

## Ihre Mandanteninformationen 2. Quartal 2009

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:

1. Gewerblicher Grundstückshandel: "Drei-Objekt-Grenze"
2. Doppelte Steuerbelastung mit ErbSt
3. Verstoß gegen die Offenlegungspflicht des Jahresabschlusses
4. Rechnungen: Kein Vorsteuerabzug ohne Angabe des Leistungszeitpunktes
5. AGG-Hopping
6. Kassierer: Fristlose Kündigung bei Unterschlagung kleinster Beträge
7. Einzelhandel: 5,20 EUR Stundenlohn ist sittenwidrig
8. Abschreibung auf Darlehensforderung bis 2007 steuerlich zulässig
9. Anspruch auf Urlaubsabgeltung auch bei Dauererkrankung
10. "Schachtelstrafe" verstößt gegen Kapitalverkehrsfreiheit
11. Beteiligungswechsel bei atypisch stiller Gesellschaft: Gewerbeverlust
12. Wiedereinführung der "alten" Pendlerpauschale
13. BilMoG-HGB-Reform kommt
14. Satzungsänderung bei Zahlungen an den ehrenamtlichen Vorstand
15. EU-Markenschutz seit 1.5.2009 kostengünstiger und einfacher
16. Offenlegungspflicht gilt auch für kleine Kapitalgesellschaften
17. EuGH segnet Pflichtmitgliedschaft in Berufsgenossenschaft ab
18. Kein Beweisverwertungsverbot bei zufällig mitgehörten Telefonaten
19. Arbeitsunfähige Arbeitnehmer zur Rückgabe des Dienstwagens verpflichtet
20. Verfassungsbeschwerde gegen Grundsteuer erfolglos
21. Zum Vorsteuerabzug bei gemischt genutzten Gebäuden

### 1. Gewerblicher Grundstückshandel: "Drei-Objekt-Grenze"

#### Kernproblem

Die Veräußerung von mehr als 3 Objekten innerhalb von 5 Jahren führt grundsätzlich dazu, dass keine private Vermögensverwaltung mehr vorliegt, sondern bereits ein gewerblicher Grundstückshandel. Anstelle einer steuerfreien Veräußerung außerhalb der 10-jährigen Spekulationsfrist entsteht bei der Veräußerung ein laufender, gewerbesteuerpflichtiger Gewinn. Die erheblichen Steuer-

unterschiede machen Ausweichkonstruktionen attraktiv. Fraglich ist, ob und wie Beteiligungen an vermögensverwaltenden bzw. gewerblichen Grundstücksgesellschaften einzubeziehen sind.

#### Sachverhalt

1994 hat eine GbR 1 ein Gebäude erworben und 1998 veräußert. Anschließend wurde die GbR 1 liquidiert und das Vermögen an die beiden Gesellschafter verteilt. Eine GbR II der beiden gleichen Gesellschafter hat ebenfalls 1994 einen Gebäudekomplex erworben;

diese GbR II unterhält unstrittig einen gewerblichen Grundstückshandel. Nach Ansicht der Steuerpflichtigen war die GbR 1 nur vermögensverwaltend tätig; das Finanzamt nahm jedoch auch für die GbR 1 einen gewerblichen Grundstückshandel an.

#### **Entscheidung**

Der BFH ist der Auffassung des Finanzamtes nicht gefolgt. GbR 1 hat die private Vermögensverwaltung in Bezug auf die Veräußerung ihres einen Gebäudes nicht verlassen, auch wenn ihre Gesellschafter - im Rahmen der GbR II - mehr als 3 Objekte innerhalb von 5 Jahren veräußert haben. Eine solche Hinzurechnung auf Ebene der GbR I wird wegen des Grundsatzes der Einheit der Gesellschaft als unzulässig angesehen. Aus demselben Grund dürfen die Grundstücksveräußerungen zweier (beteiligungsidentischer) Personengesellschaften auch nicht zusammengerechnet werden.

#### **Konsequenz**

Etwaige Veräußerungen einer GbR werden ihren Gesellschaftern als Zählobjekt zugerechnet. Eine Hinzurechnung bei 2 beteiligungsidentischen GbR unterbleibt dagegen. Insoweit kann das Auslagern in verschiedene GbR das Begründen eines gewerblichen Grundstückshandels vermeiden helfen. Die zahlreichen Urteile des BFH zeigen aber: Entscheidend sind die konkreten Umstände des Einzelfalls.

## **2. Doppelte Steuerbelastung mit ErbSt**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Das Gemeinschaftsrecht harmonisiert in einigen Bereichen auch die nationalen Steuergesetze. So ist das Umsatzsteuerrecht weitestgehend harmonisiert. Im Bereich sonstiger Steuern verhält es sich in der Regel so, dass der nationale Gesetzgeber alleine zuständig ist, die Europäische Union also keinen Gesetzgebungsspielraum hat. Die Gefahr von Doppelbesteuerungen wird auch im Gebiet der Europäischen Union durch bilaterale Doppelbesteuerungsabkommen geregelt. Der Europäische Gerichtshof hatte nunmehr auf eine Vorlagefrage aus Deutschland darüber zu entscheiden, ob eine nationale Erbschaftsteuerregelung, die keine Anrechnung einer im EU-Ausland bereits gezahlten Erbschaftsteuer auf die deutsche Erbschaftsteuer vorsah, gegen die

Kapitalverkehrsfreiheit des Gemeinschaftsvertrages verstößt.

### **Entscheidung**

Ein Erblasser mit Wohnsitz in Deutschland hatte Guthaben bei spanischen Banken in erheblicher Höhe. Weil Spanien bei der Erhebung von Erbschaftsteuer auf Kapitalforderungen an den Sitz des Gläubigers, also die Banken, anknüpft, wurden die Erben in erheblichem Maße zur spanischen Erbschaftsteuer herangezogen. Bei der Festsetzung der deutschen Erbschaftsteuer, die alleine an den Sitz des Gläubigers, also den letzten Wohnsitz des Erblassers, anknüpft, blieb die spanische Erbschaftsteuer außer Ansatz. Die Erben begehrt, dass die in Spanien gezahlte Erbschaftsteuer auf die deutsche Erbschaftsteuer angerechnet werde. Das Finanzamt verminderte jedoch nur die Bemessungsgrundlage der deutschen Erbschaftsteuer (inklusive des spanischen Kapitalvermögens) um die spanische Erbschaftsteuer. Hiergegen klagten die Erben. Der Bundesfinanzhof legte dem Europäischen Gerichtshof schließlich die Frage vor, ob es mit der Kapitalverkehrsfreiheit vereinbar sei, dass die spanische Erbschaftsteuer von der Anrechnung auf die deutsche Erbschaftsteuer ausgeschlossen sei. Der Europäische Gerichtshof sah hierin keinen Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht. Die Doppelbesteuerung ergebe sich alleine aufgrund der im Ergebnis parallelen Anknüpfungspunkte des jeweiligen

nationalen Steuerrechts. Die Vermeidung der Doppelbesteuerung sei aber Aufgabe von Doppelbesteuerungsabkommen und nicht des Gemeinschaftsrechts. Im Steuerrecht genossen die Mitgliedstaaten weit reichende Autonomie, so dass eine Anpassungspflicht auf die Steuerrechte anderer Mitgliedstaaten nicht bestehe.

### **Konsequenz**

Mit der Entscheidung bestätigt der Europäische Gerichtshof die Autonomie der Mitgliedstaaten im Steuerrecht. Darüber hinaus zeigt die Entscheidung, dass es im Rahmen erbschaftsteuerlicher Beratung auch auf die Belegenheit des Vermögens ankommt. Ein Transfer des Kapitalvermögens vor dem Tod nach Deutschland hätte die Doppelbesteuerung verhindert.

### 3. Verstoß gegen die Offenlegungspflicht des Jahresabschlusses

#### Kernproblem

Der Geschäftsführer einer GmbH muss den Jahresabschluss der Gesellschaft spätestens 12 Monate nach dem Ende des Geschäftsjahres beim elektronischen Bundesanzeiger zur Offenlegung einreichen. Andernfalls droht ihm ein persönliches Ordnungsgeld von bis zu 25.000 EUR.

#### Sachverhalt

Die Geschäftsführerin einer GmbH wendet sich gegen die Festsetzung eines Ordnungsgeldes von 2.500 EUR durch das Bundesamt für Justiz wegen Nichteinreichung von Jahresabschlussunterlagen beim Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers. Nach erfolglosem Einspruch dagegen hat die Geschäftsführerin sofortige Beschwerde beim Landgericht erhoben. Diese wurde zurückgewiesen.

#### Entscheidung

Die Ordnungsgeldentscheidung war rechtmäßig; die gesetzlichen Offenlegungspflichten und die Sanktionsmöglichkeiten bei Nichtbeachtung sind verfassungsgemäß. Aus den Gründen der Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz verstößt die ordnungsgeldbewehrte Offenlegungspflicht auch nicht gegen Europäisches Gemeinschaftsrecht. Sie ist im Hinblick auf die Haftungsbeschränkung der Kapitalgesellschaft insbesondere zum Gläubigerschutz und zur Gewährleistung der Markttransparenz geeignet, erforderlich und verhältnismäßig. Es besteht kein Zwang zum Betrieb eines Handelsgeschäfts in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft; diese kann sich auf die Offenlegungspflichten einrichten. Das gilt auch für kleine Kapitalgesellschaften mit weniger als 50 Mitarbeitern und einer Bilanzsumme von unter 4.015.000 EUR bzw. Umsatzerlösen von unter 8.030.000 EUR. Für diese sind die offen zu legenden Jahresabschlussunterlagen beschränkt. Die von der Geschäftsführerin angeführten anderen Auskunftsmöglichkeiten (Kreditauskunft, Unbedenklichkeitsbescheinigung etc.) ersetzen die Offenlegung der Jahresabschlussunterlagen nicht.

#### Konsequenz

Bei einem Verstoß gegen die Offenlegungspflichten wird vom Bundesamt für Justiz von Amts wegen ein Ordnungsgeldverfahren eingeleitet, in dessen Rahmen zunächst ein Ordnungsgeld angedroht wird.

Das Ordnungsgeld kann zwischen 2.500 EUR und 25.000 EUR liegen, die Verwaltungsgebühren von rd. 50 EUR sind in jedem Fall zu entrichten. Bei weiterer Nichtbeachtung der Offenlegungspflicht wird das Ordnungsgeld schließlich festgesetzt.

### 4. Rechnungen: Kein Vorsteuerabzug ohne Angabe des Leistungszeitpunktes

#### Einführung

Die Angabe des Zeitpunktes der Leistung ist ein notwendiger Bestandteil einer Rechnung. Fehlt dieser, so wird der Vorsteuerabzug versagt. Diese Regelung gibt es schon seit ewigen Zeiten im UStG. Trotzdem herrscht noch immer die weit verbreitete Auffassung, dass auf eine separate Angabe des Leistungszeitpunktes verzichtet werden könnte, wenn das Rechnungsdatum dem Leistungszeitpunkt entspricht bzw. ein Lieferschein vorliegt. Ein aktuelles Urteil des BFH dürfte diesem Irrglauben nun ein Ende bereiten.

#### Fall

Strittig war der Vorsteuerabzug aus der Rechnung für eine Lieferung. Die Rechnung enthielt das Auftrags- und das Ausstellungsdatum. Eine Angabe des Lieferdatums fehlte, ebenso ein Hinweis auf den Lieferschein. Diesen reichte der Kläger später nach. Die Angaben im Lieferschein stimmten mit denen auf der Rechnung überein. Zusätzlich war das Ausstellungsdatum des Lieferscheins angegeben. Ein Hinweis auf den Leistungszeitpunkt fehlte auch hier. Der Kläger vertrat die Auffassung, dass die separate Angabe des Leistungszeitpunktes überflüssig sei, wenn dieses Datum mit dem Datum der Ausstellung der Rechnung bzw. dem des Lieferscheins übereinstimmt.

#### Neues Urteil

Der BFH folgt der Auffassung des Klägers nicht und versagt den Vorsteuerabzug.

#### Konsequenz

Jetzt sollte es endgültig klar sein: Um den Vorsteuerabzug zu erhalten, müssen Rechnungen eine separate Angabe des Leistungszeitpunktes enthalten. Eine Ausnahme gilt nur unter bestimmten Voraussetzungen für Voraus- bzw. Anzahlungsrechnungen, da hier das Leistungsdatum regelmäßig noch nicht bekannt ist. Enthält lediglich der Lieferschein das Lieferdatum, so muss auf diesen in der Rechnung hingewiesen werden. Die Finanzverwaltung lässt es allerdings zu, dass anstelle des Lieferdatums der Verweis erfolgt "das Leistungsdatum entspricht dem Rechnungsdatum". Dies gilt natürlich nur für die Fälle, in denen diese Aussage auch zutrifft.

## 5. AGG-Hopping

### Kernfrage/Rechtslage

Nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz muss bereits die Stellenausschreibung diskriminierungsfrei erfolgen. Enthält die Stellenausschreibung eine Diskriminierung, erfolgt eine Bewerbung in ernsthafter Absicht und ist der Bewerber objektiv für die Stelle geeignet, steht einem abgelehnten unter die Diskriminierung fallenden Bewerber ein verschuldensunabhängiger Entschädigungsanspruch gegen den ausschreibenden Arbeitgeber zu. Seit in Kraft treten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes befürchtete man, dass diese Regelung zu Missbräuchen verleitet, sich nur auf diskriminierende Anzeigen zu bewerben, um den Entschädigungsanspruch geltend machen zu können. Das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein hatte nunmehr darüber zu befinden, ob alleine die hohe Anzahl von solchen Entschädigungsklagen geeignet ist, den Entschädigungsanspruch zu vereiteln.

### Entscheidung

Geklagt hatte ein 42-jähriger Bewerber, der sich auf eine Stelle beworben hatte, in der "jüngere/-r Buchhalter/-in mit mehrjähriger Berufserfahrung" gesucht wurde. Der Kläger selber war Kaufmann. Nachdem der Arbeitgeber die Stelle mit einer 25-jährigen Bewerberin besetzt hatte, klagte der Bewerber auf die Entschädigung nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz. Der Arbeitgeber konnte in Erfahrung bringen, dass der Kläger neben dieser Klage noch in mindestens 36 weiteren Fällen Entschädigungsklage erhoben und hierzu regelmäßig standardisierte Schreiben verwendet hatte. Das Gericht wies die Klage des Klägers insbesondere deshalb ab, weil der Kläger aufgrund seiner Ausbildung nicht die objektive Eignung für eine Buchhaltungsstelle erfüllte. Außerdem hatte das Gericht erhebliche Zweifel an der Ernsthaftigkeit der Bewerbung. Im Kern führte das Gericht aber aus, dass alleine die Anzahl der anhängigen Entschädigungsklagen nicht zum Ausschluss bzw. Wegfall des Entschädigungsanspruches führe.

### Konsequenz

Die Entscheidung zeigt, dass dem Entschädigungsanspruch des Bewerbers Beachtung geschenkt werden muss. Insbesondere das Nichtvorliegen einer ernsthaften Bewerbung kann vom Arbeitgeber nicht durch Indizien bewiesen werden. Vielmehr müssen konkrete Tatsachen bestehen, die eine Ernsthaftigkeit wegfallen lassen.

## 6. Kassierer: Fristlose Kündigung bei Unterschlagung kleinster Beträge

### Kernfrage/Rechtslage

Ungeachtet der Tatsache, dass Kündigungen und insbesondere fristlose Kündigungen das letzte arbeitsrechtliche Mittel sein müssen, die erst dann wirksam werden können, wenn eine Abwägung aller Umstände die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar erscheinen lassen, verhält es sich so, dass bereits kleinste Straftaten zu Lasten des Arbeitgebers eine fristlose Kündigung rechtfertigen. Eine Geringfügigkeitsgrenze gibt es in diesem Zusammenhang nicht. Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hat in einer jüngeren Entscheidung nochmals zur Geringfügigkeit geurteilt.

### Entscheidung

Eine 50-jährige Kassiererin, Mutter dreier Kinder, war seit über 30 Jahren beim Arbeitgeber beschäftigt. Als eine Kollegin dem Arbeitgeber anzeigte, dass die Kassiererin zwei ihr nicht gehörende Leergutbons im Wert von 1,30 EUR aus dem Kassenbüro entnommen habe, kündigte der Arbeitgeber fristlos. Gegen die Kündigung wandte die Klägerin ein, sie habe keine Unterschlagung begangen. Die Kündigung stehe damit im Zusammenhang, dass sie als Gewerkschaftsmitglied einen Streik organisiert habe. Außerdem müsse sie bei der vorliegenden Verdachtskündigung nicht ihre Unschuld beweisen. Das Gericht wies ihre Klage ab. Zum einen hätten ausreichende objektive Tatsachen für eine Verdachtskündigung vorgelegen. Die Voraussetzungen einer Verdachtskündigung habe der Arbeitgeber auch nachgewiesen. Das Prinzip der Unschuldsvermutung gelte im Arbeitsrecht nicht. Entscheidend sei, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar sei. Im Übrigen sei durch die Zeugin die Entnahme der Leerbons erwiesen. Dass sich der Unterschlagungsvorwurf nur auf einen Betrag von 1,30 EUR richte, sei irrelevant. Soziale Erwägungen müssten zurückstehen, weil sich der Arbeitgeber auf die Ehrlichkeit seiner Kassierer unbedingt verlassen können müsse. Dieses Vertrauen habe die Arbeitnehmerin irreparabel zerstört.

### Konsequenz

Die Entscheidung unterstreicht die bisherige Rechtsprechung, dass eine Geringfügigkeitsgrenze bei Straftaten zu Lasten des Arbeitgebers nicht existiert. Der Anwalt der Klägerin hat angekündigt, die Entscheidung möglicherweise auch verfassungsrechtlich überprüfen zu lassen.

## 7. Einzelhandel: 5,20 EUR Stundenlohn ist sittenwidrig

### Kernfrage/Rechtslage

In vielen Branchen werden insbesondere im Bereich geringfügiger Beschäftigungsverhältnisse (400 EUR-Job) geringere Löhne gezahlt als in "normalen" Arbeitsverhältnissen. Dabei gilt, dass geringfügig Beschäftigte arbeitsrechtlich als Arbeitnehmer in Teilzeit-Arbeitsverhältnissen gelten, die nicht anders zu behandeln sind als "normale" Arbeitnehmer. Im Übrigen gilt mit Rücksicht auf die Sittenwidrigkeit von Lohnabsprachen, dass Löhne, die ein Drittel unter einem Tarifvertragslohn oder einem Vergleichslohn liegen, in der Regel sittenwidrig sind. Das Landesarbeitsgericht Hamm hatte nunmehr über die Sittenwidrigkeit eines Stundenlohns von 5,20 EUR brutto zu entscheiden, die ein Textildiscounter seinen geringfügig Beschäftigten zahlte.

### Entscheidung

Der Textildiscounter KiK hatte seinen geringfügig Beschäftigten einen pauschalen Stundenlohn von 5,20 EUR brutto gezahlt, in dem anteiliges Urlaubs- und Weihnachtsgeld sowie Entgeltfortzahlungen enthalten waren. Dabei entsprach die Tätigkeit der geringfügig Beschäftigten im Wesentlichen der von klassischen Verkäuferinnen. Mit ihrer Klage machten zwei Klägerinnen rückwirkend Lohnansprüche für drei Jahre geltend, und zwar mindestens in Höhe von zwei Dritteln des tariflichen Stundenlohns von 12,00 EUR. Das Landesarbeitsgericht Hamm gab den Klägerinnen recht. Nach Feststellung eines krassen Missverhältnisses zwischen Lohn und geleisteter Tätigkeit stellte das Gericht fest, dass der Tariflohn, obwohl der Tarifvertrag, auf den sich die Klägerinnen stützten, nicht mehr in Kraft war, als Vergleichslohn herangezogen werden könne, weil er die branchenübliche Vergütung weiterhin bestimme. Selbst wenn die Klägerinnen nur als "Aushilfen" tätig geworden seien, sei der übliche Lohn noch um rd. 60 % unterschritten. Da keine Verjährung eingetreten sei und der Straftatbestand des Lohnwuchers vorliege, bestünden keine Zweifel daran, dass der angemessene Lohn bei zwei Dritteln des Tariflohns, nämlich 8,00 EUR, anzusiedeln sei.

### Konsequenz

Wie eindeutig das Gericht die Rechtslage sah, zeigt sich daran, dass die Revision nicht zugelassen wurde. Die Entscheidung macht außerdem die wirtschaftliche Reichweite unangemessener Lohnzahlungen deutlich. Das Nachzahlungsverlangen ist nämlich gerichtet auf die gesamte noch nicht verjährte Zeit.

## 8. Abschreibung auf Darlehensforderung bis 2007 steuerlich zulässig

### Kernproblem

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

### Rechtslage bis 2007

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

### Rechtslage ab 2008

Ab 2008 sind Gewinnminderungen im Zusammenhang mit bestimmten Darlehensforderungen gesetzlich vom Abzug ausgeschlossen. Dies gilt, wenn der Darlehensgeber gleichzeitig Gesellschafter mit einer Beteiligung von mehr als 25 % oder eine diesem nahestehende Person ist. Eine Ausnahme gilt nur, wenn nachgewiesen werden

kann, dass auch ein fremder Dritter zu gleichen Konditionen das Darlehen gewährt hätte. Dieser Drittvergleich dürfte jedoch in der Praxis kaum zu beweisen sein.

#### **Konsequenz**

Die jüngste Entscheidung des BFH ist zu begrüßen und schafft Rechtssicherheit für die Jahre bis einschließlich 2007. Bislang nicht entschieden ist hingegen die Auswirkung auf die Fälle, in denen der Darlehensgeber eine natürliche Person ist und die Forderung im Betriebsvermögen hält. Für diese Fälle wurde keine Regelung zur hälftigen bzw. teilweisen Abzugsbeschränkung eingeführt. Der Gesetzgeber hielt eine solche Regelung offenbar nicht für notwendig. Eine Auffassung, die nach dem BFH-Urteil durchaus angezweifelt werden darf.

### **9. Anspruch auf Urlaubsabgeltung auch bei Dauererkrankung**

#### **Kernfrage/Rechtsslage**

Nach bisheriger deutscher Rechtsprechung verhielt es sich so, dass der Urlaubsabgeltungsanspruch erlosch, wenn der Arbeitnehmer aufgrund krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Zeitraums, in den der Urlaub in das nächste Kalenderjahr übertragen werden konnte (= 31.3. des Folgejahres), nicht erfüllt werden konnte. Der Europäische Gerichtshof hat am 20.1.2009 in einer Vorlagefrage des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf aber entschieden, dass es gegen Gemeinschaftsrecht verstoße, wenn Arbeitnehmer, die wegen lang anhaltender Erkrankung ihren Urlaub nicht in Anspruch nehmen können, hierfür keine finanzielle Kompensation erhalten. Das Bundesarbeitsgericht hat in Ansehung dieser europäischen Rechtsprechung nunmehr seine bisherige Rechtsprechung zur Urlaubsabgeltung aufgegeben.

#### **Entscheidung**

Der Grundsatzentscheidung des Bundesarbeitsgerichts lag der Fall einer Erzieherin zugrunde, die nach einem Schlaganfall bis zur Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses rd. 20 Monate arbeitsunfähig war und für die beiden betroffenen Kalenderjahre, in denen sie ihren Urlaub krankheitsbedingt nicht in Anspruch nehmen konnte, Abgeltung verlangte. Ausgehend von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs entschied das Bundesarbeitsgericht, dass Ansprüche auf Abgeltung des gesetzlichen Teil- oder Vollurlaubs nicht erlöschen, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des Übertragungs-

zeitraums erkrankt und deshalb arbeitsunfähig ist. Das Bundesarbeitsgericht sah wegen der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs außerdem keinen Raum für einen Vertrauensschutz des Arbeitgebers, sodass die Abgeltung jedenfalls für die am 20.1.2009 noch nicht verfallenen Urlaubsansprüche erfolgen musste. Allerdings schränkt das Bundesarbeitsgericht die Abgeltung auf den gesetzlichen Mindesturlaubsanspruch (= 24 Werktagen bei Vollzeit) ein und weitet sie - bislang - nicht auf arbeits- oder tarifvertraglichen Mehrurlaub aus.

#### **Konsequenz**

Die Entscheidung ist eine Grundsatzentscheidung. Kann Urlaub wegen Krankheit nicht genommen bzw. gewährt werden, ist er in Höhe des gesetzlichen Urlaubsanspruchs abzugelten.

### **10. "Schachtelstrafe" verstößt gegen Kapitalverkehrsfreiheit**

#### **Kernproblem**

Dividenden, die eine Kapitalgesellschaft von einer anderen Kapitalgesellschaft erhält (sog. Schachteldividenden), sind bei der empfangenen Gesellschaft grundsätzlich steuerfrei. Bis einschließlich 2003 fingierte der Gesetzgeber jedoch bei Auslandsdividenden 5 % der Dividenden als nicht abzugsfähige Betriebsausgaben, so dass im Ergebnis lediglich 95 % der Ausschüttung steuerfrei vereinnahmt werden konnten.

#### **Sachverhalt**

Eine deutsche GmbH hielt diverse Beteiligungen an ausländischen Kapitalgesellschaften, die ihren Sitz teilweise in EU-Staaten und teilweise in Drittstaaten (USA, Taiwan) hatten. In den Jahren 2001 und 2002 erhielt die GmbH aus den Auslandsgesellschaften hohe Ausschüttungen (jeweils über 4 Mio. EUR), denen nur in sehr geringem Umfang tatsächliche Beteiligungsaufwendungen gegenüberstanden. Das Finanzamt behandelte dagegen 5 % der Ausschüttungen (also jeweils über 200 TEUR) als nicht abzugsfähige Betriebsausgaben.

#### **Entscheidung**

Der BFH hat erneut entschieden, dass die Pauschalierung der nicht abzugsfähigen Betriebsausgaben bei Auslandsdividenden einen Verstoß gegen die europarechtlichen Grundfreiheiten bedeutet. Denn bei Dividendenzahlungen von inländischen Kapitalgesellschaften wäre es in den Streitjahren zu einer solchen Pauschalierung nicht ge-

kommen. Neu an der jüngsten Entscheidung ist, dass die BFH-Richter hierin nicht nur einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit, sondern auch gegen die Kapitalverkehrsfreiheit erkannt haben. Diese Grundfreiheit gilt nicht nur gegenüber den EU-Mitgliedsstaaten, sondern auch gegenüber Drittstaaten. Im Streitfall durfte das Finanzamt somit auch für die Beteiligungserträge aus den USA und aus Taiwan keine pauschalierten nicht abzugsfähigen Betriebsausgaben ansetzen.

#### **Konsequenz**

Die vom BFH beanstandeten Verstöße gegen Europarecht hat der Gesetzgeber zwischenzeitlich beseitigt. Seit dem Jahr 2004 gilt die Hinzurechnung von 5 % der Dividenden (und evtl. Veräußerungsgewinne) gleichermaßen für Inlands- und Auslandsbeteiligungen. Allerdings bestehen Zweifel, ob die 5 %ige Hinzurechnung in den Fällen, in denen nachweislich tatsächlich geringere Beteiligungsaufwendungen vorliegen, verfassungskonform ist. Im Hinblick auf ein anhängiges Verfahren sollten entsprechende Veranlagungen daher offengehalten werden.

### **11. Beteiligungswechsel bei atypisch stiller Gesellschaft: Gewerbeverlust**

#### **Kernproblem**

Eine Personengesellschaft oder andere Mitunternehmerschaft im einkommensteuerlichen Sinne kann gewerbesteuerliche Verluste mit späteren Gewinnen verrechnen. Voraussetzung hierfür sind die Unternehmensidentität und die Unternehmeridentität zwischen verlusterleidender und verlustnutzender Gesellschaft. Die Unternehmeridentität kann durch Gesellschafterwechsel (ggf. anteilig) verloren gehen.

#### **Sachverhalt**

Alleiniger Gesellschafter einer im Jahr 1990 gegründeten GmbH war eine ausländische Kapitalgesellschaft (S. A.). Diese beteiligte sich zudem ab 1991 als atypisch stille Gesellschafterin an der GmbH und übernahm im Innenverhältnis die Anlaufverluste der GmbH. Bis zum 31.12.1992 waren Gewerbeverluste von rund 12,9 Mio. DM entstanden und festgestellt worden. Zum 31.8.1993 brachte die S. A. ihre GmbH-Anteile und die stille Beteiligung an der GmbH in eine GmbH & Co. KG ein, an der sie als Kommanditistin zu 100 % beteiligt war. Im Jahr 1993 erzielte die GmbH einen Gewerbeertrag von 400 TDM. Das Finanzamt versagte die Verrechnung mit den Verlustvorträgen der Vorjahre mangels Unternehmeridentität.

#### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof sieht im vorliegenden Fall die Unternehmeridentität als nicht gegeben an. Dabei stellt er - wie bei Personengesellschaften auch - ausschließlich auf die unmittelbaren Gesellschafter ab. Dass die S. A. auch nach der Einbringung - mittelbar über die GmbH & Co. KG - zu 100 % an der GmbH beteiligt war, hilft dabei nicht. Allerdings lässt der BFH für den Teil des Gewerbeertrags des Jahres 1993, der bis zum Ausscheiden der S. A. entstanden ist, noch die Verrechnung mit früheren Verlusten zu. Hierfür verlangt der BFH eine separate Ermittlung des bis zu diesem Zeitpunkt angefallenen Gewerbeertrags - letztlich also eine Zwischenbilanz auf den 31.8.1993.

#### **Konsequenz**

Das Urteil verdeutlicht einmal mehr die Flüchtigkeit steuerlicher Verlustvorträge. Selbst Anteilsübertragungen innerhalb eines Konzerns, bei denen sich die wirtschaftliche Zugehörigkeit der Anteile nicht verändert, können zum anteiligen oder vollständigen Wegfall von Verlustvorträgen führen. Dies gilt sowohl für Kapitalgesellschaften (§ 8c KStG) als auch für Personengesellschaften hinsichtlich des Gewerbeverlusts.

### **12. Wiedereinführung der "alten" Pendlerpauschale**

#### **Kernproblem**

Mit Urteil vom 9. Dezember 2008 hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass die zu Beginn des Jahres 2007 eingeführte Kürzung der Pendlerpauschale um die ersten 20 Kilometer verfassungswidrig ist. Dem Urteil folgend ließ die Finanzverwaltung die Abzugsfähigkeit von 0,30 Euro ab dem ersten Entfernungskilometer als Werbungskosten bzw. Betriebsausgaben rückwirkend zum 1. Januar 2007 wieder zu. Die entsprechenden Steuerveranlagungen wurden jedoch weiterhin vorläufig festgesetzt, weil die vom Bundesverfassungsgericht angeordnete Verpflichtung zur gesetzlichen Neuregelung bislang noch nicht erfolgt war.

#### **Wiedereinführung der Altregelung**

Am 3. April 2009 hat der Bundesrat nunmehr das "Gesetz zur Fortführung der Gesetzeslage 2006 bei der Entfernungspauschale" verabschiedet und damit im Ergebnis den Rechtsstand des Jahres 2006 vollständig wiederhergestellt. Kernelemente der gesetzlichen Regelung sind: 1. Abzugsfähigkeit der Aufwendungen für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte als Werbungskosten/Betriebsausgaben mit 0,30 Euro ab dem ersten Entfernungskilometer;

2. Abziehbarkeit der Aufwendungen für öffentliche Verkehrsmittel, soweit sie über dem Betrag liegen, der als Entfernungspauschale absetzbar ist, höchstens jedoch 4.500 Euro jährlich; 3. Berücksichtigung von Unfallkosten auf der Pendelstrecke als außergewöhnliche Aufwendungen zusätzlich zur Entfernungspauschale; sie gelten somit nicht mehr als durch die Entfernungspauschale abgedeckt.

#### **Konsequenz**

Soweit Berufspendler in ihren Steuererklärungen für 2007 und 2008 im Vertrauen auf die bisherige Gesetzeslage keine Angaben zu den Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte gemacht haben, z. B. weil die Pendelstrecke weniger als 20 Kilometer beträgt, oder Unfallkosten nicht angegeben haben, sollten sie dies unverzüglich dem Finanzamt mitteilen. Das Finanzamt veranlasst sodann von Amts wegen die Änderung der bisherigen Steuerfestsetzung.

### **13. BilMoG-HGB-Reform kommt Einführung**

Bereits seit einigen Jahren gibt es Bestrebungen, die Bilanzierungsvorschriften des Handelsgesetzbuchs zu reformieren und damit eine höhere Akzeptanz im internationalen Vergleich der Rechnungslegungssysteme zu erreichen. Seit dem ersten Referentenentwurf vom 8.11.2007 wurde das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) in der Fachwelt intensiv diskutiert. Mit der Zustimmung des Bundesrates am 3.4.2009 hat das Gesetz die letzte parlamentarische Hürde genommen und kann damit kurzfristig in Kraft treten.

Mit dem BilMoG erteilt der Gesetzgeber allen Vorschlägen, auch für nicht kapitalmarktorientierte Unternehmen eine Bilanzierung nach den International Financial Reporting Standards (IFRS) vorzuschreiben, eine klare Absage. Vielmehr soll das "kostengünstige und einfache HGB-Recht" als Grundlage für die Ausschüttungsbeurteilung und Besteuerung beibehalten und gleichzeitig durch eine Verbesserung der Aussagekraft für den Wettbewerb mit internationalen Rechnungslegungsstandards gestärkt werden.

#### **Deregulierung und Kostensenkung**

Ein Ziel des BilMoG besteht in der Deregulierung und Kostensenkung für kleine und mittelgroße Unternehmen. Diesem Zweck dienen insbesondere zwei Änderungen:

- Einzelkaufleute mit einem jährlichen Umsatz von bis zu 500.000 EUR und einem Gewinn von bis zu 50.000 EUR werden von der Verpflichtung zur Buchführung, Erstellung eines Inventars und Aufstellung eines Jahresabschlusses **befreit**.
- Die **Schwellenwerte** für die Klassifizierung als kleine, mittelgroße oder große Gesellschaften werden angehoben.

#### **Einzelne Änderungen**

Das BilMoG beinhaltet zahlreiche, teilweise grundlegende Änderungen der Ansatz-, Bewertungs- und Gliederungsvorschriften des Jahresabschlusses. Nachfolgend einige der wichtigsten Neuregelungen:

- Das Aktivierungsverbot für **selbst geschaffene immaterielle Vermögensgegenstände** des Anlagevermögens wird abgeschafft. Künftig besteht ein **Aktivierungswahlrecht für Entwicklungskosten**. Forschungskosten dürfen dagegen auch weiterhin nicht aktiviert werden. Dasselbe gilt für selbst geschaffene Marken, Drucktitel, Verlagsrechte und Kundenlisten sowie für den originären Geschäftswert.
- Ein entgeltlich erworbener **Geschäfts- oder Firmenwert** gilt als Vermögensgegenstand und muss somit aktiviert werden.
- **Aufwandsrückstellungen** dürfen in Zukunft nicht mehr gebildet werden (Ausnahme: unterlassene Instandhaltung, die in den ersten drei Monaten des folgenden Geschäftsjahres nachgeholt wird).
- Bestimmte **Abschreibungen** (z. B. bei nur vorübergehender Wertminderung, zum Ausgleich zukünftiger Wertschwankungen, aufgrund steuerlicher Vorschriften) sind in Zukunft nicht mehr zulässig. Es wird ein generelles Wertaufholungsgebot eingeführt.
- Eine Bilanzierungshilfe für Aufwendungen der Ingangsetzung und Erweiterung des Geschäftsbetriebs darf nicht mehr aktiviert werden.



- **Latente Steuern** werden in Zukunft nach dem bilanzorientierten Konzept ermittelt. Für die aktiven latenten Steuern bleibt es bei einem Ansatzwahlrecht, wobei auch die steuerlichen Verlustvorträge einzubeziehen sind, soweit eine Nutzung innerhalb der nächsten fünf Jahre zu erwarten ist.
- **Langfristige Rückstellungen** müssen unter Berücksichtigung der voraussichtlichen Preis- und Kostensteigerungen bewertet werden. Gleichzeitig sind derartige Rückstellungen abzuzinsen. Die Neuregelung ist insbesondere für Pensionsrückstellungen von Bedeutung. Soweit diese bisher in der Handelsbilanz nach den steuerlichen Vorschriften des § 6a EStG bewertet wurden, führt die Neuregelung zu einer Aufstockung der Rückstellungen, die allerdings über einen Zeitraum von bis zu 15 Jahren verteilt werden darf.
- Banken und ähnliche Finanzinstitute müssen **Finanzinstrumente**, die zu Handelszwecken erworben wurden, stets mit dem beizulegenden **Zeitwert** ansetzen. Hierdurch kann es zum Ausweis noch nicht realisierter Gewinne kommen, wenn der Zeitwert die Anschaffungskosten übersteigt. Für alle anderen Unternehmen bleibt es – entgegen dem Gesetzentwurf - bei den Anschaffungskosten als Wertobergrenze.
- Bei Sicherungsgeschäften werden Grundgeschäft und Sicherungsinstrument zu einer **Bewertungseinheit** zusammengefasst.
- In die Herstellungskosten sind neben den Einzelkosten auch zwingend die variablen **Gemeinkosten** einzubeziehen. Für fixe Gemeinkosten besteht ein Einbeziehungswahlrecht, soweit diese auf den Zeitraum der Herstellung entfallen.
- Vermögensgegenstände, die ausschließlich der Erfüllung von Altersversorgungsverpflichtungen dient, werden mit den entsprechenden Schulden **verrechnet**.
- Der Katalog der **Anhangangaben** wird deutlich erweitert.
- Auch für den **Konzernabschluss** ergeben sich zahlreiche Einzeländerungen. U. a. müssen sog. **Zweckgesellschaften** künftig in den Konzernabschluss einbezogen werden.

## Steuerliche Konsequenzen

- Die beschriebenen Veränderungen vollziehen sich weitgehend steuerneutral, da durch die speziellen bilanzsteuerlichen Regelungen Ansatz- und Bewertungswahlrechte schon bisher eingeschränkt wurden bzw. eigenständige steuerliche Vorschriften existieren.
- Im Zuge des BilMoG wird die sogenannte "umgekehrte Maßgeblichkeit" beseitigt. Die Inanspruchnahme von steuerlichen Sonderabschreibungen oder steuerfreien Rücklagen setzt in Zukunft nicht mehr eine entsprechende Wahlrechtsausübung in der Handelsbilanz voraus. Vielmehr werden diese Wahlrechte in Zukunft originär in der Steuerbilanz ausgeübt. Abweichungen zwischen Handels- und Steuerbilanz und damit latente Steuern werden hierdurch zunehmen.

## Zeitliche Anwendung und Übergangsregelungen

- Der Großteil der Änderungen ist erstmalig für nach dem 31.12.2009 beginnende Geschäftsjahre anzuwenden, bei kalendergleichem Geschäftsjahr also im Jahr 2010.
- Eine freiwillige Anwendung der Regelungen bereits im Jahr 2009 ist möglich, dann allerdings nur insgesamt.
- Einige Erleichterungen (z. B. Anhebung der Schwellenwerte) werden bereits für das Jahr 2008 wirksam.
- Bisherige Bilanzposten oder Abschreibungen, die nach neuem Recht nicht mehr zulässig wären, können wahlweise fortgeführt oder zugunsten der Gewinnrücklagen aufgelöst werden.
- Der Umstellungseffekt aus der erstmaligen Anwendung der BilMoG-Vorschriften ist als "außerordentliches Ergebnis" darzustellen.

## Konsequenz

- Die Regelungen des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes stellen die umfassendste Änderung für den Bilanzierenden seit dem Bilanzrichtliniengesetz im Jahr 1985 dar. Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens hat sich noch eine Reihe von Änderungen ergeben, die überwiegend auf Anregungen von Unternehmen und Verbänden zurückzuführen sind.

#### 14. Satzungsänderung bei Zahlungen an den ehrenamtlichen Vorstand

##### Einführung

Durch das Gesetz zur weiteren Förderung des bürgerschaftlichen Engagements ist ab 2007 die Ehrenamtszuschale eingeführt worden. Danach sind Einnahmen aus einer nebenberuflichen Tätigkeit für eine gemeinnützige Organisation bis zu 500 EUR pro Jahr steuerfrei. Ausgezahlt werden darf die Ehrenamtszuschale an Vereinsorgane grundsätzlich nur dann, wenn die Satzung eine entsprechende Möglichkeit zur Zahlung vorsieht. Dies ist bei einer rückwirkenden Gesetzesänderung schwierig, sodass das BMF insoweit eine Übergangsfrist geschaffen hat.

##### Übergangsfrist der Finanzverwaltung

Die Ehrenamtszuschale ist zwischen dem 10.10.2007 und dem 25.11.2008 an Vorstandsmitglieder ausbezahlt worden, obwohl die Satzung eine ehrenamtliche oder unentgeltliche Tätigkeit vorsieht. In diesen Fällen zieht die Finanzverwaltung keine negativen Konsequenzen für die Gemeinnützigkeit, wenn folgende zwei Voraussetzungen vorliegen: 1. Die Zahlungen waren nicht unangemessen hoch. 2. Bis zum 30.6.2009 wird eine Satzungsänderung beschlossen, die eine Bezahlung von Vorstandsmitgliedern vorsieht.

##### Konsequenz

Das BMF verlängert die Frist zur Änderung der Satzung vom 31.3.2009 auf den 30.6.2009. Eine Ruhepause wird damit jedoch nicht erreicht - vielmehr ist aufgrund der Ladungsfristen von Mitgliederversammlungen ein zeitnahes Handeln erforderlich, sofern entsprechende Zahlungen geleistet worden sind.

#### 15. EU-Markenschutz seit 1.5.2009 kostengünstiger und einfacher

##### Einführung

Als EU-Markenschutz wurde 1996 die Gemeinschaftsmarke eingeführt. Hierdurch kann mittels einer einzigen Anmeldung für eine Marke oder ein Firmenlogo in allen EU-Ländern Rechtsschutz erlangt werden.

##### Änderungsbeschluss

Statt wie bisher 1750 EUR für die Anmeldung und Eintragung einer Gemeinschaftsmarke fällt in Zukunft nur noch eine Anmeldegebühr von 1050 EUR an. Die Kosten für eine Online-Anmeldung reduzieren sich von derzeit insgesamt 1600 EUR auf eine Anmeldegebühr von 900 EUR. Durch den Wegfall der Eintragungsgebühr soll auch die Bearbeitungszeit für die Eintragung einer Gemeinschaftsmarke erheblich verkürzt werden.

#### 16. Offenlegungspflicht gilt auch für kleine Kapitalgesellschaften

##### Kernaussage

Die ordnungsgeldbewehrte Offenlegungspflicht ist im Hinblick auf die Haftungsbeschränkung der Kapitalgesellschaft insbesondere zum Gläubigerschutz und zur Gewährleistung der Markttransparenz angemessen. Das gilt auch für kleine Kapitalgesellschaften im Sinne des HGB, für die die offen zu legenden Jahresabschlussunterlagen beschränkt sind.

##### Sachverhalt

Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die Festsetzung eines Ordnungsgeldes von EUR 2.500 wegen Nichteinreichung der Jahresabschlussunterlagen für 2006 beim Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers. Gegen die Androhung hatte die Beschwerdeführerin bereits Einspruch eingelegt. Dieser wurde verworfen und das Ordnungsgeld festgesetzt. Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde blieb erfolglos.

##### Entscheidung

Die Beschwerde war unbegründet, denn die die Offenlegungspflicht normierenden Bestimmungen des HGB sind verfassungsgemäß. Aus den Gründen der Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz verstößt die ordnungsgeldbewehrte Offenlegungspflicht auch nicht gegen Europäisches Gemeinschaftsrecht. Die von der Beschwerdeführerin angeführten anderen Auskunfts- und Schutzmöglichkeiten (Kreditauskunft, Einsicht in Geschäftsunterlagen durch die finanzierende Bank, Unbedenklichkeitsbescheinigung der Finanzverwaltung oder der Berufsgenossenschaft, Eigentumsvorbehalte, dingliche Sicherheiten oder Bürgschaften) ersetzen die Offenlegung der Jahresabschlussunterlagen nicht. Deren generelle Offenlegung sieht der Gesetzgeber zum Gläubigerschutz und zur Gewährleistung der Markttransparenz auch betreffend kleine Kapitalgesellschaften als geeignet und erforderlich an. Dies ist nicht zu beanstanden.

##### Konsequenz

Da kein Zwang zum Betrieb eines Handelsgeschäfts in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft besteht und diese sich auf die ordnungsgeldbewehrte Offenlegungspflicht einrichten kann, ist diese verhältnismäßig. Rechtsstaatliche Bedenken sind unbegründet, denn das Rechtsmittel gegen die Festsetzung des Ordnungsgeldes hat aufschiebende Wirkung. Ein weiteres Rechtsmittel ist nicht erforderlich, weil der Zugang zum gesetzlichen Richter eröffnet ist.

## 17. **EuGH segnet Pflichtmitgliedschaft in Berufsgenossenschaft ab**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Das deutsche Sozialversicherungsrecht sieht eine Zwangsmitgliedschaft in den diversen Berufsgenossenschaften vor. Damit wird vor allen Dingen die gesetzlich normierte Unfallversicherung für Arbeitsunfälle sichergestellt. Der Europäische Gerichtshof hatte darüber zu entscheiden, ob dieses System der gesetzlichen Zwangsunfallversicherung europarechtskonform ist, wenn der Arbeitgeber den Versicherungsschutz auch auf dem freien Versicherungsmarkt - insbesondere zu günstigeren Konditionen - sicherstellen kann.

### **Entscheidung**

Gegen die Zwangsmitgliedschaft in der Berufsgenossenschaft hatte ein deutsches Unternehmen geklagt, dass den Versicherungsschutz bei einem dänischen Versicherungsunternehmen bei gleichem Leistungsumfang günstiger erhalten konnte. Der Europäische Gerichtshof hält das deutsche System für europarechtskonform. Zwar muss das anfragende deutsche Gericht noch Sachverhaltsfragen klären, allerdings hat der Europäische Gerichtshof bereits deutliche Weichen gestellt. Die Zwangsmitgliedschaft sei zulässig, wenn die Berufsgenossenschaften nach dem Grundsatz der Solidarität arbeiten und der staatlichen Aufsicht unterliegen. Dabei sei das Vorliegen einer staatlichen Aufsicht durch die Tätigkeit des Bundesversicherungsamtes bereits erfüllt. Darüber hinaus lägen auch für das Vorliegen einer solidarischen Tätigkeit hinreichende Anhaltspunkte vor.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes dürfte wegweisend sein. Das System der gesetzlichen Unfallversicherung in Deutschland ist damit wohl als europarechtskonform anzusehen, nachdem eine andere Entscheidung des nationalen Gerichts kaum mehr in Frage kommt.

## 18. **Kein Beweisverwertungsverbot bei zufällig mitgehörten Telefonaten**

### **Kernaussage**

Ermöglicht bei einem Telefongespräch einer der Gesprächspartner einer im Raum befindlichen weiteren Person zielgerichtet, das Gespräch heimlich mitzuhören, indem er den Raumlautsprecher des Telefons anstellt oder das Gerät vom Ohr weghält, verletzt er das Persönlichkeitsrecht des

Gesprächspartners. Diese Persönlichkeitsrechtsverletzung hat zur Folge, dass der heimlich Mithörende nicht als Zeuge zum Gesprächsinhalt des Telefonats vernommen werden darf. Dagegen besteht dann, wenn der Angerufene nichts dazu beigetragen hat, dass der Dritte das Gespräch mithören konnte, kein Beweisverwertungsverbot.

### **Sachverhalt**

Das beklagte Zeitarbeitsunternehmen hatte der Klägerin innerhalb der nach dem Kündigungsschutzgesetz vorgeschriebenen sechsmonatigen Wartezeit gekündigt. Im Zeitpunkt der Kündigung war die Klägerin arbeitsunfähig. Sie verlangte Weiterbeschäftigung und hielt die Kündigung für sittenwidrig. Sie machte geltend, unmittelbar vor der Kündigung von der Personaldisponentin der Beklagten angerufen worden zu sein. Diese habe ihr gesagt, sie solle trotz Arbeitsunfähigkeit kommen, anderenfalls müsse sie mit einer Kündigung rechnen. Die Beklagte hat die Äußerung bestritten. Für die Richtigkeit ihrer Behauptung hat sich die Klägerin auf eine Zeugin berufen, die das Gespräch zufällig ohne ihr Wissen mit angehört habe, weil das Handy aus Versehen auf maximale Lautstärke geschaltet war. Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht wiesen die Klage ab. Sie gingen von einem Beweisverwertungsverbot aus, so dass die Zeugin nicht vernommen wurde. Die Revision der Klägerin hatte Erfolg.

### **Entscheidung**

Die Sache wurde zur weiteren Aufklärung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Unter Zugrundelegung des Klägervortrags würde die Kündigung eine nach § 612 a BGB unzulässige Maßregelung darstellen. Das unterinstanzliche Gericht durfte von der Vernehmung der Zeugin nur dann absehen, wenn die Klägerin ihr zielgerichtet ermöglicht hatte, das Telefonat heimlich mitzuhören. Hierzu wurden aber bislang keine Feststellungen getroffen.

### **Konsequenz**

Ein Beweisverwertungsverbot scheidet aus, wenn der Angerufene den Dritten nicht zum Mithören veranlasst hat. Das Interesse des Angerufenen an der Durchsetzung seiner grundrechtlich geschützten Rechte im Gerichtsverfahren sowie das Interesse der Allgemeinheit an einer funktionsfähigen Rechtspflege überwiegen das Interesse des Anrufers am Schutz seines Persönlichkeitsrechts.

**19. Arbeitsunfähige Arbeitnehmer zur Rückgabe des Dienstwagens verpflichtet**  
**Kernfrage/Rechtslage**

Ein dem Arbeitnehmer überlassener Dienstwagen ist grundsätzlich Gehaltsbestandteil. Das bedeutet einerseits, dass der Arbeitnehmer berechtigt ist, den Dienstwagen so lange zu nutzen, wie das Arbeitsverhältnis besteht und der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbringt bzw. erbringen kann. Andererseits bedeutet dies auch, dass der Dienstwagen den allgemeinen gesetzlichen Regelungen über die Gehalts(fort)zahlung unterfällt, insbesondere also auch Gegenstand der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall ist. Das Arbeitsgericht Stuttgart hatte darüber zu entscheiden, ob der Dienstwagen zurückzugeben ist, wenn der Entgeltfortzahlungszeitraum abgelaufen ist und der Arbeitnehmer Krankengeld bezieht.

**Entscheidung**

Einem Arbeitnehmer war ein Dienstwagen gewährt worden. Nach sechsmonatiger Krankheit und Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums lief der Leasingvertrag aus. Der Arbeitgeber forderte die Rückgabe des Dienstwagens. Der Arbeitnehmer gab den Dienstwagen heraus, machte aber Schadensersatzansprüche in Höhe des Wertes der privaten Nutzung gerichtlich geltend. Das Arbeitsgericht Stuttgart wies die Klage allerdings ab. Arbeitsunfähige Arbeitnehmer haben nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums (= sechs Wochen) keinen Anspruch auf Weitergewährung der privaten Nutzung an einem Dienstwagen und sind daher ab diesem Zeitpunkt zur Rückgabe verpflichtet. Die private Nutzung gehört zum Arbeitsentgelt und endet somit bei Krankheit gleichzeitig mit dem Entgeltfortzahlungsanspruch. Das Arbeitsgericht Stuttgart hat die Berufung zugelassen. Die Entscheidung ist nicht rechtskräftig.

**Konsequenz**

Die Entscheidung überzeugt, weil sie den Entgeltcharakter eines Dienstwagens konsequent umsetzt. Allerdings erscheint es möglich, dass die Entscheidung, insbesondere aus Billigkeitserwägungen, die das Arbeitsgericht noch verworfen hat, in der Berufung gedreht wird. In jedem Fall bleibt es weiterhin erforderlich, arbeitsvertraglich die Fälle zu regeln, in denen der Arbeitnehmer zur Herausgabe des Dienstwagens verpflichtet ist.

**20. Verfassungsbeschwerde gegen Grundsteuer erfolglos**

**Einführung**

In den letzten Jahren wurde immer wieder die Verfassungsmäßigkeit der Grundsteuer diskutiert. Alle hiergegen gerichteten Verfahren blieben bisher erfolglos.

**Neuer Beschluss**

Das BVerfG hat nun noch einmal bestätigt, dass der Erhebung der Grundsteuer keine verfassungsrechtlichen Bedenken entgegenstehen. Die Klage der Eltern einer fünfköpfigen Familie wurde aus diesem Grunde erst gar nicht zur Entscheidung angenommen. Die Kläger sahen eine verfassungswidrige Benachteiligung, da sie ohne Berücksichtigung ihrer Leistungsfähigkeit im gleichen Umfang zur Grundsteuer wie kinderlose Personen herangezogen würden.

**Konsequenz**

Klagen gegen die Erhebung der Grundsteuer an sich versprechen keinen Erfolg. Ob das System der Grundstücksbewertung hingegen der Verfassung entspricht, ließ das BVerfG offen.

**21. Zum Vorsteuerabzug bei gemischt genutzten Gebäuden**

**Einführung**

Immobilien, die sowohl privat als auch unternehmerisch genutzt werden, können komplett dem Unternehmensvermögen zugeordnet werden. Hierdurch kann zunächst der volle Vorsteuerabzug aus den Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten geltend gemacht werden. Die private Nutzung wird im Gegenzug der Umsatzsteuer unterworfen. Im Regelfall ergeben sich durch diese Gestaltung (Seeling-Modell) Liquiditätsvorteile.

**Rechtslage**

Nach der jüngsten Rechtsprechung des BFH findet das Seeling-Modell nur Anwendung, wenn die unternehmerische Nutzung zum Vorsteuerabzug berechtigt. Die teilweise private Nutzung allein ermöglicht den Vorsteuerabzug hingegen nicht. Unternehmer, die nur steuerfreie Umsätze erzielen (z. B. Ärzte), können daher nicht von dem Modell profitieren. Die Rechtsprechung des BFH betraf allerdings nur die Rechtslage bis zum 31.3.1999.

**Neues Urteil**

Der BFH hat nun bestätigt, dass die genannten Grundsätze auch für die Zeit ab dem 1.4.1999 gelten.

**Konsequenz**

Wer das Seeling-Modell nutzen will, muss Umsätze erzielen, die den Vorsteuerabzug zulassen. Dies bedeutet jedoch insbesondere für Heilberufler (Ärzte etc.) mit Praxis im eigenen Haus nicht, dass sie das Seeling-Modell grundsätzlich nicht einsetzen

können. Zwar erbringen Heilberufler regelmäßig steuerfreie Leistungen, aber eben nicht immer. So sind vielfach Gutachten nicht steuerbefreit. Wird nun insoweit auf die Anwendung der Kleinunternehmerregelung verzichtet, ist der Weg ins Seeling-Modell frei.

Mit freundlichen Grüßen