

## Gesamtthemenbrief

### Ihre Mandanteninformationen des Monats November 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 krankheitsbedingte Unterbringung eines Angehörigen abziehbar?
2. Deutschland und Schweiz unterzeichnen Steuerabkommen
3. Arbeitnehmer darf nicht mehr als eine regelmäßige Arbeitsstätte haben
4. Kraftfahrer riskieren bei privater Trunkenheitsfahrt ihren Arbeitsplatz
5. Neue Rechengrößen in der Sozialversicherung
6. Fahrtaufwendungen für Schulwege der Kinder
7. Bei Urlaubsentgeltberechnung können Zulagen zu berücksichtigen sein

##### Unternehmer und Freiberufler

1. Elektronische Rechnungen ab 1.7.2011 - Lohnt sich die Umstellung?
2. Porto, durchlaufender Posten oder Entgelt?
3. Zur Anfechtung von Lohnzahlung vor der Insolvenz durch Insolvenzverwalter
4. Britische Gerichte sind bei Streitigkeiten innerhalb einer Ltd. zuständig
5. Physiotherapeuten: Nicht jede Massage ist steuerfrei
6. Keine Inlandsberatung durch ausländischen StB ohne Berufshaftpflichtversicherung
7. Umfang des Markenschutzes in der EU
8. Unangemessen niedrige Streitwertfestsetzung - Betrug?
9. Leistungsklage ausgeschiedener Gesellschafter wg. Abfindungsansprüchen zulässig?
10. Arbeitgeber hat nicht immer Anspruch auf Ersatz von Detektivkosten

##### GmbH-Gesellschafter/-Geschäftsführer

1. Bilanzierung eines "Bearbeitungsentgelts" für einen Kredit
2. Haftung der handelnden Personen bei Vorrats- und Mantelgesellschaft

## 1. Aufwendungen für krankheitsbedingte Unterbringung eines Angehörigen abziehbar?

### **Kernproblem**

Erwachsen einem Steuerpflichtigen Aufwendungen für den Unterhalt eines Angehörigen, können diese unter gewissen Voraussetzungen als außergewöhnliche Belastung abzugsfähig sein. Hierbei sind 2 Abzugsmöglichkeiten denkbar: Bei typischen Unterhaltsleistungen kommt ein Abzug mit einem Höchstbetrag von bis zu 8.004 EUR in Betracht. Erzielt der Unterstützte jedoch Einkünfte und Bezüge von über 624 EUR, verringert sich der Höchstbetrag um den übersteigenden Betrag (ggf. bis auf Null). Werden dagegen z. B. die Krankheitskosten eines Angehörigen übernommen, könnte auch der allgemeine Abzug von außergewöhnlichen Belastungen (nicht typisiert als "Unterhalt") zum Zuge kommen. Hierbei ist dann das eigene Einkommen für die Prüfung der so genannten zumutbaren Eigenbelastung relevant; ansonsten ist der Abzug uneingeschränkt möglich. Für die Einordnung von krankheitsbedingten Pflegekosten hat der Bundesfinanzhof (BFH) jetzt ein Urteil gefällt.

### **Sachverhalt**

Eine Tochter hatte für die Unterbringung ihres nach einem Schlaganfall pflegebedürftigen Vaters in einem Altenpflegeheim 1.316 EUR an das Sozialamt gezahlt. Die Heimkosten waren überwiegend von der Pflegeversicherung und dem Sozialamt getragen worden. Die vom Vater erzielte Rente von 24.000 EUR konnte wegen eigener Unterhaltszahlungen an die schwer gehbehinderte Ehefrau kaum zur Deckung der Heimkosten beitragen. Der von der Tochter beantragte steuerliche Abzug als typisierte Unterhaltsleistungen lief wegen der Rentenhöhe ins Leere. Hiergegen klagte die Tochter erfolglos mit der Begründung, dass dem Vater die Rente tatsächlich nicht zur Verfügung stehe, so dass die Anrechnung zu unterbleiben habe.

### **Entscheidung**

Der BFH hat die Aufwendungen für die krankheitsbedingte Unterbringung eines Angehörigen in einem Altenpflegeheim als nicht typisierte allgemeine außergewöhnliche Belastungen eingestuft, deren Abzug durch die zumutbare Eigenbelastung eingeschränkt wird. Abziehbar seien insoweit nicht nur die Pflegekosten, sondern auch die Kosten, die auf die Unterbringung und Verpflegung entfielen, soweit es sich hierbei um Mehrkosten gegenüber der normalen Lebensführung handele. Im Streitfall scheidet ein Abzug der Aufwendungen jedoch wegen des Überschreitens der zumutbaren Belastung aus. Dagegen komme ein Abzug als typisierte außergewöhnliche Belastungen nicht in Betracht. Hiernach seien nur typische Unterhaltsaufwendungen begünstigt, insbesondere Ernährung, Kleidung, Wohnung, Hausrat sowie notwendige Versicherungen.

### **Konsequenz**

Aufwendungen für die altersbedingte Heimunterbringung von Angehörigen sind typisiert als außergewöhnliche Belastung unter Berücksichtigung der Einkünfte der unterstützten Person abzugsfähig, während die krankheitsbedingte Unterbringung wie oben dargestellt zu berücksichtigen ist. Ein Wahlrecht besteht nicht.

## 2. Deutschland und Schweiz unterzeichnen Steuerabkommen

### **Kernaussage**

Die Finanzminister der Länder Deutschland und Schweiz haben am 21.9.2011 ein Abkommen zur Regelung der offenen Fragen zur Besteuerung von Kapitalerträgen deutscher Anleger in der Schweiz unterzeichnet. Für die Zukunft wird mittels einer Abgeltungssteuer eine Gleichbehandlung für die steuerliche Erfassung von Kapitalerträgen sichergestellt, unabhängig davon, ob diese in der Schweiz oder in Deutschland erzielt wurden. Flankierend dazu kommt ein erweiterter Auskunftsaustausch, der ein erhebliches Entdeckungsrisiko für potentiell neues Schwarzgeld in der Schweiz schafft.

### **Eckpunkte des Steuerabkommens**

Bei Schweizer Banken angelegtes unversteuertes Altvermögen deutscher Anleger soll mit einer Einmalabgabe von 19-34 % des Vermögensbestandes abgegolten werden (anonyme Regulierung der Vergangenheit, sogenannte Standardvariante). Wer dies nicht möchte, muss seine Konten bzw. Depots in der Schweiz zwingend schließen. - Für die Zukunft sollen Kapitalerträge und Veräußerungsgewinne mit einer jährlichen Abgeltungssteuer von 26,375 % belegt werden. D. h. Zinsen, Dividenden, sonstige Einkünfte und Veräußerungsgewinne werden pauschal und anonym besteuert und abgeführt. Die Höhe der Abgabe richtet sich nach der Dauer der Kundenbeziehung sowie dem Anfangs- und Endbetrag des Kapitalbestandes. Die Zahlung soll auch in Deutschland in strafrechtlicher Hinsicht abgeltende Wirkung haben. Dies gilt nicht, wenn vor der Unterzeichnung des Abkommens Anhaltspunkte zur Einleitung eines Strafverfahrens vorlagen oder die Vermögenswerte aus Verbrechen herrühren. - Bis zur Umsetzung des Abkommens soll für deutsche Steuerpflichtige mit unversteuertem Vermögen in der Schweiz weiterhin eine strafbefreiende Selbstanzeige möglich sein. - Deutschland kann bei plausiblen Anlass zahlenmäßig beschränkte Auskunftsgesuche (750-999 in den ersten 2 Jahren) stellen. Sog. fishing expeditions bleiben indes ausgeschlossen. - Der gegenseitige Marktzutritt für Finanzinstitute soll erleichtert werden.

### **Konsequenz**

Mit dem Steuerabkommen wird ein jahrelanger Streit zwischen Deutschland und der Schweiz beigelegt. Bei dem "steuerpolitischen Meilenstein" handelt es sich um eine Kompromisslösung, mit der beide Länder leben können. Ermöglicht wird dadurch die Besteuerung der in der Schweiz angelegten Vermögenswerte von deutschen Steuerpflichtigen. Gleichzeitig wird weiterhin die Privatsphäre der Anleger gewahrt. Das Abkommen muss noch von beiden Staatsparlamenten genehmigt werden und soll Anfang 2013 in Kraft treten.

## 3. Arbeitnehmer darf nicht mehr als eine regelmäßige Arbeitsstätte haben

### **Kernproblem**

Ob ein Arbeitnehmer eine oder mehrere regelmäßige Arbeitsstätten hat, kann Anknüpfungspunkt für viele steuerliche Fragestellungen sein. Dies gilt z. B. für die Bemessung von steuerlichen Sachbezügen bei der Überlassung von Firmen-Pkw, wenn der Wagen auch für die Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte genutzt werden kann. Dass es hier auch auf die Häufigkeit der Fahrten zur Arbeitsstätte ankommt und bei Unregelmäßigkeit eine Minderung der Sachbezüge in Betracht kommt, hatte der Bundesfinanzhof (BFH) jüngst schon festgestellt. Andere Fragestellungen ergeben sich aus dem Reisekostenrecht. Werden Fahrten des Arbeitnehmers zwischen mehreren regelmäßigen Arbeitsstätten durchgeführt, ist eine steuerfreie Arbeitgebererstattung von Fahrtkosten oder Verpflegungsmehraufwand als Reisekosten ebenso wenig möglich, wie ein alternativer Werbungskostenabzug des Arbeitnehmers. Unliebsame Überraschungen gab es dann in der Vergangenheit bei Lohnsteuer-Außenprüfungen, wenn der Prüfer mehrere Arbeitsstätten identifizieren konnte.

### **Bisherige Rechtsprechung**

Nach der Rechtsprechung des BFH konnte ein Arbeitnehmer mehrere regelmäßige Arbeitsstätten nebeneinander haben (so z. B. rechtskräftig entschieden für mehrere im Wechsel aufgesuchte Busdepots eines Linienbusfahrers oder Rettungsstationen eines Rettungsassistenten). Gleiches galt, wenn die betriebliche Einrichtung des Arbeitgebers vom Arbeitnehmer durchschnittlich im Kalenderjahr an einem Arbeitstag je Arbeitswoche aufgesucht wurde.

### **Änderung der Rechtsprechung**

Ein Arbeitnehmer kann nach neuer Auffassung des BFH nicht mehr als eine regelmäßige Arbeitsstätte innehaben, auch wenn er fortdauernd und immer wieder verschiedene Betriebsstätten seines Arbeitgebers aufsucht. In einem solchen Fall sei der ortsgebundene Mittelpunkt der dauerhaft angelegten beruflichen Tätigkeit zu bestimmen. Ferner sei insbesondere zu berücksichtigen, welcher Tätigkeitsstätte der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber zugeordnet worden sei, welche Tätigkeit er an den verschiedenen Arbeitsstätten im Einzelnen wahrnehme und welches konkrete Gewicht dieser Tätigkeit zukomme. Diese Leitsätze können nach Zurückverweisung an das Finanzgericht einem Geschäftsführer zugute kommen, der in einem bei seiner Wohnung belegenen angemieteten Kellerraum des Arbeitgebers (mit separatem Zugang) Wartungs- und Optimierungsarbeiten an der betrieblichen EDV-Anlage durchführte. Gleiches gilt für einen Außendienstmitarbeiter, der den Betriebssitz des Arbeitgebers regelmäßig nur zu Kontrollzwecken aufsuchte. Auch eine für 15 Filialen einer Supermarktkette zuständige Managerin übe eine wechselnde Auswärtstätigkeit ohne regelmäßige Arbeitsstätte aus, wenn keine der Tätigkeitsstätten eine hinreichend zentrale Bedeutung habe.

### **Konsequenz**

Nach diesen Entscheidungen kommt auch (wie im 1. Fall geschildert) der Vermietung des Arbeitsraums an den Arbeitgeber (hier über die Lebensgefährtin gestaltet) besondere Bedeutung zu, soweit eine Trennung zur häuslichen Sphäre möglich ist.

## **4. Kraftfahrer riskieren bei privater Trunkenheitsfahrt ihren Arbeitsplatz**

### **Kernaussage**

Ab einem Blutalkoholgehalt von 0,5 ‰ droht Autofahrern ein Fahrverbot, auch wenn bei der Trunkenheitsfahrt keine Anzeichen von Fahrunsicherheit zu erkennen waren. Hierzu entschied das Landesarbeitsgericht (LAG) Hessen kürzlich, dass ein Kraftfahrer, der bei einer privaten Autofahrt mit einer Blutalkoholkonzentration von 1,36 ‰ erwischt wird, seinen Arbeitsplatz verlieren kann.

### **Sachverhalt**

Der Kläger arbeitete seit 1997 bei seinem Arbeitgeber als Kraftfahrer. Er ist zu 50 % schwerbehindert und wiegt bei einer Körpergröße von 192 cm nur 64 kg. Ab Herbst 2009 war er arbeitsunfähig erkrankt. Im Mai 2010 begann eine Wiedereingliederung, die bis Juni 2010 dauern sollte. Anfang Juni 2010 wurde der Kläger bei einer privaten Autofahrt mit 1,36 ‰ Alkohol im Blut von der Polizei kontrolliert. Neben dem Führerscheinentzug erging außerdem ein Strafbefehl. Im Juli 2010 kündigte der Arbeitgeber ihm deshalb ordentlich zum 30.9.2010. Mit der dagegen erhobenen Kündigungsschutzklage wandte der Kläger ein, er habe wegen seiner Erkrankung und seines extremen Untergewicht vor der Trunkenheitsfahrt nicht einschätzen können, wie sich die Alkoholkonzentration in seinem Blut entwickeln würde. Außerdem sei kein Schaden entstanden. Seit Juni 2011 sei er auch wieder im Besitz einer Fahrerlaubnis. Die Klage blieb in allen Instanzen erfolglos.

## **Entscheidung**

Wer als Kraftfahrer seine Fahrerlaubnis verliert, muss mit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechnen. Die Erbringung der geschuldeten Arbeitsleistung sei unmöglich geworden, so die Richter. Die Erkrankung des Klägers, sein Untergewicht und auch seine lange Beschäftigungszeit stünden einer Kündigung nicht entgegen. Als langjähriger Kraftfahrer müsse der Kläger um die tatsächlichen und rechtlichen Risiken des Alkoholkonsums im Straßenverkehr wissen. Besonders unverantwortlich war nach Ansicht der Gerichte, dass der Kläger sich trotz gerade überstandener schwerer Erkrankung alkoholisiert in den Straßenverkehr begeben hat. Auf die Entstehung eines Schadens komme es nicht an, ebenso wenig darauf, dass der Kläger inzwischen wieder im Besitz einer Fahrerlaubnis ist. Es komme auf den Zeitpunkt der Kündigungserklärung an. Zu diesem Zeitpunkt sei gänzlich ungewiss gewesen, ob und wann der Kläger seine Fahrerlaubnis zurückerhalte. Das Arbeitsverhältnis hätte jedenfalls 9 Monate nicht durchgeführt werden können. Das genüge für eine ordentliche Kündigung.

## **Konsequenz**

Die mit einer privaten Trunkenheitsfahrt verbundene Entziehung der Fahrerlaubnis kann sogar eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen; auch dann, wenn kein Schaden entstanden ist.

## **5. Neue Rechengrößen in der Sozialversicherung**

### **Hintergrund**

Das Bundeskabinett hat am 5.10.2011 die Verordnung zu den neuen Rechengrößen in der Sozialversicherung für 2012 beschlossen. Mit der Verordnung werden die maßgeblichen Rechengrößen in der Sozialversicherung entsprechend der Einkommensentwicklung im vergangenen Jahr angepasst. Rechengrößen sind solche, die für das Versicherungs-, Beitrags- und Leistungsrecht in der Sozialversicherung maßgeblich sind. Die Rechengröße des vorläufigen Durchschnittsentgelts in der gesetzlichen Rentenversicherung entspricht dem Durchschnittseinkommen aller Versicherten. Diese Bezugsgröße ist wichtig für die Ermittlung der persönlichen Entgeltpunkte bei der Berechnung der Rentenanwartschaften aus der gesetzlichen Rentenversicherung. Die Beitragsbemessungsgrenze markiert das Maximum, bis zu dem in der Sozialversicherung Beiträge erhoben werden. Der Einkommensanteil, der über dieser Grenze liegt, ist somit beitragsfrei. Die Versicherungspflichtgrenze in der gesetzlichen Krankenversicherung wird an die Lohnzuwachsrate angepasst. Liegt das Einkommen über dieser Grenze, kann die private Krankenversicherung gewählt werden.

### **Neue Rechengrößen**

- Vorläufiges Durchschnittsentgelt in der Rentenversicherung: 32.446 EUR/p. a. (West); 32.446 EUR/p. a. (Ost); - Bezugsgröße in der Sozialversicherung: 2.625 EUR/Monat (West); 2.240 EUR/Monat (Ost); - Beitragsbemessungsgrenze allg. Rentenversicherung: 5.600 EUR/Monat (West); 4.800 EUR/Monat (Ost); - Beitragsbemessungsgrenze knappschaftliche Rentenversicherung: 6.900 EUR/Monat (West); 5.900 EUR/Monat (Ost); - Beitragsbemessungsgrenze gesetzliche Kranken- und Pflegeversicherung: 3.825 EUR/Monat (West); 3.825 EUR/Monat (Ost); - Versicherungspflichtgrenze in der gesetzlichen Krankenversicherung: 4.237,50 EUR/Monat (West); 4.237,50 EUR/Monat (Ost).

### **Ausblick**

Im Jahr 2010 betrug die Einkommensentwicklung nach Angaben des Statistischen Bundesamt 2,09 % in den alten und 1,97 % in den neuen Ländern. Auf gut verdienende Arbeitnehmer und versicherungspflichtige Selbstständige kommen im Jahr 2012 daher wieder etwas höhere Beiträge zu den Sozialkassen zu.

## 6. **Fahrtaufwendungen für Schulwege der Kinder**

### **Kernproblem**

Wer Kinder hat, der hat nicht nur Freuden und Sorgen, sondern meist auch weniger Geld im Portemonnaie. Will man das Finanzamt an den Kosten beteiligen, dann gilt bis auf wenige Ausnahmen (z. B. Kinderbetreuungskosten) der Grundsatz, dass mit dem Kindergeld die Aufwendungen abgegolten sind. Hierunter fallen dann i. d. R. auch die Kosten für den Schulweg der Kinder, denn eine steuerliche Förderung von übernommenen Ausbildungskosten verlangt Volljährigkeit und auswärtige Unterbringung des Kindes. Hiermit wollte sich ein Förster, der seinen Wohnsitz in einem Forsthaus mit Einödlage und 28 km von der Schule entfernt hatte, nicht zufrieden geben.

### **Sachverhalt**

Im Streitfall hatte der Revierförster aus dienstlichen Gründen einen Wohnsitz ohne Anbindungen an das öffentliche Nahverkehrsnetz. Die Kinder wurden mit dem Auto in die 28 km entfernt liegende Schule gebracht. Der Förster setzte in seiner Einkommensteuererklärung an 130 Tagen jeweils 4 Fahrten täglich mit 30 Cent/Kilometer als außergewöhnliche Belastung an. Obwohl die Fahrt mit öffentlichen Verkehrsmitteln 3,5 Std. dauern würde, setzte er als Entfernung nur die Strecke bis zur nächsten Bushaltestelle von 10 km an. Nachdem das Finanzamt die steuerliche Berücksichtigung der Kosten als außergewöhnliche Belastung abgelehnt hatte, beantragte er im Klageverfahren vor dem Finanzgericht Rheinland-Pfalz den Ansatz als Werbungskosten. Er meinte, die Fahrten zur Teilhabe am gesellschaftlichen Leben vom beruflich veranlassten Wohnsitz hingen kausal mit dem Beruf und der Erzielung von Einnahmen zusammen.

### **Entscheidung**

Die Finanzrichter sahen trotz des ungewöhnlichen Sachverhalts keinen Anlass, von der ständigen Rechtsprechung abzuweichen. Einen Werbungskostenabzug lehnten sie ab, weil das auslösende Moment der Fahrtaufwendungen die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber ihren Kindern gewesen sei, und nicht die berufliche Tätigkeit. Eine Außergewöhnlichkeit der Aufwendungen vermochten die Richter auch nicht zu erkennen, denn bei den Kosten der Schulausbildung handele es sich um zum gewöhnlichen Lebensunterhalt zählende Aufwendungen, die allen Eltern schulpflichtiger Kinder entstünden. Zu dieser Entscheidung sei der Bundesfinanzhof bereits 1966 gelangt, so dass der Senat in Anbetracht der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Entwicklung seit damals nichts Unübliches daran findet, aus Zeit- oder Sicherheitsgründen Kinder in die Schule zu fahren.

### **Konsequenz**

Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig, die Revision wurde nicht zugelassen.

## 7. **Bei Urlaubsentgeltberechnung können Zulagen zu berücksichtigen sein**

### **Kernfrage**

Das Urlaubsentgelt bemisst sich in der Regel nach einem Durchschnittssatz des tatsächlich erzielten Arbeitsentgeltes in einem festgelegten Zeitraum in der Vergangenheit. Insbesondere wenn verschiedene Gehaltsbestandteile bestehen, kann die Berechnung im Einzelnen schwierig sein. Der Europäische Gerichtshof hatte nunmehr (aus einem englischen Ausgangsfall heraus) über die Berechnungsgrundlagen des Urlaubsentgeltes zu befinden; insbesondere ob und welche Zulagen in die Berechnung mit einbezogen werden müssen.

### **Sachverhalt**

Die Kläger waren Piloten einer englischen Fluggesellschaft, deren Gehalt aus 3 Komponenten bestand, nämlich Grundgehalt, einer Stundenzulage für die planmäßigen Flugstunden und einer Stundenzulage für die Dauer der Abwesenheit vom Stützpunkt. Nur das Grundgehalt wurde bei der Berechnung des für den Jahresurlaub gezahlten Entgelts berücksichtigt. Die Kläger sahen

hierin einen Verstoß gegen die Arbeitszeitrichtlinie, die jedem Arbeitnehmer einen Anspruch auf einen bezahlten Mindestjahresurlaub von 4 Wochen einräumt. Auf Vorlage des Obersten Gerichtshof des Vereinigten Königreichs hatte der Europäische Gerichtshof zu entscheiden.

### **Entscheidung**

Zulagen können bei der Berechnung des Urlaubsentgelts zu berücksichtigen sein. Grundsätzlich gelte, dass Arbeitnehmern während des Urlaubs das gewöhnliche Entgelt weiterzuzahlen ist. Bestehe das Entgelt aus mehreren Komponenten, erfordere die Berechnung eine spezifische Prüfung. Für Zulagen sei zu differenzieren: Zulagen, mit denen eine Unannehmlichkeit abgegolten werde, die untrennbar mit den arbeitsvertraglichen Pflichten verbunden sei, müsse bei der Berechnung des Urlaubsentgelts berücksichtigt werden. Während des Urlaubs fortzuzahlen seien zudem alle Gehaltsbestandteile, die an die persönliche und berufliche Stellung des Arbeitnehmers anknüpfen (z. B. Zulagen aufgrund einer Leitungsfunktion, der Betriebszugehörigkeit oder der beruflichen Qualifikation). Dagegen seien Zulagen, die ausschließlich gelegentlich anfallende Kosten oder Nebenkosten decken sollen, nicht zu berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund war der Gerichtshof der Auffassung, die Zulage für planmäßige Flugstunden sei aufgrund ihrer untrennbaren Verbundenheit mit der Tätigkeit beim Urlaubsentgelt zu berücksichtigen, die Abwesenheitszulage aber nicht, weil sie gelegentliche Kosten abgelten solle. Die letzte Entscheidung über die Einordnung der Zulagen nach den vom Gerichtshof entwickelten Grundsätzen bliebe aber beim nationalen Gericht.

### **Konsequenz**

Mit seiner Entscheidung hat der Gerichtshof - bezogen auf den gesetzlichen Mindesturlaubsanspruch - europäische Grundsätze zur Berechnung des Urlaubsentgelts formuliert. Zwar ist es Aufgabe der nationalen Gerichte, diese umzusetzen, es ist aber damit zu rechnen, dass nunmehr auch in Deutschland Urlaubsentgelte neu zu berechnen sind. Als Beispiele seien nur erwähnt Funktionszulagen oder Zulagen für den Bereitschaftsdienst.

## **Unternehmer und Freiberufler**

### **1. Elektronische Rechnungen ab 1.7.2011 - Lohnt sich die Umstellung?**

#### **Kernaussage**

Kürzlich wurde das Steuervereinfachungsgesetz 2011 verabschiedet; es beinhaltet Neuregelungen zu den elektronischen Rechnungen, die rückwirkend ab dem 1.7.2011 gelten. Für die Praxis stellt sich jetzt die Frage, ob nun elektronisch abgerechnet werden sollte bzw. elektronische Eingangsrechnungen akzeptiert werden sollten.

#### **Gesetzliche Neuregelung**

Bisher galten nur Rechnungen mit qualifizierter Signatur und solche, die im EDI-Verfahren versendet werden, als elektronische Rechnungen i. S. d. Umsatzsteuergesetzes (UStG). Nunmehr gelten auch Rechnungen die z. B. per E-Mail, Computer-Fax oder Web-Download übermittelt werden, als elektronische Rechnungen. Unverändert muss der Rechnungsempfänger die Echtheit der Herkunft, die Unversehrtheit des Inhaltes sowie die Lesbarkeit gewährleisten. Hierzu kann er neben den bisher akzeptierten Verfahren auch ein innerbetriebliches Kontrollverfahren einsetzen. Dieses muss einen verlässlichen Prüfpfad zwischen Rechnung und empfangener Leistung schaffen. In seiner einfachsten Form soll laut Bundesfinanzministerium (BMF) hier ein Abgleich der Rechnung mit der Bestellung den Anforderungen genügen.

## **Konsequenzen**

Gegenüber der bisher sehr restriktiven Handhabung stellt die Neuerung eine Vereinfachung dar. Allerdings ist noch nicht eindeutig geklärt, wie ein internes Kontrollsystem, das Überprüfungen durch die Finanzverwaltung standhält, etabliert und gegebenenfalls dokumentiert werden kann. Zwar hat das BMF einen "Frage-Antwort-Katalog" zur Neuregelung veröffentlicht, der vermeintlich relativ geringe Anforderungen vorgibt, doch ist fraglich, ob Prüfer sich hierauf einlassen werden. Geschieht dies nicht, droht die Versagung des Vorsteuerabzuges. Wer zukünftig elektronische Rechnungen nutzen möchte, sollte daher mit der Umsetzung warten, bis das BMF sich hierzu verbindlich geäußert hat. Ferner ist zu beachten, dass die Archivierung elektronischer Rechnungen nicht vereinfacht wurde; es ist also nach wie vor nicht möglich, diese in Papierform aufzubewahren. Vielmehr muss die Aufbewahrung auf einem Datenträger erfolgen, der keine Änderungen mehr zulässt. Neben den vermeintlichen Vorteilen der Neuregelung wurden allerdings auch die Kontrollbefugnisse der Finanzverwaltung erheblich verschärft. Nunmehr dürfen die Prüfer auch im Rahmen der Umsatzsteuernachschau, also unangemeldet, Einsicht in die EDV der Unternehmen nehmen. Es bleibt dann keine Zeit mehr, hierauf zu reagieren, so dass die Daten ständig prüfungsbereit gehalten werden müssen.

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

### **Kernproblem**

Werbeagenturen, Lettershops etc. übernehmen u. a. den Versand von Prospekten, Flyern usw. für ihre Kunden. Dabei wird das Porto zunächst verauslagt und den Kunden anschließend weiterberechnet. Umsatzsteuerlich ist zu differenzieren, ob die Weiterbelastung des Portos einen durchlaufenden Posten oder einen steuerpflichtigen Bestandteil des Entgelts darstellt.

### **Neue Verwaltungsanweisung**

Nach Ansicht der Oberfinanzdirektion (OFD) Frankfurt a. M. kann das Porto nur als durchlaufender Posten behandelt werden, wenn der Kunde in Rechtsbeziehungen zur Deutschen Post AG tritt. Dies setzt voraus, dass der Kunde als Absender auf dem Brief vermerkt ist. Die Weiterbelastung des Portos ist damit als durchlaufender Posten zu behandeln, wenn das Unternehmen Briefe für den Auftraggeber versendet, das Porto verauslagt und der Auftraggeber als Absender auf den Briefen genannt ist. Ferner dann, wenn der Auftraggeber sich als Großkunde bei der Deutschen Post AG anmeldet, die Briefe dort einliefert und er als Absender angegeben wird. Verwenden die Unternehmen ihren eigenen Freistempler, so stellt die Weiterbelastung des Portos einen durchlaufenden Posten dar, wenn das Unternehmen in den Stempel das sogenannte "Klischee" des Auftraggebers einsetzt oder auf andere Weise den Kunden, z. B. durch Absenderaufkleber oder Aufdruck des Absenders auf den Umschlag, als eigentlichen Absender kennzeichnet.

### **Konsequenz**

Seitdem die generelle Steuerbefreiung der Post mit Wirkung vom 1.7.2010 entfallen ist, unterliegen Geschäftsbriefe regelmäßig der Umsatzsteuer. Wird der Bruttobetrag nun weiterbelastet und handelt es sich hierbei um einen durchlaufenden Posten, darf die in diesem Betrag enthaltene Umsatzsteuer nicht gesondert ausgewiesen werden. Wird dies nicht beachtet, so schuldet das versendende Unternehmen diese Umsatzsteuer, zusätzlich zu der Umsatzsteuer, die für die eigene Dienstleistung fällig wird. Den Kunden kann der Vorsteuerabzug aus der Rechnung der Post ermöglicht werden, indem ihnen die Originalrechnung der Post ebenfalls weitergeleitet wird.

### **3. Zur Anfechtung von Lohnzahlung vor der Insolvenz durch Insolvenzverwalter**

#### **Kernaussage**

Die Insolvenzordnung erlaubt die Anfechtung von Rechtshandlungen durch den Insolvenzverwalter, die vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sind und die Gläubiger benachteiligen. So ist eine Handlung, die einen Insolvenzgläubiger befriedigt, anfechtbar, wenn sie in den letzten 3 Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden ist, der Schuldner zur Zeit der Handlung zahlungsunfähig war und der Gläubiger dies wusste oder die Umstände der Zahlungsunfähigkeit kannte. Ferner ist eine Handlung anfechtbar, die der Schuldner in den letzten 10 Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil den Vorsatz des Schuldners kannte. Hierzu entschied das Bundesarbeitsgericht (BAG) kürzlich im Rahmen der Anfechtung von Lohnzahlungen.

#### **Sachverhalt**

Der Beklagte ist Insolvenzverwalter der Schuldnerin, der Kläger war bei ihr seit 2003 als Betriebsleiter beschäftigt. Ab 2006 geriet die Schuldnerin mit den Lohnzahlungen in Rückstand; im April fand deshalb eine Betriebsversammlung statt. Die Schuldnerin zahlte dem Kläger im Mai 2007 die Nettovergütung für die Monate Januar bis März nur in Teilbeträgen aus. Im September desselben Jahres wurde über das Vermögen der Schuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Beklagte erklärte gegenüber den Teilzahlungen die Anfechtung und forderte die Beträge vom Kläger zurück. Mit seiner Klage wollte der Kläger festgestellt wissen, dass er dazu nicht verpflichtet sei, er habe im Zeitpunkt der Lohnzahlung nichts von der möglichen Zahlungsunfähigkeit gewusst. Der Beklagte meint, schon aufgrund der Betriebsversammlung habe der Kläger die Umstände der Zahlungsunfähigkeit gekannt. Die Klage war in allen Instanzen erfolgreich.

#### **Entscheidung**

Soweit die Lohnzahlungen der Schuldnerin im Mai 2007 der Vergütung der vom Kläger in den vorausgehenden 3 Monaten erbrachten Arbeitsleistungen dienten, unterlagen sie als Bargeschäft nicht der Anfechtung, weil noch der erforderliche enge zeitliche Zusammenhang mit der Gegenleistung bestand. Im Übrigen waren keine Tatsachen vorgetragen worden, aus denen sich eine positive Kenntnis des Klägers von der Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin ergeben hätte. Auch von den Umständen, die auf die Zahlungsunfähigkeit schließen ließen, hatte der Kläger keine Kenntnis; es reichte in soweit nicht aus, dass er vom Zahlungsrückstand gegenüber anderen Arbeitnehmern wusste. Er hatte ferner keinen Einblick in die Finanzbuchhaltung der Schuldnerin und nahm dort selbst auch keine Leitungsaufgaben wahr.

#### **Konsequenz**

Lohnzahlungen, die wenige Monate vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens eines Unternehmens geleistet werden, sind in der Regel nicht anfechtbar. Aber auch wenn unter den Arbeitnehmern bekannt ist, dass die Firma mehrere Monate mit Lohnzahlungen im Rückstand ist, kann daraus nicht unbedingt auf die für eine Anfechtung der Lohnzahlungen notwendige Kenntnis der Arbeitnehmer von der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens geschlossen werden.

#### **4. Britische Gerichte sind bei Streitigkeiten innerhalb einer Ltd. zuständig**

##### **Kernaussage**

Der maßgebliche Sitz einer Gesellschaft bestimmt sich bei einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union nach der Gründungstheorie und damit grundsätzlich nach dem Satzungssitz des Herkunftsstaats.

##### **Sachverhalt**

Die Beklagte ist eine Private Limited Company (Ltd.) mit eingetragenem Sitz in England. Sie ist die persönlich haftende Gesellschafterin einer Ltd. & Co. KG, die ihren Sitz in Deutschland hat und dort ein Sportstudio betreibt. Im Gesellschaftsvertrag wurde eine Regelung über die Zuständigkeit deutscher Gerichte für Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis getroffen. Der Kläger ist zu 45 % an der Beklagten beteiligt. Im März 2008 beschloss die Gesellschafterversammlung in Abwesenheit des Klägers, dass er als Director der Beklagten ausscheide. Gegen diesen Beschluss erhob der Kläger Nichtigkeitsklage. Vor dem Landgericht hatte die Klage Erfolg. Berufungsgericht und Bundesgerichtshof wiesen die Klage hingegen als unzulässig ab.

##### **Entscheidung**

Es fehlte an der internationalen Zuständigkeit der deutschen Gerichte. In der EU-Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen ist die ausschließliche Zuständigkeit für Klagen geregelt, welche die Gültigkeit, die Nichtigkeit oder die Auflösung einer Gesellschaft oder juristischen Person oder die Gültigkeit der Beschlüsse ihrer Organe zum Gegenstand haben. Nach diesen Vorschriften wird die ausschließliche Zuständigkeit des Gerichts begründet, in dessen Hoheitsgebiet die Gesellschaft ihren Sitz hat. Da die Beklagte in einem Mitgliedsstaat der EU gegründet worden war, sind die Regeln der Gründungstheorie maßgebend für die Entscheidung, wo sich der zuständigkeitsbegründende Sitz der Beklagten befindet. Dies ist grundsätzlich der im Herkunftsstaat bestehende Satzungssitz. Die im Gesellschaftsvertrag getroffene Gerichtsstandvereinbarung ist unwirksam, da es sich um eine ausschließliche Zuständigkeit handelt. Aus diesem Grund waren vorliegend die britischen Gerichte zuständig.

##### **Konsequenz**

Die Entscheidung verdeutlicht, dass die Gründung einer britischen Ltd. in der gesellschaftsrechtlichen Umsetzung erhebliche Schwierigkeiten mit sich bringen kann. Die im deutschen Gesellschaftsrecht eingeführte Unternehmergesellschaft UG (haftungsbeschränkt) sollte daher als Alternative erwogen werden. Ob es dabei allerdings im Einzelfall plausible Sachgründe für die Herabsetzung der Mindestkapitalschwelle (25.000 EUR) gibt, sollte genau untersucht werden.

#### **5. Physiotherapeuten: Nicht jede Massage ist steuerfrei Kernaussage**

Heilberufliche Leistungen sind nur von der Umsatzsteuer befreit, wenn sie ein therapeutisches Ziel verfolgen. Leistungen, die lediglich der Wellness oder der Steigerung des allgemeinen Wohlbefindens dienen, fallen nicht hierunter.

##### **Neue Verwaltungsanweisung**

Die Oberfinanzdirektion (OFD) Frankfurt a. M. hat nun die Leistungen von Physiotherapeuten bzw. staatlich geprüften Masseuren unter die Lupe genommen. Deren Leistungen sind nur dann steuerbefreit, wenn sie ärztlich verordnet sind oder es sich um Leistungen im Rahmen einer Vorsorge- oder Rehabilitationsmaßnahme handelt. Leistungen, die ohne ärztliche Anordnung lediglich aus kosmetischen Gründen durchgeführt werden bzw. der Wellness dienen, sind dagegen nicht steuerbefreit. Behandlungen im Anschluss an eine ärztliche Diagnose, für die die Patienten die Kosten selbst tragen, sind nun auch nur noch steuerbefreit, wenn sie ärztlich verordnet sind. Anderenfalls handelt es sich um steuerpflichtige Präventionsmaßnahmen. Soweit physiotherapeutische Leistungen steuerpflichtig sind, kommt der ermäßigte Steuersatz zur Anwendung.

## **Konsequenzen**

Physiotherapeuten müssen sich darauf einstellen, dass die Finanzverwaltung die genannten Vorgaben überprüfen wird. Hierbei fordert der Fiskus, dass die Steuerbefreiung in jedem Einzelfall nachzuweisen ist. Dies dürfte insbesondere für die ärztlichen Verordnungen gelten. Die entsprechenden Unterlagen sind daher aufzubewahren. Soweit steuerpflichtige Umsätze vorliegen, bedeutet dies nicht zwingend, dass auch Umsatzsteuer abzurechnen und abzuführen ist. Sofern die Umsatzgrenze für Kleinunternehmer (17.500 EUR) nicht überschritten wird, kann dies unterbleiben. Soweit Umsatzsteuer entsteht, ist zu berücksichtigen, dass korrespondierend hierzu das Recht auf Vorsteuerabzug entsteht. Der Vorsteuerabzug ist jedoch nur möglich, wenn ordnungsgemäße Eingangsrechnungen vorliegen. Hierauf sollte geachtet werden, wenn nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann, dass Umsatzsteuer entsteht.

## **6. Keine Inlandsberatung durch ausländischen StB ohne Berufshaftpflichtversicherung**

### **Kernaussage**

Ein Steuerberater ist gesetzlich verpflichtet, eine Haftpflichtversicherung abzuschließen. Verstößt er hiergegen, muss er damit rechnen, dass die Steuerberaterkammer die Bestellung zum Steuerberater widerruft. Auch ausländische Steuerberatungsgesellschaften dürfen entsprechend ohne Berufshaftpflichtversicherung nicht in Deutschland tätig werden.

### **Sachverhalt**

Die Klägerin ist eine in Großbritannien registrierte Private Limited Company (Ltd.) Wirtschafts- und Steuerberatungsgesellschaft mit Niederlassungen in den Niederlanden und Belgien. Wegen Vermögensverfalls widerrief die deutsche Steuerberaterkammer die Bestellung des vertretungsberechtigten "Directors" zum Steuerberater. Die Klägerin ist weder nach dem Steuerberatungsgesetz anerkannt, noch verfügt sie über eine Haftpflichtversicherung. Dennoch wurden von den Niederlanden aus in Deutschland ansässige Steuerpflichtige von der Klägerin in Steuersachen betreut. Das Finanzamt wies die Klägerin als Bevollmächtigte zurück. Hiergegen richtete sich die Klage, die der Bundesfinanzhof schließlich als unbegründet abwies.

### **Entscheidung**

Das Finanzamt hat zu Recht die Bevollmächtigung zurückgewiesen. Personen, die in einem Mitgliedstaat der EU beruflich niedergelassen sind und dort geschäftsmäßig Hilfe in Steuersachen leisten, sind zwar auch zur vorübergehenden und gelegentlich geschäftsmäßigen Hilfeleistung in Steuersachen auf dem Gebiet der Bundesrepublik befugt. Bei ihrer Tätigkeit unterliegen sie aber denselben Berufsregel wie die in Deutschland zu unbeschränkter Hilfeleistung in Steuersachen befugten Personen (z. B. Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Rechtsanwälte). Hierzu gehört insbesondere der Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung. Es steht auch nicht der unionsrechtlich gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit entgegen, wenn nach deutschem Recht der Abschluss einer Berufshaftpflicht erforderlich ist. Denn die Regelung ist nicht diskriminierend und ist zum Schutz der Verbraucher infolge der sich aus der Berufstätigkeit ergebenden Haftpflichtgefahren dringend erforderlich.

### **Konsequenz**

Das Urteil fügt sich in die bisherige Rechtsprechung ein. Die Mandanten wären anderenfalls potentiellen Haftpflichtrisiken ausgesetzt, die deren Vermögensinteressen erheblich gefährden könnten. Dieser Schutzgedanke muss selbstverständlich auch in Bezug auf ausländische Gesellschaften Geltung erlangen.

## 7. Umfang des Markenschutzes in der EU

### **Kernproblem**

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat sich jüngst damit befasst, ob Marks & Spencer durch Benutzung von Schlüsselwörtern, die der Marke ihres Mitbewerbers Interflora entsprechen, im Rahmen des Google-Referenzierungsdienstes eine der "Funktionen" dieser Marke beeinträchtigt oder diese in unlauterer Weise ausgenutzt (Trittbrettfahren) hat.

### **Sachverhalt**

Interflora Inc., ein amerikanisches Unternehmen, betreibt ein weltweites Blumenliefernetz. Bei den angeschlossenen Floristen können Bestellungen aufgegeben werden, die dann von dem Mitglied, das dem Lieferort am nächsten ist, ausgeführt werden. British Unit ist Lizenznehmerin von Interflora Inc.; Interflora ist eine nationale englische und eine Gemeinschaftsmarke. Die Marken sind in der EU sehr bekannt. Marks & Spencer (M) ist eines der wichtigsten Einzelhandelsunternehmen in England, das auch Blumen ausliefert und damit im Wettbewerb zu Interflora steht. Für den Google-Referenzierungsdienst wählte M verschiedene Varianten des Wortes "Interflora" als Schlüsselwörter, so dass bei der Benutzung dieses Wortes durch Google-User jedes Mal eine Werbeanzeige von M erschien. Interflora erhob daraufhin in England gegen M Klage wegen Verletzung ihrer Markenrechte. Das englische Gericht legt die Frage dem EuGH vor.

### **Entscheidung**

Der EuGH stellte fest, dass die herkunftshinweisende Funktion einer Marke unter folgender Voraussetzung beeinträchtigt ist: für einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer (Benutzer des Schlüsselwortes) ist nicht oder nur schwer zu erkennen, ob die in der Anzeige beworbenen Waren oder Dienstleistungen von dem Inhaber der Marke oder einem mit ihm verbundenen Unternehmen oder vielmehr von einem Dritten stammen. Dagegen beeinträchtigt die Benutzung eines mit einer fremden Marke identischen Zeichens im Rahmen eines Internetreferenzierungsdienstes wie "AdWords" nicht die Werbefunktion der Marke. Das nationale Gericht muss nun prüfen, ob die Benutzung des mit der Marke Interflora identischen Zeichens durch M die Möglichkeit von Interflora gefährdet, einen Ruf zu wahren, der geeignet ist, Verbraucher anzuziehen und zu binden.

### **Konsequenz**

Weiterhin stellte der EuGH fest, dass es als sog. Trittbrettfahren zu beurteilen sein kann, wenn ohne "rechtfertigenden Grund" im Rahmen eines Referenzierungsdienstes Zeichen ausgewählt werden, die mit einer fremden bekannten Marke identisch oder ihr ähnlich sind. Dies kann insbesondere für Fälle anzunehmen sein, in denen Werbende im Internet mittels Auswahl von Schlüsselwörtern, die bekannten Marken entsprechen, Waren zum Verkauf anbieten, die Nachahmungen von Waren des Inhabers dieser Marken sind.

## 8. Unangemessen niedrige Streitwertfestsetzung - Betrug?

### **Kernaussage**

Anwälte müssen an einer sachgerechten Streitwertfestsetzung mitwirken. Tun sie dies nicht, kann das Gericht den Streitwert so hoch festsetzen, dass Anwälte ihrer Mitwirkungspflicht im Rahmen des Antrags auf Streitwertkorrektur nachkommen. Die vorherige Ansetzung eines zu geringen Streitwerts kann als versuchter Betrug gewertet werden.

### **Sachverhalt**

Die Parteien stritten vor dem Landgericht Düsseldorf über eine Patentverletzung im Bereich der UMTS-Technik. Den maßgeblichen Gesamtumsatz der Beklagten bis zum voraussichtlichen Ablauf des Klagepatents gab die Klägerin nach eigener Auswertung mit rund 2 Mrd. EUR an. Auf diesen Betrag sollte die Beklage

vorgerichtlich im Rahmen eines Vergleichsangebots einen Lizenzsatz von 0,5 % (ca. 11,15 Mio. EUR) zahlen. Die Klägerin hat in ihrer Klageschrift den Streitwert mit 5 Mio. EUR angegeben. Das Landgericht hat den Streitwert auf 30 Mio. EUR geschätzt und festgesetzt. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Klägerin, die eine Herabsetzung des Streitwerts auf 11,15 Mio. EUR begehrt.

### **Entscheidung**

Das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf hat die Beschwerde zurückgewiesen. Der Streitwert ist vom Gericht nach freiem Ermessen festzusetzen. Maßgeblich ist das wirtschaftliche Interesse, das die Klägerin mit der Klage objektiv verfolgt. Entscheidende Kriterien sind die bei Klageerhebung noch gegebene Restlaufzeit des Klagepatents, Umsatz, Größe und Marktstellung des Klägers. Unter Berücksichtigung des mitgeteilten Umsatzes und eines Lizenzsatz von 1,5 % erschien der geschätzte Streitwert als angemessen. Zugleich bestand gegenüber der Klägerin und ihren Prozessbevollmächtigten der Verdacht eines versuchten Betruges zu Lasten der Landeskasse. Nach Erfahrung des Senats stellt es eine regelmäßige Praxis dar, dass beide Parteien kollusiv zulasten der Landeskasse zusammenwirken, um mit einem niedrigen Streitwert Gerichtskosten zu sparen. Der Grund hierfür liegt in der streitwertunabhängigen Abrechnung der Parteivertreter nach Stundensätzen. Durch die "eingesparten" Gerichtsgebühren steht den Anwälten ein weiterer Spielraum für die Abrechnung zusätzlichen eigenen Honorars zu.

### **Konsequenz**

Es bleibt abzuwarten, ob das OLG straf- und berufsrechtliche Maßnahmen einleiten wird und ein Strafgericht einen Betrug nachweisen kann. Die Begründung des OLG erscheint nicht nachvollziehbar und ist mit der gängigen anwaltlichen Praxis auch nicht in Einklang zu bringen. Soweit der Kläger obsiegt, würde eine Kostenerstattung durch den unterlegenen Prozessgegner nur zu einem entsprechend geringeren Teil erfolgen. Rechtsstaatlich bedenklich ist nach der Begründung auch, dass sich ein Anwalt mit dem Antrag auf Streitwertkorrektur stets der Gefahr des Betrugsversuchs aussetzen kann.

## **9. Leistungsklage ausgeschiedener Gesellschafter wg.**

### **Abfindungsansprüchen zulässig?**

#### **Kernaussage**

Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer Personengesellschaft führt grundsätzlich zu einer Durchsetzungssperre, wonach seine Ansprüche gegen die Gesellschaft und die Gesellschafter nicht mehr einzeln klageweise geltend gemacht werden können. Diese sind vielmehr als unselbstständige Rechnungsposten in die Schlussrechnung aufzunehmen. Die vertragliche Vereinbarung der Fälligkeit der Abfindungsraten begründet keine Abweichung von der Durchsetzungssperre.

#### **Sachverhalt**

Der Kläger war als Steuerberater mit den Beklagten als Rechtsanwälten in einer überörtlichen Sozietät in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) verbunden. Der Gesellschaftsvertrag enthielt hinsichtlich des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft eine Regelung, wonach diesem ein Abfindungsanspruch in Höhe seines Anteils am tatsächlichen Kanzleiwert - bemessen nach dem Umsatz des vorangegangenen Kalenderjahres - zustand. Die Abfindung sollte in 5 gleichen Jahresraten, jeweils fällig am 1.1. des auf das Ausscheiden folgenden Kalenderjahres, zahlbar sein. Nach seinem Ausscheiden berechnete der Kläger seinen Abfindungsanspruch und machte diesen klageweise geltend. Die Beklagten bestritten die Höhe und die Durchsetzbarkeit des Anspruchs und rechneten hilfsweise mit Gegenforderungen auf. Das Oberlandesgericht (OLG) gab der Klage im Wesentlichen statt.

### **Entscheidung**

Der Bundesgerichtshof hob das Urteil auf und verwies den Rechtsstreit zurück, denn das OLG hätte sich mit den Gegenansprüchen der Beklagten befassen müssen. Die Auflösung einer GbR, ebenso wie das Ausscheiden eines Gesellschafters, hat grundsätzlich zur Folge, dass gegenseitige Ansprüche nicht mehr selbstständig im Wege einer Zahlungsklage durchgesetzt werden können. Erforderlich ist die Erstellung einer Auseinandersetzungsrechnung, deren Saldo ergibt, wer von wem noch etwas zu fordern hat. Für die Geltendmachung von Einzelansprüchen bedarf es einer klaren gesellschaftsvertraglichen Regelung. Die Bestimmung der Fälligkeit der Abfindungsraten begründet keine Selbstständigkeit der Einzelansprüche. Sie führt nur dazu, dass nach Fälligkeit auf Leistung geklagt werden kann. Im Rahmen dieser Zahlungsklage hat eine Saldierung der gegenseitigen Ansprüche zu erfolgen.

### **Konsequenz**

Im Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft sind klare Regelungen über die Art der Abfindung, deren Berechnung und deren Zahlungskonditionen zu treffen. Bei Freiberufersozietäten sind weitergehende Bestimmungen zur Anrechnung bzw. zum Ausgleich bei der Mitnahme von Mandanten zu vereinbaren

## **10. Arbeitgeber hat nicht immer Anspruch auf Ersatz von Detektivkosten**

### **Kernaussage**

Ist ein Arbeitnehmer während des laufenden Kündigungsschutzverfahrens einer anderen Beschäftigung nachgegangen und deckt ein vom Arbeitgeber beauftragter Detektiv dies auf, muss der Arbeitnehmer die Detektivkosten nicht zwangsläufig ersetzen. Das Landesarbeitsgericht Hamm entschied kürzlich, dass eine Ersatzpflicht jedenfalls dann ausscheidet, wenn sich die Überwachung des Arbeitnehmers auf einen Zeitraum erstreckte, für den dieser keine Ansprüche geltend macht.

### **Sachverhalt**

Der beklagte Arbeitnehmer war von Februar bis August 2009 als Kraftfahrer für den klagenden Arbeitgeber tätig. Der Arbeitgeber sprach im August 2009 eine Änderungskündigung aus, gegen die der Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage erhob. Er forderte im Laufe des Verfahrens auch Arbeitsentgelt für den Zeitraum von September bis Dezember 2009 ein. Nachdem der Arbeitgeber im Mai 2010 insgesamt 7 fristlose Kündigungen aussprach, schlossen die Parteien im Juli 2010 einen Vergleich, nach dem das Arbeitsverhältnis Ende August 2009 endete und der Arbeitnehmer eine Abfindung in Höhe von 4.400 EUR erhielt. Der Arbeitgeber hatte den Arbeitnehmer im Mai und Juni 2010 durch Detektive überwachen lassen und hierfür rd. 21.000 EUR gezahlt. Der Arbeitgeber trug im Prozess vor, die beauftragten Detektive hätten festgestellt, dass der Arbeitnehmer im Mai und Juni 2010 einer anderweitigen Beschäftigung nachgegangen sei. Dies hatte der Arbeitnehmer vor Abschluss des gerichtlichen Vergleichs wahrheitswidrig verneint. Der Arbeitgeber verlangte Erstattung der Detektivkosten und Auskunft darüber, welche Einkünfte der Arbeitnehmer erzielt habe. Er blieb in allen Instanzen erfolglos.

### **Entscheidung**

Schon das Arbeitsgericht hatte ausgeführt, der Arbeitnehmer sei einer vorsätzlichen Pflichtverletzung nicht überführt worden; die Höhe der Detektivkosten stehe auch in keinem angemessenen Verhältnis zum befürchteten Schaden. Der Arbeitgeber benötige keine Auskunft über die Höhe etwaiger Einkünfte, da er die Abfindung nach den Angaben der Lohnsteuerkarte berechnen könne. Für das Landesarbeitsgericht war weiterhin maßgeblich, dass sich die Überwachung durch die Detektive auf einen Zeitraum erstreckte, für den der Arbeitnehmer im vorhergehenden Kündigungsschutzprozess keine Ansprüche geltend gemacht hatte. Es war auch nicht ersichtlich, dass es in Bezug auf diese

Zeitspanne zu einer Erweiterung des Vorprozesses gekommen wäre.

### **Konsequenz**

Ein Anspruch des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer auf Erstattung von Detektivkosten kommt nur dann in Betracht, wenn die arbeitnehmerseitig geltend gemachten Ansprüche nicht in den Zeitraum der Überwachung fallen.

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

### **1. Bilanzierung eines "Bearbeitungsentgelts" für einen Kredit**

#### **Kernaussage**

Für ein vom Darlehensnehmer bei Abschluss des Kreditvertrags zu zahlendes "Bearbeitungsentgelt" ist kein aktiver Rechnungsabgrenzungsposten zu bilden, wenn das Entgelt im Falle einer vorzeitigen Vertragsbeendigung nicht (anteilig) zurückzuerstatten ist.

#### **Sachverhalt**

Eine GmbH, deren Unternehmensgegenstand der Handel mit Möbeln und Einrichtungsgegenständen ist, hatte zur Finanzierung ihres Möbelhauses im Jahr 2001 3 Darlehen mit einer Zinsfestschreibung aufgenommen. Es musste ein einmaliges, nicht laufzeitabhängiges Bearbeitungsentgelt von 4 % der Darlehensvaluta entrichtet werden. In ihrer Gewinnermittlung beantragte die GmbH den Ansatz der Bearbeitungsentgelte als sofort abziehbare Betriebsausgaben. Das Finanzamt war der Auffassung, die Bearbeitungsentgelte seien auf der Basis der Gesamtlaufzeiten der Darlehen abzugrenzen und legte aktive RAP zugrunde. Die hiergegen gerichtete Klage wies das Finanzgericht ab.

#### **Entscheidung**

Im Rahmen der Berufung hatte der Bundesfinanzhof (BFH) zu entscheiden, ob das Bearbeitungsentgelt Aufwand "für eine bestimmte Zeit nach dem Abschlussstichtag" darstellte. Der Vorleistungscharakter ist zu bejahen, wenn der Empfänger die Leistung bei vorzeitiger Vertragsbeendigung zeitanteilig zurückzuzahlen hat. Darf der Empfänger die Zahlung hingegen im Falle der vorzeitigen Vertragsbeendigung behalten, ist das jedenfalls ein gewichtiges Indiz gegen die Zeitraumbezogenheit der Gegenleistung. In dem zu entscheidenden Fall konnte die zu Vertragsbeginn geleistete Zahlung nicht mehr anteilig zurückgefordert werden, so dass die Zahlung grundsätzlich nicht aktiv abzugrenzen war. Etwas anderes gilt in diesem Fall jedoch, wenn das Dauerschuldverhältnis auf mehrere Jahre zu festen Bedingungen abgeschlossen ist und nur aus wichtigem Grund gekündigt werden kann und wenn konkrete Anhaltspunkte dafür fehlen, dass die Vertragsparteien dieser Möglichkeit mehr als eine rein theoretische Bedeutung beigemessen haben.

#### **Konsequenz**

Mit diesem Urteil grenzt der BFH die unterschiedliche Behandlung der Bearbeitungsentgelte voneinander ab und lässt im Falle einer vorzeitigen Vertragsbeendigung ohne anteilige Rückzahlung des Entgeltes den Ansatz als sofort abzugsfähige Betriebsausgabe grundsätzlich zu. Im Einzelfall ist auf die vertraglich vereinbarten Kündigungsmöglichkeiten der Darlehen abzustellen.

### **2. Haftung der handelnden Personen bei Vorrats- und Mantelgesellschaft**

#### **Rechtsslage**

Bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft oder eines gebrauchten GmbH-Mantels sind die Gründungsvorschriften des GmbH-Gesetzes sowie die Vorschriften der registergerichtlichen Kontrolle entsprechend anzuwenden. Die Geschäftsführer haben bei der Anmeldung der "(Re-) Vitalisierung" zu versichern, dass die Stammeinlagen erbracht sind und zu ihrer freien Verfügung stehen.

Nicht nur die Gründungs- und Handelndenhaftung, sondern auch die Unterbilanz- oder Vorbelastungshaftung ist zu beachten. Die Haftung im Stadium der wirtschaftlichen Neugründung ist zeitlich begrenzt durch die Offenlegung gegenüber dem Handelsregister.

#### **Sachverhalt**

Der Beklagte ist Geschäftsführer einer GmbH, die am 25.10.2006 als Vorratsgesellschaft ins Handelsregister eingetragen wurde. Bereits am 10.10.2006 wurden die Geschäftsanteile der Gesellschaft übertragen. Zugleich wurden der Unternehmensgegenstand, die Firma und der Gesellschaftssitz geändert, der Geschäftsführer abberufen und der Beklagte zum neuen Geschäftsführer bestellt. Der Beklagte meldete diese Änderungen am gleichen Tag beim Handelsregister an und versicherte, dass das Stammkapital vorhanden sei und sich in seiner freien Verfügungsgewalt befinde. Eine Eintragung dieser Anmeldung unterblieb. Im Jahr 2007 erbrachte die Klägerin Leistungen für die GmbH, deren Bezahlung sie vom Beklagten persönlich begehrt.

#### **Entscheidung**

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat eine Haftung des Beklagten abgelehnt. Im Falle einer wirtschaftlichen Neugründung durch die Verwendung einer Vorratsgesellschaft oder die Aktivierung eines leeren "GmbH-Mantels" kommt eine Außenhaftung als Handelndenhaftung nur dann in Betracht, wenn die Geschäfte vor Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung aufgenommen wurden, ohne dass dem alle Gesellschafter zugestimmt haben - etwa weil die Geschäftsführer ihre Vertretungsmacht überschritten haben. Waren im Zeitpunkt der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung die Angaben des Geschäftsführers hinsichtlich des Stammkapitals falsch, kann ebenfalls eine entsprechende Haftung ausgelöst werden. Beide Haftungstatbestände hat der BGH im vorliegenden Fall verneint. Im Übrigen fehlte es an einer wirtschaftlichen Neugründung, da die Änderungen bereits vor Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister beschlossen und auch vollzogen wurden.

#### **Konsequenz**

Das Urteil fügt sich in die bisherige Rechtsprechung des BGH zur Vorratsgründung und zum Mantelkauf ein. Eine Abgrenzung der wirtschaftlichen Neugründung von einer Umstrukturierung kann im Einzelfall problematisch sein, insbesondere dann, wenn weder eine vollständige Vermögenslosigkeit der GmbH vorliegt, noch das Unternehmen gänzlich eingestellt wurde.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

**Ihr Advotax Team**