Schätzungen bei Steuerhinterziehung

### **Kernaussage**

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

### **Sachverhalt**

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

### **Entscheidung**

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

### **Konsequenz**

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

## 3. Zur Höhe der Abfindungszahlung für ausgeschiedenen GbR-Gesellschafter

### **Kernaussage**

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

## **Sachverhalt**

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

## **Entscheidung**

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

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

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

### **Rechtslage**

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

### **Sachverhalt**

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

### **Neue Verwaltungsanweisung**

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

## **Konsequenzen**

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

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

### **Kernaussage**

Nach dem Umsatzsteuergesetz (UStG) wird eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit dann nicht selbstständig ausgeübt, wenn eine juristische Person nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in das Unternehmen des Organträgers eingegliedert ist (Organschaft). Im Jahr 2010 hatte der Bundesfinanzhof (BFH) seine Rechtsprechung zu Organschaften grundsätzlich geändert. Betroffen hiervon waren insbesondere Betriebsaufspaltungen, bei denen zwischen Besitzunternehmen und Betriebsgesellschaft eine sowohl personelle als auch sachliche Verflechtung gegeben sein muss.

### **Neue Verwaltungsanweisung**

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

### **Konsequenzen**

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

## 6. Verlagerung von privaten Darlehen in den steuerlichen Bereich

### **Kernaussage**

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

### **Sachverhalt**

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

### **Entscheidung**

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

### **Konsequenz**

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

## 7. Ausschließungsbeschluss der Gesellschafter einer GmbH & Co. KG

### **Kernaussage**

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

### **Sachverhalt**

Der Kläger und die Beklagten waren Kommanditisten einer GmbH & Co. KG. Die Parteien streiten über die Wirksamkeit eines Ausschließungsbeschlusses. Nach dem Gesellschaftsvertrag schied ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, "wenn er den übrigen Gesellschaftern Anlass gibt, nach § 133 HGB die Auflösung der Gesellschaft und nach § 140 HGB seine Ausschließung zu verlangen, und wenn die übrigen Gesellschafter deshalb durch schriftliche Erklärung ihm gegenüber sein Ausscheiden verlangen...". Darüber hinaus enthielt der Gesellschaftsvertrag eine Klausel, wonach Gesellschafterbeschlüsse nur binnen 2 Monaten durch Klage beim zuständigen Gericht angefochten werden konnten. Der Fristbeginn war mit Kenntnismahme des Beschlusses bestimmt. In einer

Gesellschafterversammlung vom 31.3.2000 wurde der Ausschluss des Klägers beschlossen. Die hiergegen gerichtete Klage wurde vergleichsweise beendet. Die Gesellschaft erklärte später wegen arglistiger Täuschung die Anfechtung des Vergleichs. Diese Anfechtung war wirksam. Mit der am 27.12.2006 eingegangenen Klage hat der Kläger erneut beantragt, die Nichtigkeit des Anfechtungsbeschlusses festzustellen. Das Landgericht und das Oberlandesgericht gaben dem Kläger Recht.

### **Entscheidung**

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

### **Konsequenz**

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

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

### **Kernaussage**

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

### **Sachverhalt**

Die Klägerin hielt eine Beteiligung von 40 % am Stammkapital einer GmbH. Im September 2000 übertrug sie ihren Geschäftsanteil unentgeltlich auf ihren Mitgesellschafter. In der gleichen notariellen Urkunde wurde eine Satzungsänderung dahingehend beschlossen, dass durch Beschluss eine von der Höhe der Beteiligungen abweichende Gewinnverteilung erfolgen kann. Sodann wurde ausgehend von einem in der Vergangenheit thesaurierten Gewinn der GmbH eine Gewinnausschüttung ausschließlich zugunsten der Klägerin in Höhe von 1,1 Mio. EUR beschlossen. Anlässlich einer Betriebsprüfung bei der GmbH vertrat das beklagte Finanzamt die Auffassung, es handele sich um eine inkongruente Gewinnausschüttung, die sich als Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten darstelle. Die Anteilsübertragung sei eine entgeltliche Übertragung, so dass sich bei der Klägerin ein Veräußerungsgewinn realisiere. Die Klägerin meinte hingegen, dass unter wirtschaftlicher Betrachtung der auf sie entfallende Teil der offenen Rücklagen mit ausgeschüttet worden sei.

### **Entscheidung**

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

## **Konsequenz**

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

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

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

##### **Rechtslage**

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

##### **Sachverhalt**

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

##### **Entscheidung**

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

##### **Konsequenz**

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

#### **2. Betriebsaufspaltung aufgrund alleiniger Geschäftsführungsbefugnis**

##### **Rechtslage**

Eine Betriebsaufspaltung liegt vor, wenn die an eine Kapitalgesellschaft vermieteten oder verpachteten Vermögensgegenstände zu den wesentlichen Grundlagen der Betriebsgesellschaft gehören (sachliche Verflechtung) und eine enge personelle Verflechtung

zwischen Besitz- und Betriebsunternehmen besteht (personelle Verflechtung). Dann unterscheidet sich die Betätigung des Besitzunternehmens von der Tätigkeit eines gewöhnlichen Vermieters. Die Annahme einer personellen Verflechtung setzt voraus, dass eine Person oder Personengruppe sowohl das Betriebs- als auch das Besitzunternehmen in der Weise beherrscht, dass sie in der Lage ist, in beiden Unternehmen einen einheitlichen Geschäfts- und Betätigungswillen durchzusetzen. Die Einkünfte aus dem Besitzunternehmen sind als gewerblich zu qualifizieren.

### **Sachverhalt**

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

### **Entscheidung**

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

### **Konsequenz**

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

Für Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

**Ihr Advotax Team**