

## Ihre Mandanteninformationen 1. Quartal 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

1. EuGH muss über die Zulässigkeit wiederholter Vertretungsbefristung entscheiden
2. Wer trägt die Beweislast für die positive Fortführungsprognose einer GmbH?
3. Einziehung von Geschäftsanteilen nur bei Übereinstimmung der Nennbeträge mit Stammkapital
4. Werbungskosten von Lehrern: Kriterien für Bücher als Arbeitsmittel
5. Wohnungsdurchsuchung aufgrund einer "Steuer-CD" verfassungsgemäß
6. Wahlrechte in der Umsatzsteuer sind fristgebunden
7. Istbesteuerung steht für viele Freiberufler vor dem Aus
8. 3-Objekt-Grenze und Nachhaltigkeit bei nur einem Vertrag
9. Bezugnahme auf Tarifvertrag bei Branchenwechsel nach Betriebsübergang
10. Rückstellung für Kosten einer Betriebsprüfung bei Großbetrieben
11. Darf ein Arbeitgeber das Aussehen der Mitarbeiter bestimmen?
12. Anzahlungen: Korrektur der Umsatzsteuer erfordert Rückzahlung
13. Keine Aussetzung der Vollziehung von Erbschaftsteuerbescheiden
14. Revision des Doppelbesteuerungsabkommens Schweiz
15. Verfassungsbeschwerden von Erblässern gegen ErbSt-Reform-Regelungen
16. Freiberufler-GmbH & Co. KG ist gewerbesteuerpflichtig
17. Zur Steuerfreiheit von Zuwendungen unter Lebenden bzgl. Familienheim
18. Insolvenzrecht: Fortsetzung einer GmbH nach Schlussverteilung nicht möglich
19. Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen
20. EU-Kommission: Sanierungsklausel ist europarechtswidrig
21. Gewerbesteuerpflicht für Insolvenzanwälte fällt
22. Weniger Urlaub für jüngere Arbeitnehmer ist diskriminierend
23. ebay-Verkäufern droht die Umsatzsteuer
24. BMF zur Umkehr der Steuerschuldnerschaft ab 2011
25. Rückzahlung von Weiterbildungskosten
26. Keine Eigenbedarfskündigung durch Personenhandelsgesellschaft
27. Abschaffung der Arbeitslosenhilfe ist verfassungsgemäß

## 1. **EuGH muss über die Zulässigkeit wiederholter Vertretungsbefristung entscheiden**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Das Teilzeit- und Befristungsgesetz erlaubt die Befristung eines Arbeitsverhältnisses aus sachlichem Grund unter anderem dann, wenn der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird. Bisher kann sich ein Arbeitgeber auf diesen Sachgrund auch berufen, wenn bei ihm ständig Arbeitskräfte ausfallen und der Vertretungsbedarf statt durch jeweils befristet eingestellte, ebenso durch unbefristet beschäftigte Arbeitnehmer abgedeckt werden könnte. Nunmehr hat das Bundesarbeitsgericht diese Praxis dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) zur Überprüfung vorgelegt.

### **Sachverhalt**

Die Klägerin wendete sich gegen die Befristung ihres Arbeitsverhältnisses. Sie war beim Beklagten aufgrund von insgesamt 13 befristeten Arbeitsverträgen von 1996 bis 2007 angestellt. Die befristete Beschäftigung diente jeweils der Vertretung von anderen Arbeitnehmern. Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts sprach vieles dafür, dass bei Abschluss des letzten geschlossenen, befristeten Vertrags ein ständiger Vertretungsbedarf vorhanden war. Aufgrund europäischer Regelungen zu befristeten Arbeitsverträgen sind die EU-Mitgliedstaaten verpflichtet, Maßnahmen zu ergreifen, um einen Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge zu vermeiden.

### **Entscheidung**

Vor diesem Hintergrund hat das Bundesarbeitsgericht den Europäischen Gerichtshof angerufen. Es soll geklärt werden, ob es mit dem Europarecht vereinbar ist, die wiederholte Befristung eines Arbeitsvertrags auch dann auf den nationalen Sachgrund der Vertretung zu stützen, wenn bei dem Arbeitgeber ein ständiger Vertretungsbedarf besteht, der durch unbefristete Einstellungen befriedigt werden könnte.

### **Konsequenz**

Mit der Vorlage an den EuGH kreiert das Bundesarbeitsgericht die Figur des ständigen Vertretungsbedarfs. Liegt ein solcher vor, droht bei entsprechender Entscheidung durch den EuGH zukünftig, dass festangestellte Mitarbeiter diesen ständigen Vertretungsbedarf decken müssen. Insbesondere bei größeren Unternehmen wird dann die Sachgrundbefristung der Vertretung anderer Arbeitnehmer nur noch im Einzelfall zulässig sein.

## 2. **Wer trägt die Beweislast für die positive Fortführungsprognose einer GmbH?**

### **Kernaussage**

Nach den Bestimmungen des GmbH-Gesetzes sind die Geschäftsführer einer GmbH dieser zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden (§ 64 GmbHG). Ein Insolvenzverwalter, der gegen einen Geschäftsführer einen solchen Ersatzanspruch geltend macht und sich dabei auf eine Überschuldung der GmbH beruft, muss lediglich deren rechnerische Überschuldung anhand von Liquidationswerten darlegen.

### **Sachverhalt**

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen einer Fleischgroßhandel GmbH; der Beklagte ist Alleingesellschafter und alleiniger Geschäftsführer der Schuldnerin. Der Kläger begehrt vom Beklagten Ersatz für Zahlungen in Gesamthöhe von rd. 118.000 EUR, die dieser in den letzten 3 Monaten vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, d. h. von Juli bis September des Streitjahres 2007, vom Konto der Schuldnerin geleistet hat. Zwischen den Parteien ist streitig, ob die GmbH ab dem 1.7.2007 überschuldet war, dabei sind diverse Aktivpositionen der Schuldnerin umstritten. Das Landgericht gab der Klage statt, das OLG wies sie ab. Schließlich obsiegte der Kläger vor dem BGH.

### **Entscheidung**

Nach den Regelungen der Insolvenzordnung liegt eine Überschuldung vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Bei der Vermögensbewertung ist die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist. Im Haftungsprozess wegen verbotener Auszahlungen hat die Geschäftsleitung die Umstände darzulegen und notfalls zu beweisen, aus denen sich eine günstige Prognose für den fraglichen Zeitraum ergibt. Das klageabweisende Oberlandesgericht hatte hier verkannt, dass nicht der Kläger für das Fehlen einer günstigen Fortführungsprognose darlegungspflichtig ist. Umgekehrt war nämlich der beklagte Geschäftsführer beweispflichtig für das Vorliegen einer positiven Fortführungsprognose. Diesen Beweis war der Beklagte schuldig geblieben; seinem Vorbringen war nicht zu entnehmen, dass er subjektiv den Willen zur Unternehmensfortführung der GmbH hatte und objektiv einen Ertrags- und Finanzplan mit einem schlüssigen und realisierbaren Konzept für einen angemessenen Prognosezeitraum aufgestellt hatte.

### **Konsequenz**

Die Darlegungs- und Beweislast für eine positive Fortführungsprognose - mit der Folge einer Bewertung des Vermögens zu Fortführungswerten - obliegt im Falle der Geltendmachung von Ersatzansprüchen wegen unzulässiger Auszahlungen im Zeitpunkt der Überschuldung einer GmbH dem Geschäftsführer.

## **3. Einziehung von Geschäftsanteilen nur bei Übereinstimmung der Nennbeträge mit Stammkapital**

### **Kernaussage**

Bei der Einziehung eines Geschäftsanteils wird dieser vernichtet, d. h. der Anteil geht unter. Wird die Einziehung nicht entweder mit einer Kapitalherabsetzung oder einer nominellen Aufstockung der verbleibenden Anteile oder der Neubildung eines Geschäftsanteils verbunden, fallen die Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile und die Ziffer des Stammkapitals auseinander. Nach der Novelle des GmbH-Gesetzes ist dies unzulässig. Das Landgericht Essen entschied nun, dass der Beschluss über die Einziehung eines GmbH-Geschäftsanteils nichtig ist, wenn er nicht zeitgleich mit einer gesellschaftsrechtlichen Regelung verbunden ist, die gewährleistet, dass die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile weiterhin mit dem Stammkapital übereinstimmt (§ 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG).

### **Sachverhalt**

Der Kläger ist an der beklagten GmbH mit einem Geschäftsanteil von 30.000 EUR und seine Mutter mit einem Anteil von 70.000 EUR beteiligt. Aufgrund zerrütteter Familienverhältnisse wurde in einer Gesellschafterversammlung gegen die Stimme des Klägers die Einziehung seines Geschäftsanteils aus wichtigem Grund beschlossen. Im einstweiligen Verfügungsverfahren macht der Kläger die Unwirksamkeit des Einziehungsbeschlusses geltend.

### **Entscheidung**

Das Landgericht gab dem Kläger Recht. Der Einziehungsbeschluss beschränkte sich lediglich auf die Einziehung des Anteils, ohne einen neuen Anteil zu bilden, was gegen die in 2008 novellierten Bestimmungen des GmbH-Gesetzes verstieß. Danach muss die Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile mit dem Stammkapital übereinstimmen. Mit der Einziehung des Geschäftsanteils wird dieser vernichtet, während das Stammkapital seiner Höhe nach unverändert bleibt. Diese Diskrepanz wurde vor der Gesetzesnovelle durch das MoMiG ohne Bedenken hingenommen, da die gesetzlichen Altregelungen das Konvergenzgebot nur für die Gründung der Gesellschaft gefordert hatten. Das überarbeitete GmbH-Gesetz schreibt diese Konvergenz nun auch für den weiteren Verlauf der GmbH vor. Daher ist mit jedem Einziehungsbeschluss zugleich über eine Kapitalherabsetzung, eine Aufstockung der Nennwerte der übrigen Geschäftsanteile oder eine Neubildung des eingezogenen Geschäftsanteils zu entscheiden. Diese Beschlussfassung ist Wirksamkeitsvoraussetzung für den Einziehungsbeschluss, so dass ein Verstoß dessen Nichtigkeit (§ 134 BGB) nach sich zieht.

### **Konsequenz**

Bis zur höchstrichterlichen Klärung dieser Rechtsfrage ist diese Entscheidung unbedingt zu beachten. Einziehungsbeschlüsse müssen folglich mit einer der oben genannten Handlungsalternativen verbunden werden. Das Verfahren kann bereits in der Satzung näher geregelt werden, wobei eine Kapitalherabsetzung in der Regel nicht praktikabel sein dürfte.

## **4. Werbungskosten von Lehrern: Kriterien für Bücher als Arbeitsmittel**

### **Kernproblem**

Streitigkeiten im Zusammenhang mit Werbungskosten von Lehrern neigen immer wieder dazu, ans Licht der Öffentlichkeit zu geraten. So war es beim Abzug des Arbeitszimmers zum späteren Vorteil aller Steuerpflichtigen und im nachfolgend geschilderten Fall, der zwar banal klingt, aber auch Nutzen für andere Berufsgruppen bringt.

### **Sachverhalt**

Der Lehrer einer Realschule machte in seiner Einkommensteuererklärung zunächst erfolglos Aufwendungen für 37 Bücher und 4 Zeitschriften-Abos geltend. Im Einspruchsverfahren ließ das Finanzamt pauschal 50 % der Ausgaben als Werbungskosten zu. Das reichte dem Lehrer nicht und er zog vors Finanzgericht, das jedoch die Klage abwies. Die Richter verlangten für jedes einzelne Buch eine Konkretisierung des beruflichen Zusammenhangs, insbesondere die Angabe, inwieweit das jeweilige Schriftstück Eingang in den Unterricht gefunden habe. Zudem erfolgte der übliche Verweis auf die private Mitveranlassung.

### **Entscheidung**

Der BFH hat die Sache an das Finanzgericht zurückverwiesen, denn das habe allein auf die Verwendung der Literatur im Unterricht abgestellt und damit den beruflichen Veranlassungszusammenhang unzulässig eingeengt. Den Werbungskostenabzug eines Pädagogen könne auch die Verwendung zur Unterrichtsvor- und -nachbereitung oder die Anschaffung für eine nicht abgehaltene Unterrichtseinheit begründen. Ein daneben bestehendes außerschulisches Interesse des Lehrers stehe dann der steuerlichen Berücksichtigung nicht entgegen.

### **Konsequenz**

Die Umsetzung der vom BFH geforderten Bestimmung der Verwendungsanteile wird sich im Streitfall als sehr aufwändig erweisen. Für jedes einzelne Buch ist zu untersuchen, ob es sich um einen Gegenstand der Lebensführung, um ein Arbeitsmittel oder um einen gemischt genutzten Gegenstand handelt. Der Tenor der Entscheidung sollte jedoch in anderen Streitfällen genutzt werden, um dem pauschalen Hinweis des Finanzamts auf eine private Veranlassung zu begegnen.

## **5. Wohnungsdurchsuchung aufgrund einer "Steuer-CD" verfassungsgemäß**

### **Kernaussage**

Der für eine Wohnungsdurchsuchung erforderliche Anfangsverdacht kann ohne Verfassungsverstoß auf Daten gestützt werden, die ein Informant aus Liechtenstein auf einer CD an die Bundesrepublik Deutschland verkauft hat.

### **Sachverhalt**

Gegen die Beschwerdeführer wird wegen des Verdachts der Einkommensteuerhinterziehung ermittelt. Der Anfangsverdacht wurde auf Daten gestützt, die die Bundesrepublik Deutschland von einer Privatperson aus Liechtenstein erworben hatte. Das Amtsgericht ordnete daraufhin die Durchsuchung der Wohnung an. Gegen diesen Beschluss wandten sich die Beschwerdeführer mit der Begründung, dass die der Durchsuchung zugrundeliegenden Erkenntnisse unverwertbar seien. Die Erhebung der Daten verstoße gegen Völkerrecht und deren Verwendung gegen innerstaatliches Recht. Die Entgegennahme der Daten sei rechtswidrig und strafbar gewesen. Auf Antrag gewährte die Staatsanwaltschaft Akteneinsicht in die Ermittlungsakte. Im Übrigen wurde eine Akteneinsicht über die Gewinnung, den Weg und den Inhalt der Daten nicht gewährt. Das Landgericht verwarf die Beschwerde als unbegründet. Mit der Verfassungsbeschwerde verfolgen die Beschwerdeführer ihr Begehren weiter.

## **Entscheidung**

Das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen. Für die Annahme eines Beweisverwertungsverbots stellt sich nur die Frage, inwieweit die Beweise in dem jeweiligen Verfahren unmittelbar rechtswidrig erlangt worden sind. Eine Fernwirkung auch für andere Strafverfahren folgt daraus grundsätzlich nicht. Diese kann nur bei Verletzung der absoluten Kernbereiche privater Lebensgestaltung begründet sein. Vorliegend waren lediglich geschäftliche Kontakte der Beschwerdeführer mit Kreditinstituten betroffen. Ferner war nicht ersichtlich, dass es sich bei den unterstellten Rechtsverstößen um schwerwiegende, bewusste oder willkürliche Verfahrensverstöße handelte. Das Bundesverfassungsgericht hat bewusst die Frage offen gelassen, ob das Handeln des Staates in Form des Einkaufs gestohlener Daten rechtswidrig war. Hierzu hätten die Beschwerdeführer im erstinstanzlichen Verfahren ihr Aufklärungsbegehren geltend machen müssen.

## **Konsequenz**

Die Frage, ob der Staat, auch unter Inkaufnahme der Verletzung geltenden Rechts durch Dritte, systematisch Daten zum Zwecke der Ermittlungen ankaufen darf, bleibt weiterhin offen. Das Bundesverfassungsgericht hätte in dieser Entscheidung zumindest die Grenzen aufzeigen können.

## **6. Wahlrechte in der Umsatzsteuer sind fristgebunden**

### **Kernaussage**

Das UStG gesteht den Unternehmen einige Wahlrechte zu, deren Inanspruchnahme regelmäßig einen Antrag voraussetzt. So können Kleinunternehmer, Grundstücksverkäufer und gewerbliche Vermieter unter bestimmten Voraussetzungen zur Umsatzsteuer optieren. Ebenso besteht für Land- und Forstwirte die Möglichkeit, die Durchschnittssatzbesteuerung zu wählen und kleinere Unternehmer können zur Istbesteuerung optieren. Sind schon die genannten Wahlrechte nicht jedem Unternehmer bekannt, so gilt dies für die zu beachtenden Antragsfristen umso mehr.

### **Rechtslage**

Der Bundesfinanzhof hatte in 2008 entschieden, dass sowohl der rückwirkende Wechsel von der Ist- zur Sollbesteuerung als auch die Option zur Umsatzsteuer für gewerbliche Vermieter und Grundstücksverkäufer nur bis zur formellen Bestandskraft des entsprechenden Steuerbescheids möglich ist.

### **Neue Verwaltungsauffassung**

Das Bundesministerium der Finanzen (BMF) hat sich nun der Auffassung der Rechtsprechung angeschlossen.

### **Konsequenzen**

Bisher konnten gewerbliche Vermieter und Grundstücksveräußerer nach § 9 UStG zur Umsatzsteuer optieren, solange die Steuerfestsetzung für die betreffende Leistung noch verfahrensrechtlich änderbar war. Dies lässt das BMF nur noch bis zum 31.10.2010 zu. Danach orientiert sich der Fristablauf an der formellen Bestandskraft. Diese tritt schon mit Ablauf der Einspruchsfrist des Steuerbescheids für das Jahr ein, in dem die Option hätte ausgeübt werden können. Eine spätere Option ist nun nicht mehr möglich, auch wenn der Bescheid noch verfahrensrechtlich änderbar ist, z. B. aufgrund des Vorbehaltes der Nachprüfung (§ 164 AO). Unternehmer, die eine Option in Betracht ziehen, müssen diese möglichst früh ausüben. Spätestens mit Erhalt des Umsatzsteuerbescheides für das betreffende Jahr muss eine Entscheidung fallen.

## **7. Istbesteuerung steht für viele Freiberufler vor dem Aus**

### **Kernaussage**

Das UStG unterscheidet zwischen der Ist- und der Sollbesteuerung. Während bei der Sollbesteuerung die Umsatzsteuer fällig ist, wenn die Leistung erbracht wurde, ist dies bei der Istbesteuerung erst der Fall, wenn der Kunde zahlt. Hierdurch bietet die Istbesteuerung deutliche Liquiditätsvorteile gegenüber der Sollbesteuerung.

## **Rechtslage**

Zur Istbesteuerung können nach § 20 UStG derzeit Unternehmen optieren, - deren Gesamtumsatz im Vorjahr nicht mehr als 500.000 EUR betragen hat oder - die nicht nach § 148 AO verpflichtet sind, Bücher zu führen und Abschlüsse zu erstellen oder - soweit sie Umsätze aus einer Tätigkeit als Angehörige eines freien Berufes i. S. d. § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG ausführen.

## **Sachverhalt und Entscheidung**

Streitig war, ob eine Steuerberatungs-GmbH zur Istbesteuerung optieren kann. Das Finanzamt hatte dies nicht zugelassen, da die GmbH kraft Rechtsform gewerbliche und nicht freiberufliche Einkünfte erzielt. Schließlich entschied der BFH, dass die Klägerin ihre Umsätze nicht nach vereinnahmten Entgelten besteuern kann. Umsätze aus einer Tätigkeit als Angehöriger eines freien Berufs liegen nicht vor, wenn der Unternehmer hinsichtlich dieser Umsätze buchführungspflichtig ist. Dies traf auf die Klägerin als GmbH zu. Entgegen dem Wortlaut des § 20 UStG können nach Ansicht des BFH also freiberuflich tätige Unternehmen nur zur Istbesteuerung optieren, wenn sie weder zur Buchführung verpflichtet sind, noch freiwillig Bücher führen und ihren Gewinn durch Bestandsvergleich ermitteln. Die Rechtsform ist insoweit unerheblich.

## **Konsequenz**

Das Urteil hat 2 Seiten, eine äußerst negative für Freiberufler und eine positive für alle Unternehmen. Freiberuflern hatte der BFH die Anwendung der Istbesteuerung bisher untersagt, wenn diese sich in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft organisiert hatten. Nun werden alle Freiberufler, die freiwillig Bücher führen, ihre Umsätze der Sollbesteuerung unterwerfen müssen, sofern sie die genannte Umsatzgrenze überschreiten. Sie werden daher zukünftig die Umsatzsteuer vorfinanzieren müssen. Positiv ist, dass der BFH nochmals ausdrücklich darauf hinweist, dass die Sollbesteuerung nur dann keine unzulässige Benachteiligung gegenüber der Istbesteuerung darstellt, wenn an eine Korrektur der Umsatzsteuer keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Er verweist insofern auf seine eigene Rechtsprechung, wonach Forderungen umsatzsteuerlich schon ausgebucht werden können, wenn diese von der Gegenseite bestritten werden. Die Umsatzsteuer kann daher regelmäßig wesentlich früher korrigiert werden, als handelsrechtlich bzw. ertragsteuerlich ein Forderungsausfall zu erfassen ist. Dies wird leider in der Praxis viel zu oft übersehen, obwohl die entsprechende BFH-Rechtsprechung bereits von der Finanzverwaltung akzeptiert wird.

## **8. 3-Objekt-Grenze und Nachhaltigkeit bei nur einem Vertrag**

### **Kernproblem**

Werden Grundstücke mit Gewinn veräußert, ist die Frage, ob der Fiskus hierauf ertragsteuerlich zugreifen kann, von erheblicher Bedeutung. Ist der Verkauf im Rahmen der privaten Vermögensverwaltung und außerhalb der Spekulationsfrist von 10 Jahren erfolgt, bleibt Vater Staat außen vor. Anders wiederum bei einer gewerblichen Tätigkeit. Zu dieser im Steuerrecht als "gewerblicher Grundstückshandel" bezeichneten Problematik gibt es eine Fülle von Urteilen, die auch zu einer gewissen Rechtssicherheit beitragen. Dennoch landen immer wieder leichte Abwandlungen bereits entschiedener Fälle vor dem BFH. Im Streitfall wollte eine GbR ein in der Zwangsversteigerung erworbenes früheres Motel in ein Alten- und Pflegeheim sowie Gebäude für betreutes Wohnen umbauen. Bevor es jedoch dazu kam, erklärten die Gesellschafter die Teilung in 136 Eigentumswohnungen und veräußerten den auf 4 Grundbuchblättern eingetragenen Gesamtkomplex an eine GmbH.

### **Ständige Rechtsprechung**

Der BFH hat für die Beurteilung der Gewerblichkeit von Grundstücksverkäufen und die hiermit verknüpfte Veräußerungsabsicht eine 3-Objekt-Grenze aufgestellt. Sie besagt, dass kein gewerblicher Grundstückshandel vorliegt, wenn weniger als 4 Objekte veräußert werden. Werden innerhalb eines engen zeitlichen Zusammenhangs (i. d. R. 5 Jahre) zwischen Anschaffung/Herstellung und Verkauf mindestens 4 Objekte veräußert, kann von einem gewerblichen Grundstückshandel ausgegangen werden. Hierauf kommt es nicht mehr an, wenn sich bereits aus anderen Umständen zweifelsfrei eine von Anfang an bestehende oder aber fehlende Veräußerungsabsicht ergibt.

### **Entscheidung des BFH**

Zählobjekt ist nach Auffassung des BFH unabhängig von Größe, Wert oder anderer Umstände jedes selbstständig veräußerbare und nutzbare Immobilienobjekt. Hierbei folge die selbstständige Veräußerbarkeit der sachenrechtlichen Qualifizierung. Zwar könne abweichend hiervon eine Vielzahl von Grundstücken als wirtschaftliche Einheit und als 1 Objekt angesehen werden. Im Streitfall sei aber der Zusammenhang der 4 Grundstücke des früheren Motels mit der Aufteilung in Wohneigentum entfallen. Der BFH zweifelt auch nicht an der für eine Gewerblichkeit erforderlichen Nachhaltigkeit. Obwohl nur ein Kaufvertrag geschlossen wurde, hatte die GbR bereits im Vorfeld eine Veräußerungsabsicht mit der Suche nach Investoren erkennen lassen.

### **Konsequenz**

Im erstinstanzlichen Verfahren kam das FG zwar zum gleichen Ergebnis, aber nur über den Umweg eines Missbrauchs rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten, weil die gesellschafteridentische GmbH kurze Zeit später 6 Wohnungen verkaufte.

## **9. Bezugnahme auf Tarifvertrag bei Branchenwechsel nach Betriebsübergang**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Nach bisheriger Rechtsprechung kann eine im Arbeitsvertrag enthaltene dynamische Verweisung (= "jeweils geltender Tarifvertrag") auf das Tarifrecht einer bestimmten Branche über ihren Wortlaut hinaus nur dann als Bezugnahme auf den jeweils für den Betrieb fachlich oder betrieblich geltenden Tarifvertrag (so genannte große dynamische Verweisung) ausgelegt werden, wenn sich dies aus besonderen Umständen ergibt. Diese Rechtsprechung hat das Bundesarbeitsgericht trotz Kritik nochmals bestätigt und zugleich festgestellt, dass dies auch gelte, wenn die Bezugnahmeklauseln aus Vertrauensschutz als sogenannte Gleichstellungsabreden auszulegen ist.

### **Sachverhalt**

Das Arbeitsverhältnis der Klägerin war im Rahmen eines Betriebsübergangs auf die Beklagte als neuem Arbeitgeber übergegangen. Der Arbeitsvertrag nahm Bezug auf den Tarifvertrag für kommunale Arbeitgeber. Bei der Beklagten galt dagegen ein anderer, für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag. Streitig war daher die Anwendbarkeit der beiden Tarifverträge, wobei das Bundesarbeitsgericht schließlich beide für anwendbar erklärte.

### **Entscheidung**

Das Konkurrenzverhältnis zwischen den beiden Tarifverträgen regelte das Bundesarbeitsgericht dabei nach dem Günstigkeitsprinzip zugunsten des "besseren" Tarifvertrages. Damit gilt weiterhin, dass bei einem Betriebsübergang eine arbeitsvertragliche Bezugnahmeklausel mit unveränderter Bedeutung übergeht. Daran ändert auch nichts, dass beim neuen Arbeitgeber ein anderer Tarifvertrag gilt. Der Konflikt zwischen den beiden Tarifregelungen lasse sich auch nicht durch Auslegung der Arbeitsverträge dahingehend lösen, dass der für den Betrieb jeweils geltende Tarifvertrag Anwendung finden solle (dann käme nämlich regelmäßig der beim neuen Arbeitgeber bestehende Tarifvertrag zur Anwendung).

### **Konsequenz**

Die Entscheidung bedeutet weiter Rechtsunsicherheit für einen Betriebserwerber, wenn 2 Tarifverträge aufeinandertreffen. Denn insbesondere muss der Erwerber im Vorfeld überprüfen, welcher Tarifvertrag der günstigere für die übergehenden Arbeitnehmer ist. Erst dann kann er wirtschaftliche Risiken beurteilen.

## **10. Rückstellung für Kosten einer Betriebsprüfung bei Großbetrieben**

### **Kernaussage**

Nach Auffassung der Finanzverwaltung darf für die mit einer zukünftigen Betriebsprüfung zusammenhängenden Kosten keine Rückstellung mit steuerlicher Wirkung gebildet werden, sofern keine Prüfungsanordnung vorhanden ist. Der Erlass einer Prüfungsanordnung sei auch keine wertaufhellende Tatsache. Das baden-württembergische Finanzgericht entschied nun, dass bei Großbetrieben die Bildung einer Rückstellung für die Kosten einer zukünftigen Betriebsprüfung auch ohne Vorliegen einer Prüfungsanordnung zulässig ist.

### **Sachverhalt**

Die Beteiligten streiten darüber, ob die klagende GmbH für die Kosten einer Betriebsprüfung eine Rückstellung bilden durfte, weil sie - aufgrund ihrer Konzernzugehörigkeit - als Großbetrieb eingestuft war. Die gebildete Rückstellung fand Eingang in die Körperschaft- und Gewerbesteuererklärung der Klägerin. Das beklagte Finanzamt vertrat anlässlich einer Betriebsprüfung die Ansicht, die Rückstellung für zukünftige Betriebsprüfungskosten sein nicht anzuerkennen, weil es im Zeitpunkt der Bilanzaufstellung an einer Prüfungsanordnung gefehlt habe. Gegen die entsprechenden Steuerbescheide erhob die Klägerin erfolglos Einspruch. Das Finanzgericht gab der dagegen gerichteten Klage statt, ließ aber die Revision zum BFH zu.

### **Entscheidung**

Die Verpflichtung des Steuerpflichtigen zur Mitwirkung bei einer Betriebsprüfung hat ihren wirtschaftlichen Bezugspunkt in der gewerblichen Tätigkeit zum Bilanzstichtag. Das Finanzgericht bejaht die Zulässigkeit einer Rückstellung für die Kosten einer zukünftigen Betriebsprüfung - auch ohne Vorliegen einer Prüfungsanordnung - mit dem Hinweis auf die hinreichende Wahrscheinlichkeit von Anschlussprüfungen bei Großbetrieben. Seit Jahrzehnten ist es für Großbetriebe überwiegend wahrscheinlich, dass eine steuerliche Betriebsprüfung stattfindet. In den Jahren 2007 bis 2009 bewegte sich die Wahrscheinlichkeit bei über 75 %. Auch die Betriebsprüfungsordnung (BpO) sieht die Anschlussprüfung bei Großbetrieben als Regelfall vor. Für die Bildung einer Rückstellung ist eine solche überwiegende Wahrscheinlichkeit ausreichend.

### **Konsequenz**

Die vorliegende Entscheidung ist nur auf Großbetriebe direkt anwendbar. Bei diesen kann unter Berufung auf das Urteil und das vor dem BFH anhängige Revisionsverfahren eine steuerlich wirksame Rückstellung für Kosten durch zukünftige Betriebsprüfungen gebildet werden. Ein entsprechendes Verfahren dürfte bei einem als Mittelbetrieb eingestuften Betrieb allerdings ins Leere laufen. Die Wahrscheinlichkeit, geprüft zu werden, lag für das Veranlagungsjahr 2009 bei deutlich unter 50 %. Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit ist daher bei Mittelbetrieben nicht gegeben, so dass die Bildung einer Rückstellung hier ausscheidet.

## **11. Darf ein Arbeitgeber das Aussehen der Mitarbeiter bestimmen?**

### **Kernproblem**

Arbeitgeber haben nicht selten den Wunsch, ein einheitliches Erscheinungsbild ihrer Mitarbeiter zu erzielen. Neben einer einheitlichen Dienstkleidung werden hierzu regelmäßig Vorgaben für das Aussehen aufgestellt, die im Einzelnen oftmals Streit auslösen.

### **Sachverhalt**

Ein Arbeitgeber, der im Auftrag der Bundespolizei Fluggastkontrollen durchführt, hat seinen Mitarbeitern zusätzlich zur Dienstkleidung u. a. vorgeschrieben, Fingernägel nur einfarbig zu lackieren, die außerdem nur max. 0,5 cm die Fingerkuppe überragen dürften, und Unterwäsche zu tragen, die weiß oder in Hautfarbe sein müsse. Darüber hinaus wurde den männlichen Mitarbeitern eine nicht natürlich wirkende Haarfärbung und das Tragen von Haarersatz verboten. Hiergegen ist der Betriebsrat mit teilweisem Erfolg vorgegangen.

### **Entscheidung**

Nach Auffassung des Landesarbeitsgerichts verletzen einige der vom Arbeitgeber aufgestellten Vorgaben das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer und sind deshalb unwirksam. Die Trageordnung greife in die Freiheit der Arbeitnehmer ein, sich während der Arbeitszeit so zu kleiden, wie es den persönlichen Wünschen und Vorstellungen entspreche. Dieser Eingriff sei nur gerechtfertigt, wenn er zur Erreichung eines legitimen Anliegens des Arbeitgebers geeignet, erforderlich und angemessen sei. Die Vorgabe, Fingernägel nur einfarbig zu lackieren, sei schon nicht zur Erreichung des Ziels geeignet, da dieses in erster Linie durch eine einheitliche Dienstkleidung erreicht werde. Die Farbe der Fingernägel sei hierfür ersichtlich ohne Bedeutung. Dagegen sei die Vorgabe, nicht zu lange Fingernägel zu tragen, wirksam, da hierdurch eine Verletzungsgefahr bei der Kontrolle von Passagieren möglichst vermieden werden könne. Auch die Vorgabe zum Tragen von Unterwäsche sei wirksam. Denn durch das Tragen von



Unterwäsche würden Blusen und Hemden geschützt und weniger schnell abgenutzt. Die Vorgabe zur Farbe der Unterwäsche sei von den Arbeitnehmern hinzunehmen, da keine erhebliche Einschränkung des Persönlichkeitsrechts vorliege. Allerdings seien die Vorschriften, die männlichen Mitarbeitern nicht natürlich wirkende Haarfärbungen und das Tragen von Haarerersatz verbieten, unwirksam. Da ohnehin alle Arbeitnehmer unterschiedliche Haarfarben hätten, könne eine solche Vorgabe das einheitliche Erscheinungsbild nicht fördern. Diese sei unverhältnismäßig, da sie ohne erkennbare Rechtfertigung in die körperliche Integrität der Mitarbeiter eingreife.

#### **Konsequenz**

Arbeitgeber sollten vor Einführung einer Trageordnung für Berufskleidung in einem ersten Schritt sorgfältig prüfen, welche Regelungen für ein einheitliches Erscheinungsbild überhaupt geeignet sind. In einem zweiten Schritt ist sodann zu beurteilen, ob diese Vorgaben im Einzelfall nicht zu weit in die Persönlichkeitsrechte der Mitarbeiter eingreifen.

### **12. Anzahlungen: Korrektur der Umsatzsteuer erfordert Rückzahlung**

#### **Kernaussage**

Grundsätzlich gilt in der Umsatzsteuer das Prinzip der Sollbesteuerung. Umsätze werden versteuert, wenn die Leistung erbracht wurde, unabhängig vom Zeitpunkt der Bezahlung der Forderungen. Abweichend hiervon knüpft der BFH eine Korrektur der Umsatzsteuer jedoch an tatsächliche Zahlungen.

#### **Sachverhalt**

Über das Vermögen einer GmbH wurde das Insolvenzverfahren eröffnet. Bis zu diesem Zeitpunkt hatte die GmbH Anzahlungen erhalten, denen jedoch noch keine Leistungen der GmbH gegenüberstanden. Der Insolvenzverwalter entschied sich gegen die Erfüllung der den Anzahlungen zugrunde liegenden Verträge; sie wurde rückabgewickelt. Streitig war zwischen dem klagenden Insolvenzverwalter und dem beklagten Finanzamt, ob die Umsatzsteuer vor oder nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens korrigiert werden kann. Der Kläger unterlag schließlich vor dem Bundesfinanzhof (BFH).

#### **Entscheidung**

Der BFH kommt zu einem für die Parteien überraschenden, angesichts der jüngsten Rechtsprechung jedoch zu erwartenden, Ergebnis. Mangels Rückzahlung der Anzahlungen kommt eine Korrektur der Umsatzsteuer nicht in Frage, weder vor noch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

#### **Konsequenz**

Der BFH führt seine Rechtsprechung zur Korrektur der Umsatzsteuer bzw. Vorsteuer konsequent fort. Demnach kann eine Korrektur der Umsatzsteuer nach Vereinnahmung des Entgeltes nur erfolgen, wenn es tatsächlich zu einer Rückzahlung kommt. Dies gilt für Überzahlungen, Boni, Rabatte und nun auch für Anzahlungen. In der Praxis findet diese Rechtsprechung noch wenig Beachtung. Unternehmer, die Prüfungsrisiken entgehen wollen, sollten sich aber hierauf einstellen.

### **13. Keine Aussetzung der Vollziehung von Erbschaftsteuerbescheiden**

#### **Rechtslage**

Das zum 1.1.2009 in Kraft getretene Erbschaftsteuerreformgesetz sollte dazu dienen, die vom Bundesverfassungsgericht festgestellte Verfassungswidrigkeit des ehemaligen Erbschaftsteuergesetzes zu beheben. Nach kaum mehr als 2 Jahren sieht sich nunmehr auch das Reformgesetz selbst erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt. Angesichts dessen werden Erbschaftsteuerbescheide angegriffen; ferner wird die Aussetzung deren Vollziehung beantragt, was gleichzeitig zur Folge hat, dass die festgesetzte Erbschaftsteuer (zunächst) nicht zu zahlen ist. Die Finanzverwaltung gewährt die Aussetzung der Vollziehung regelmäßig nicht, sondern zieht die Erbschaftsteuer zunächst ein, um im Anschluss das Ergebnis des Rechtsbehelfsverfahrens abzuwarten. Das Finanzgericht Köln hatte nunmehr in 2 Verfahren über die Rechtmäßigkeit der Auffassung der Finanzverwaltung zu entscheiden.

### **Sachverhalt**

Die Antragstellerinnen sollten auf der Grundlage des Erbschaftsteuerreformgesetzes rund 11.000 EUR Erbschaftsteuer für einen Erwerb nach dem Tode einer Tante zahlen. Sie gehörten damit zu der Gruppe vergleichsweise naher Angehöriger, die durch das Erbschaftsteuerreformgesetz Privilegierungen verloren hatten. Gegen die Erbschaftsteuerbescheide legten sie beim Finanzamt Einspruch ein und beantragten die Aussetzung der Vollziehung mit der Begründung, dass bereits 3 Verfassungsbeschwerden gegen das Erbschaftsteuerreformgesetz anhängig seien. Das beklagte Finanzamt lehnte den Antrag ab.

### **Entscheidung**

Das gegen die nicht gewährte Vollziehungsaussetzung vor dem Finanzgericht Köln geführte Verfahren blieb ebenfalls erfolglos. Das Gericht erachtete die Praxis der Finanzverwaltung als zulässig, ohne auf die materielle Rechtslage einzugehen. Ein mit ernstlichen Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit einer Gesetzesvorschrift begründeter Antrag auf Aussetzung der Vollziehung eines Steuerbescheids sei ohne Prüfung der Verfassungsmäßigkeit abzulehnen, wenn nach den Umständen des Einzelfalles dem Interesse des Antragstellers an der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nicht der Vorrang vor dem öffentlichen Interesse am Vollzug des Gesetzes zukomme. Für ein ausreichendes Individualinteresse sah das Gericht aber keine Anhaltspunkte.

### **Konsequenz**

Die Entscheidungen überraschen nicht. Der Bundesfinanzhof hatte bereits in einem ersten ähnlichen Fall entschieden, dass das allgemeine Vollstreckungsinteresse dem individuellen Aufschiebungsinteresse des Steuerpflichtigen vorgeht. Es bleibt abzuwarten, ob der Bundesfinanzhof im Einzelfall zugunsten einzelner Steuerpflichtiger bei besonderer Individualinteressenlage anders entscheidet. Das Finanzgericht Köln hat den Weg zum Bundesfinanzhof jedenfalls ausdrücklich geöffnet.

## **14. Revision des Doppelbesteuerungsabkommens Schweiz**

### **Einführung**

Das Verhältnis zwischen den beiden Staaten Deutschland und Schweiz ist seit Monaten belastet durch den Streit um deutsche Kapitalanleger mit unversteuertem Vermögen auf Schweizer Bankkonten und gestohlene Steuerdaten sowie deren Ankauf durch deutsche Finanzbehörden.

### **Deutschland und Schweiz unterzeichnen revidiertes DBA**

Beide Staaten haben nun am 27.10.2010 ein Protokoll zur Revision des bestehenden Doppelbesteuerungsabkommens (DBA) unterzeichnet. Zudem wurden die Eckdaten für die Ausarbeitung eines Zusatzabkommens (Steuerdeal) veröffentlicht.

### **Bestimmungen des revidierten Abkommens**

Die Schweiz wird deutschen Behörden auf begründete Anfrage hin Auskünfte erteilen, die für die Veranlagung oder ein Steuerstrafverfahren benötigt werden. Das im schweizerischen Steuerrecht - für das Veranlagungsverfahren und bei Steuerhinterziehung - geltende Bankgeheimnis wird im Verhältnis zu deutschen Steuerbehörden generell aufgehoben. Allerdings sollen sog. "fishing expeditions" auch zukünftig nicht erlaubt sein. Ein Auskunftersuchen der deutschen Behörden setzt voraus, dass folgende Angaben gemacht werden: 1. Hinreichende Angaben zur Identifizierung des Steuerpflichtigen (Name, Geburtsdatum, Adresse, Konto-Nr. usw.); 2. Zeitraum für den die Information verlangt wird; 3. Beschreibung der verlangten Information; 4. Steuerzweck; 5. Gründe für die Annahme, dass sich die Auskunft im Besitz des Informationsinhabers befindet. Ein Auskunftersuchen wird damit nur dann Aussicht auf Erfolg haben, wenn die deutschen Behörden bereits konkrete Hinweise auf ein Konto bei einer bestimmten Schweizer Bank haben.

### **Ausdehnung der erfassten Steuerarten**

Das neue DBA verpflichtet die Schweiz zudem, auch Auskünfte über vom Abkommen nicht erfasste Steuerarten zu erteilen (Erbschaft- und Schenkungssteuer, Mehrwertsteuer). Mit dem Inkrafttreten des ratifizierten DBA ist Mitte 2011 zu rechnen; danach können Informationen für

das Jahr 2011 auch rückwirkend angefordert werden. Für frühere Jahre ist ein Informationsaustausch auf dieser Basis nur dann nicht ausgeschlossen, wenn die Information für nachfolgende Jahre bedeutsam ist.

#### **Eckdaten des Zusatzabkommens (Steuerdeal)**

Der sog. Steuerdeal wird folgende Punkte beinhalten: 1. Abgeltungsteuer für in der Vergangenheit nicht deklarierte Einkünfte; 2. Abgeltungsteuer für künftige Erträge; 3. Amtshilfe ohne Namen der Bank; 4. Lösung der Problematik möglicher Strafverfolgung von Bankmitarbeitern und des Ankaufs steuererheblicher Daten; 5. erleichterter Marktzutritt für Schweizer Finanzdienstleister in Deutschland. Mit dem Inkrafttreten des Zusatzabkommens ist nicht vor 2012 zu rechnen; eine Abgeltungsteuer würde daher frühestens ab 2013 erhoben. Hier ist zurzeit noch eine Fülle an Fragen offen; von Rechtssicherheit für den Steuerpflichtigen kann noch keine Rede sein.

### **15. Verfassungsbeschwerden von Erblässern gegen ErbSt-Reform-Regelungen**

#### **Rechtslage**

Das Erbrecht in Form der Freiheit zu testieren (Testierfreiheit) ist als Teil des Grundrechts auf Eigentum verfassungsrechtlich geschützt. Daher kann das Erbschaftsteuergesetz verfassungsrechtlich überprüft werden. Nach Inkrafttreten des Erbschaftsteuerreformgesetzes zum 1.1.2009 sind sehr schnell insgesamt 3 Verfassungsbeschwerden dagegen eingereicht worden, die das Bundesverfassungsgericht allesamt nicht zur Entscheidung angenommen hat.

#### **Sachverhalt**

Die 3 Verfassungsbeschwerden waren gerichtet gegen die unterschiedlichen Steuersätze, Freibeträge und Steuerbefreiungen nach dem Erbschaftsteuerreformgesetz, durch die die Beschwerdeführer als (zukünftige) Erblässer unmittelbar in der Ausübung ihrer Testierfreiheit betroffen seien. Die Beschwerdeführer sind Eigentümer erheblichen, vererbaren Vermögens, das nicht unter die Steuerbefreiung bzw. die steuerlichen Vergünstigungen fällt. Inhaltlich machten sie Verstöße gegen den Gleichheitsgrundsatz geltend, weil Vermögensarten unterschiedlich erbschaftsteuerlich behandelt werden.

#### **Entscheidung**

Das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungsbeschwerden als unzulässig zurückgewiesen, ohne materiell über die Verfassungsmäßigkeit des Erbschaftsteuerreformgesetzes zu entscheiden. Die Beschwerdeführer konnten die erforderliche Selbstbetroffenheit nicht nachweisen, denn die Erbschaftsteuer belaste die Erben, nicht den Nachlass. Verfassungsrechtlich geschützt ist aber lediglich das Recht des Erblässers, frei zu testieren. Dieses mag zwar mittelbar durch die Erbschaftsteuer belastet sein, der Erblässer bleibe aber frei in seiner Entscheidung, sein Vermögen so und an denjenigen zu hinterlassen, wie bzw. an wen er wolle. Zudem hätten die Beschwerdeführer nicht hinreichend dargelegt, dass sie angesichts der geltenden Rechtslage in der Erbschaftsteuer anders testieren würden.

#### **Konsequenz**

Die Entscheidungen überraschen nicht. Eine präventive Verfassungsbeschwerde musste - wie auch bereits in der Fachpresse diskutiert - unzulässig sein. Die Entscheidungen haben aber keine materielle Auswirkung, denn über die Verfassungsmäßigkeit oder Verfassungswidrigkeit des Erbschaftsteuerreformgesetzes ist nicht entschieden. Nach neuem Erbschaftsteuergesetz ergangene Erbschaftsteuerbescheide werden also weiterhin angegriffen werden müssen.

### **16. Freiberufler-GmbH & Co. KG ist gewerbesteuerpflichtig**

#### **Kernproblem**

Die Gesellschafter einer Personengesellschaft erzielen nur dann Einkünfte aus freiberuflicher Tätigkeit, wenn sämtliche Gesellschafter die Merkmale eines freien Berufs erfüllen. Voraussetzung hierfür ist die persönliche Berufsqualifikation und eine berufsbezogene Tätigkeit des Steuerpflichtigen. Typische selbstständige Tätigkeiten werden ausgeführt von Rechtsanwälten, Ärzten, Architekten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern. Ist nur einer der Gesellschafter der Personengesellschaft nicht selbstständig tätig, so erzielen sämtliche Gesellschafter Einkünfte aus Gewerbebetrieb (sog. Abfärbetheorie). Eine Aufteilung der Einkünfte in freiberufliche und

(für den Berufsfremden) in solche aus Gewerbebetrieben ist nach der Rechtsprechung des BFH nicht möglich. Gegenstand eines Finanzgerichtsverfahrens war nunmehr (erneut) die Frage, ob auch die Beteiligung einer Kapitalgesellschaft an einer Personengesellschaft dazu führt, dass letztere Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielt und folglich auch gewerbesteuerpflichtig ist.

#### **Sachverhalt**

Die Klägerin, eine Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft, wurde ab 2008 in der Rechtsform der GmbH & Co. KG geführt. Einzige Komplementärin und somit persönlich haftende Gesellschafterin war eine nicht am Kapital beteiligte GmbH, die im Gegensatz zu einer "typischen" GmbH & Co. KG nicht zur Geschäftsführung befugt war. Nach Auffassung des beklagten Finanzamts erzielte die Klägerin aufgrund der Beteiligung der GmbH als Komplementärin insgesamt Einkünfte aus Gewerbebetrieb und war folglich auch gewerbesteuerpflichtig. Die Klägerin begehrte hingegen eine Qualifizierung der Einkünfte als solche aus freiberuflicher Tätigkeit und unterlag.

#### **Entscheidung**

Das Finanzgericht Düsseldorf bestätigte die bisherige Rechtsprechung des BFH, wonach die Gesellschafter einer Personengesellschaft nur dann freiberufliche Einkünfte erzielen, wenn sämtliche Gesellschafter freiberuflich tätig sind. Bereits die Beteiligung nur eines Berufsfremden ist schädlich, wobei die mitunternehmerische Beteiligung einer Kapitalgesellschaft dem Berufsfremden gleichgestellt ist. Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht für Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften in der Rechtsform der GmbH & Co. KG.

#### **Konsequenzen**

Das Urteil steht in Einklang mit der Auffassung der Finanzverwaltung, die die allgemeinen Grundsätze auch für Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG anwenden will. Das Finanzgericht hat die Revision beim BFH zugelassen, die letztinstanzliche Entscheidung bleibt also abzuwarten.

### **17. Zur Steuerfreiheit von Zuwendungen unter Lebenden bzgl. Familienheim**

#### **Kernfrage**

Die zinsgünstigen bzw. zinsfreien Darlehensgewährungen stellen schenkungsteuerlich freigiebige Zuwendungen dar und unterliegen der Schenkungsteuer. Allerdings kann die Schenkungsteuer dann nicht erhoben werden, wenn eine persönliche oder sachliche Steuerbefreiung vorliegt. In einer zum alten Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht (bis 31.12.2008) ergangenen Entscheidung hat der Bundesfinanzhof nunmehr zur Frage des Zusammentreffens mehrerer Steuerbefreiung Stellung genommen.

#### **Sachverhalt**

Der spätere Ehemann, hier Kläger, hatte seiner zukünftigen Frau ein Darlehen gewährt, das zunächst günstig, später nicht mehr verzinst und schließlich ganz erlassen wurde. Mit den Darlehensmitteln schaffte die Ehefrau einen land- und forstwirtschaftlichen Betrieb mit dazu gehörendem Herrenhaus an, wobei das Herrenhaus im Privatvermögen verblieb und Familienwohnheim in der später geschlossenen Ehe wurde. Das beklagte Finanzamt setzte für den einheitlichen Vorgang Schenkungsteuer fest. Der Bundesfinanzhof gab der hiergegen gerichteten Klage nur teilweise statt.

#### **Entscheidung**

Zwar stimmte der Bundesfinanzhof der Finanzverwaltung zu, dass die erste voreheliche Zuwendung (zinsgünstiges Darlehen) nicht schenkungsteuerlich privilegiert gewesen sei, allerdings seien die späteren ehelichen Zuwendungen mit Rücksicht auf das Herrenhaus, das als Familienwohnheim anzusehen sei, privilegiert. Insoweit galt nach altem Erbschaftsteuerrecht, dass die Übertragung des Familienwohnheims unter Eheleuten steuerfrei war. Die Finanzverwaltung wollte diese Steuerbefreiung allerdings nicht anerkennen, weil sie einen einheitlichen Schenkungsakt gerichtet auf den Erwerb von Betriebsvermögen annahm. Diese Auffassung wies der Bundesfinanzhof zurück. Für jeden der Schenkungsteuer unterliegenden Vorgang sei gesondert zu prüfen, ob eine Steuervergünstigung in Anspruch genommen werden könne.

### **Konsequenz**

Die Tragweite der Entscheidung liegt in der vom Bundesfinanzhof vorgenommenen Differenzierung zwischen Schenkungsvorgang im betrieblichen und privaten Bereich. Werden mit einem einheitlichen Lebenssachverhalt 2 steuerlich selbstständige Vorgänge verwirklicht, ist der Lebenssachverhalt in 2 selbstständige Vorgänge aufzuteilen.

## **18. Insolvenzrecht: Fortsetzung einer GmbH nach Schlussverteilung nicht möglich**

### **Kernaussage**

Nach der Schlussverteilung im Insolvenzverfahren ist eine Fortsetzung einer GmbH nicht mehr möglich, selbst wenn die Gesellschaft im Handelsregister noch nicht gelöscht ist.

### **Sachverhalt**

Der Alleingesellschafter einer in Auflösung befindlichen GmbH hatte beschlossen, die Gesellschaft fortzusetzen. Zudem sollten das Stammkapital um 25.000 EUR erhöht, die Firma geändert, der Sitz verlegt und der Unternehmensgegenstand geändert werden. Über das Vermögen der GmbH war zuvor das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Nach Beendigung der Schlussverteilung wurde das Insolvenzverfahren aufgehoben. Das Registergericht versagte die begehrten Eintragungen, weshalb die GmbH Beschwerde einlegte.

### **Entscheidung**

Die Beschwerde war unbegründet. Nach der Schlussverteilung im Insolvenzverfahren (§ 200 InsO) ist eine Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft ausgeschlossen. Grundsätzlich ist die Fortsetzung einer durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelösten GmbH nur zulässig bei Einstellung des Insolvenzverfahrens auf Antrag des Schuldners oder der Bestätigung eines Insolvenzplanes (§ 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG). Zudem muss der Beschluss über die Fortsetzung vor Beginn der Vermögensverteilung getroffen werden (§ 274 Abs. 1 Satz 1 AktG analog). Die Zäsur der Vermögensverteilung ist so bedeutsam und erweckt den Anschein der Beendigung, dass die Fortsetzung durch schlichten Gesellschafterbeschluss ohne die bei einer wirtschaftlichen Neugründung erforderliche Registerkontrolle (§§ 7, 8 GmbHG) nicht möglich ist. Unerheblich ist, dass die Löschung der Gesellschaft noch nicht vollzogen ist.

### **Konsequenz**

Das Bedürfnis, eine Fortsetzung im vorliegenden Fall zuzulassen, bestand nicht. Die Gläubiger, deren Forderungen im Insolvenzverfahren unbefriedigt geblieben sind, können ihre Ansprüche aus dem Vermögen der Gesellschaft, insbesondere aus dem neu eingezahlten Stammkapital, befriedigen. Dadurch ist das Stammkapital von Anfang an angegriffen und ggf. besteht sogleich Insolvenzzreife.

## **19. Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen**

### **Rechtslage**

Wird Vermögen auf die nächste Generation, insbesondere im Wege der vorweggenommenen Erbfolge, übergeben, werden häufig Versorgungsleistungen vereinbart, zu denen sich der Erwerber verpflichtet. Häufige Versorgungsleistungen sind monatliche Zahlungen, Versorgung und Pflege oder die Überlassung von Wohnraum; es sind also Kombinationen von Bar- und Sachleistungen denkbar. Der Erwerber kann die übernommenen Gegenleistungen (auch den Wert der Sachleistungen) jedenfalls dann als Sonderausgaben ertragsteuerlich geltend machen, wenn der Übergabevertrag auch tatsächlich gelebt wird. Zu den Konsequenzen einer nicht ordnungsgemäßen Vertragsdurchführung hatte kürzlich der Bundesfinanzhof (BFH) entschieden.

### **Sachverhalt**

Dem Kläger wurde von seinen Eltern ein Unternehmen übertragen. Als Gegenleistung waren die Zahlung eines baren Taschengeldes sowie die Überlassung von Wohnraum und Pflegeleistungen vereinbart. In der Folgezeit wurde seitens des Klägers das Taschengeld über Jahre hinweg nicht geleistet, ohne dass hierfür ein wirtschaftlicher Grund geltend gemacht werden konnte. Als die Versorgungsleistungen insgesamt neu geordnet wurden, versagte das beklagte Finanzamt dem Kläger den Sonderausgabenabzug mit der Begründung, dass die Zahlungsunterbrechung willkürlich erfolgt und damit der Übergabevertrag nicht ordnungsgemäß vollzogen

worden sei. Der Kläger unterlag zuletzt vor dem Bundesfinanzhof.

### **Entscheidung**

Nach Ansicht des BFH können zwar die Parteien eines Übergabevertrages auf geänderte wirtschaftliche Rahmenbedingungen reagieren; liegen diese aber nicht vor, muss der Übergabevertrag ordnungsgemäß erfüllt werden. Dabei bilden Sach- und Barleistungen eine Einheit. Werde eine Komponente nicht erbracht, könne dies nach Meinung der Richter den Schluss zulassen, dass sämtliche Leistungen nicht mehr als Sonderausgaben abziehbar seien. Darüber hinaus könne bei einer vertragswidrigen Durchführung über Jahre hinweg keine nachträgliche Heilung mehr herbeigeführt werden.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung hat zwar einschneidende wirtschaftliche Folgen, ist aber konsequent. Sie zeigt, dass Verträge für ihre steuerliche Anerkennung auch tatsächlich gelebt werden müssen. Um hiervon abweichen zu können, ohne die steuerliche Anerkennung zu gefährden, ist es zwingend erforderlich, die Ausnahmesituation ausreichend zu dokumentieren.

## **20. EU-Kommission: Sanierungsklausel ist europarechtswidrig**

### **Kernproblem**

Werden innerhalb von 5 Jahren mehr als 50 % der Anteile an einer Kapitalgesellschaft an einen Erwerber übertragen, gehen die Verlustvträge der Kapitalgesellschaft grundsätzlich vollständig unter, es sei denn, eine der im deutschen Körperschaftsteuergesetz genannten Ausnahmetatbestände (Konzernklausel, Stille-Reserven-Klausel, Sanierungsklausel) ist erfüllt. Die Sanierungsklausel ist anwendbar, wenn ein grundsätzlich schädlicher Anteilseignerwechsel die Sanierung des Geschäftsbetriebs bezweckt. Eine Sanierung ist dabei eine Maßnahme, die darauf gerichtet ist, die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung zu verhindern oder zu beseitigen und zugleich die wesentlichen Betriebsstrukturen zu erhalten. Ob die Sanierungsklausel eine europarechtswidrige staatliche Beihilfe darstellt, war Gegenstand eines Anfang 2010 eingeleiteten förmlichen Prüfverfahrens der EU-Kommission.

### **Entscheidung der EU-Kommission**

Am 26.1.2011 hat die EU-Kommission entschieden, dass die sogenannte Sanierungsklausel im deutschen Unternehmenssteuerrecht, die es wirtschaftlich schlecht dastehenden Unternehmen trotz Eigentümerwechsels ermöglicht, Verluste gegen zukünftige Gewinne zu verrechnen, als (europarechtswidrige) staatliche Beihilfe anzusehen ist. Die Entscheidung begründet die Kommission damit, dass die Klausel vom allgemeinen Prinzip im Unternehmenssteuerrecht Deutschlands und anderer Länder abweiche, welches einen Verlustvortrag genau dann verhindert, wenn bei dem betroffenen Unternehmen ein maßgeblicher Eigentümerwechsel stattfindet. Die Sanierungsklausel bevorzuge wirtschaftlich angeschlagene Unternehmen gegenüber finanziell gesunden Unternehmen, die auch Verluste erleiden, diese aber bei einem maßgeblichen Eigentümerwechsel nicht verrechnen können. Die Bestimmung führe daher zu wettbewerbsverzerrenden finanziellen Vorteilen in Form von Steuervorteilen.

### **Konsequenzen**

Die Sanierungsklausel, die im Juli 2009 vom deutschen Gesetzgeber verabschiedet wurde, war rückwirkend ab dem 1.1.2008 anzuwenden. Das von der EU-Kommission ausgesprochene Beihilfeverbot soll ebenfalls bereits für die Vergangenheit gelten. Infolgedessen hat die Kommission Deutschland angewiesen, jegliche Beihilfe, die unter der Sanierungsklausel ab dem 1.1.2008 gewährt wurde, zurückzufordern. Deutschland wurde eine Frist von 2 Monaten gesetzt, um der Kommission eine Liste der Begünstigten zu übermitteln und sie über den Gesamtbetrag an zurückzufordernden Beihilfen zu informieren.

## **21. Gewerbesteuerpflicht für Insolvenzanwälte fällt**

### **Kernaussage**

Die Insolvenzverwaltung durch einen Rechtsanwalt ist vermögensverwaltende Tätigkeit im Sinne des Einkommensteuergesetzes (§ 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG). Hinsichtlich der Frage der gewerblichen Tätigkeit wird die bisherige Vielfältigkeitstheorie aufgegeben, wonach die vermögensverwaltende Tätigkeit gewerbliche Einkünfte begründet, wenn sie die laufende Beschäftigung mehrerer Angestellter erfordert. Entscheidend ist nunmehr die Stempeltheorie, wonach keine gewerbliche Tätigkeit begründet ist, wenn die Partner leitend und eigenverantwortlich tätig sind.

### **Sachverhalt**

Der Kläger ist Rechtsanwalt und unterhält in mehreren Städten Kanzleien bzw. Zweigstellen. Er wurde von verschiedenen Amtsgerichten mit der Verwaltung von Insolvenzfällen beauftragt. Die Bestellungen zum Insolvenzverwalter lauten alle auf seinen Namen. Die Abwicklung der Verfahren erstreckte sich über mehrere Jahre. Der Kläger beschäftigte 3 Anwälte, einen Ökonomen, mehrere Fachkräfte sowie Hilfskräfte. Das beklagte Finanzamt vertrat unter Berufung auf die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) die Auffassung, dass es sich bei den Einkünften des Klägers aus der Insolvenzverwaltertätigkeit um gewerbliche Einkünfte handelt.

### **Entscheidung**

Der BFH hat im Dezember 2010 und Januar 2011 insgesamt 6 Verfahren zu der Frage verhandelt, unter welchen Voraussetzungen Insolvenzanwälte eine gewerbliche Tätigkeit ausüben. Hierbei hat er deutlich gemacht, dass er an seiner bisherigen Rechtsprechung aus dem Jahr 2001 nicht mehr festhalten will. Hintergrund ist, dass die Vermögensverwaltung nicht unter die freien Berufe i. S. d. Einkommensteuergesetzes (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG) fällt und deshalb nicht automatisch von der Pflicht zur Gewerbesteuer befreit ist. Nach der sogenannten Vielfältigkeitstheorie unterlag eine vermögensverwaltende Tätigkeit dieser Steuer, wenn sie die laufende Beschäftigung mehrerer Angestellter erforderte. Nunmehr soll eine gewerbliche Tätigkeit des Insolvenzverwalters nicht begründet sein, solange die Partner leitend und eigenverantwortlich tätig sind.

### **Konsequenz**

Die Urteilsgründe stehen noch aus. Die Rechtsprechungsänderung hat Auswirkung auf alle offenen Besteuerungsverfahren. Gegen noch ergehende Gewerbesteuermessbescheide ist Einspruch einzulegen und auf die neue Rechtsprechung des BFH hinzuweisen.

## **22. Weniger Urlaub für jüngere Arbeitnehmer ist diskriminierend**

### **Kernfrage**

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) verbietet unter anderem die Diskriminierung aus Altersgründen, wenn kein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung vorliegt. Erste arbeitsrechtliche Kernregelung, die dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz zum Opfer gefallen ist, war die Regelung, dass bei der Bestimmung der gesetzlichen Kündigungsfrist Betriebszugehörigkeitszeiten vor dem 25. Lebensjahr nicht mitgerechnet wurden. Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf hat nunmehr zu der Frage entschieden, ob altersabhängige Urlaubsansprüche zulässig sein können.

### **Sachverhalt**

Die 24-jährige Klägerin ist Einzelhandelskauffrau bei einer Einzelhandelskette. Ihr standen laut Tarifvertrag aus Altersgründen nur 34 Urlaubstage anstelle von 36 Urlaubstagen, die vergleichbaren, lediglich älteren Arbeitnehmern gewährt wurden, zu. Mit ihrer hiergegen gerichteten Klage hatte sie vor dem Arbeits- und Landesarbeitsgericht Erfolg.

### **Entscheidung**

Das Gericht sprach der Klägerin den nach Tarifvertrag höchsten Urlaubsanspruch zu, weil eine Altersdiskriminierung vorliege. Ein sachlicher Grund, Arbeitnehmer allein altersbedingt im Hinblick auf den Urlaub ungleich zu behandeln, sei weder vorgetragen noch ersichtlich. Auch das vom beklagten Arbeitgeber vorgetragene Argument, die Urlaubsregelung diene auch dazu, die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu fördern, könne kein legitimes Ziel der Regelung rechtfertigen.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung ist konsequent, allerdings hat das Gericht die Revision zum Bundesarbeitsgericht zugelassen. Das Urteil bedeutet, dass im Zweifel der höhere Urlaubsanspruch auch für jüngere Arbeitnehmer mit gleicher Tätigkeit gilt. Dies gilt insbesondere für Urlaubsansprüche, die durch Tarifverträge geregelt sind.

## **23. ebay-Verkäufern droht die Umsatzsteuer**

### **Kernaussage**

Privatpersonen, die über ebay Gegenstände veräußern, kommen in der Regel nicht auf die Idee, die erzielten Einnahmen der Umsatzsteuer zu unterwerfen. Dies dürfte für gelegentliche Verkäufe zutreffen, mit zunehmender Zahl von Verkäufen steigt jedoch auch das Risiko, steuerlich erfasst zu werden.

### **Sachverhalt**

Ein Ehepaar veräußerte zwischen 2001 und 2005 ca. 1200 Gegenstände, die sie diversen Produktgruppen zugeordnet hatten (z. B. Märklin, Steiff, Sigikid etc.). Die Einnahmen aus diesen Veräußerungen stiegen stetig an und erreichten in 2005 ca. 35.000 EUR. Das Ehepaar erfasste die Einnahmen weder in der Einkommensteuererklärung noch umsatzsteuerlich. Durch Anzeige eines Dritten wurde die Steuerfahndung auf das Ehepaar aufmerksam. Aufgrund der Fahndungsergebnisse unterwarf das Finanzamt sämtliche Einnahmen der Umsatzsteuer. Hiergegen wendete sich das Ehepaar mit dem Argument, lediglich private Sammlungen veräußert zu haben. Diese seien nicht in der Absicht der Wiederveräußerung angeschafft worden, so dass kein gewerbsmäßiges Handeln vorliege.

### **Entscheidung**

Das FG Baden-Württemberg kommt zu dem Ergebnis, dass das Ehepaar nachhaltig mit der Absicht tätig war, Einnahmen zu erzielen. Die Einnahmen unterliegen somit der Umsatzsteuer. Das FG begründet dies mit der hohen Anzahl der Verkäufe (ca. 7 Transaktionen wöchentlich) sowie der Höhe der Einnahmen, die oberhalb der Grenze für Kleinunternehmer (17.500 EUR) lagen. Dass der Einkauf der Gegenstände nicht in der Absicht erfolgte, diese zu veräußern, war nach Ansicht des Gerichtes zumindest im vorliegenden Fall unerheblich.

### **Konsequenzen**

Wer umfangreich über ebay oder ähnliche Internet-Plattformen handelt, sollte sich der steuerlichen Konsequenzen bewusst sein. Die Finanzbehörden versuchen schon seit längerem, Internethändlern auf die Spur zu kommen. Auch neigt die gewerbliche Konkurrenz dazu, auffälliges Verhalten anzuzeigen. Solange die Kleinunternehmergrenze nicht überschritten wird, bleibt dies zumindest für die Umsatzsteuer ohne Folgen. Zu beachten ist, dass der Verkauf einer privaten Sammlung im Regelfall nicht der Umsatzsteuer unterliegt, sofern diese den Abschluss der Sammlertätigkeit bildet. Das FG sah dies jedoch im vorliegenden Fall nicht als gegeben an, da das Ehepaar zahlreiche "Sammlungen" mit erheblichem Aufwand veräußerte.

## **24. BMF zur Umkehr der Steuerschuldnerschaft ab 2011**

### **Kernaussage**

Durch das Jahressteuergesetz 2010 wurde die Umkehr der Steuerschuldnerschaft ausgeweitet, u. a. auf Gebäudereiniger und Schrotthändler. Während die Lieferung des in Anlage 3 zum UStG definierten Schrotts immer zur Umkehr der Steuerschuldnerschaft führt, sind Gebäudereinigungsleistungen nur dann hiervon betroffen, wenn sie gegenüber Gebäudereinigungsunternehmen erbracht werden.

### **Neue Verwaltungsanweisung**

Das Bundesfinanzministerium (BMF) hat nun zur Neuregelung Stellung genommen. Schrotthandel: Das Schreiben führt aus, was als Schrott im Sinne der Anlage 3 zum UStG zu behandeln ist. Nur die Lieferung dieses Schrotts unterliegt der Umkehr der Steuerschuldnerschaft. Haben der Lieferer bzw. dessen Kunde Zweifel, ob es sich um derartigen Schrott handelt, sollen sie eine unverbindliche Zoltarifauskunft beim zuständigen Bildungs- und Wissenschaftszentrum der Bundesfinanzverwaltung diesbezüglich einholen. Werden sowohl Schrott i. S. d. Anlage als auch nicht hiervon erfasster Schrott geliefert, so muss dies bei der Rechnungsstellung berücksichtigt werden. Die jeweiligen Entgelte für die unterschiedlich zu behandelnden



Schrottarten sind getrennt auszuweisen. Gebäudereinigung: Das BMF versteht unter Gebäuden nur Baulichkeiten, die fest mit dem Boden verbunden sind, Container und Kioske zählen z. B. nicht hierzu. Ferner grenzt das Schreiben zwischen Leistungen, die als Gebäudereinigung zu qualifizieren sind und solchen, die nicht hierunter fallen, ab. So gelten z. B. die Reinigung von Inventar sowie die Schornsteinreinigung nicht als Gebäudereinigung i. S. dieser Vorschrift. Zuletzt geht das BMF auf die Wirkung der neu eingeführten Bescheinigung für Gebäudereiniger (USt 1 TG) ein. Wird diese vorgelegt, so kann der leistende Unternehmer davon ausgehen, dass sein Kunde Schuldner der Umsatzsteuer ist.

### **Konsequenzen**

Mag die Neuregelung auch dazu dienen, den Umsatzsteuerbetrug in den betroffenen Branchen einzudämmen, so verkompliziert sie das UStG weiter. Die betroffenen Unternehmen müssen sich mit dem Schreiben auseinandersetzen, um steuerlichen Risiken zu entgehen. Auch ist zu prüfen, ob organisatorisch sichergestellt ist, dass die Vorgaben des BMF berücksichtigt werden. So müssen Schrotthändler z. B. dafür Sorge tragen, dass in den Rechnungen eindeutig zwischen Schrottarten getrennt wird, die zur Umkehr der Steuerschuldnerschaft führen bzw. solchen, die nicht hiervon betroffen sind.

## **25. Rückzahlung von Weiterbildungskosten**

### **Rechtslage**

Übernimmt der Arbeitgeber die Kosten für Weiterbildungsmaßnahmen eines Arbeitnehmers, vereinbaren die Parteien regelmäßig die Rückzahlung solcher Weiterbildungskosten für den Fall, dass das Arbeitsverhältnis während oder in einem bestimmten Zeitrahmen nach Beendigung der Weiterbildungsmaßnahme endet. Für die Zulässigkeit solcher Rückzahlungsvereinbarungen haben die Arbeitsgerichte Rahmenbedingungen abgesteckt, die die Zulässigkeit an die Dauer und die Kosten der Fortbildungsmaßnahme und den Zeitraum der Bindung koppeln. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat über diese Zulässigkeitsparameter in einer jüngeren Entscheidung geurteilt.

### **Sachverhalt**

Der klagende Arbeitgeber hatte für einen Mitarbeiter die Kosten eines Aufbaustudiums übernommen und sich verpflichtet, den Mitarbeiter unter Fortzahlung seiner Vergütung für die insgesamt 3 Studienblöcke freizustellen. Gleichzeitig vereinbarten die Parteien die Rückzahlung der Weiterbildungskosten für den Fall, dass der Mitarbeiter auf eigenen Wunsch vor Ablauf der Fortbildungsmaßnahme das Arbeitsverhältnis beenden würde. Der Mitarbeiter absolvierte 2 Studienblöcke, kündigte sein Anstellungsverhältnis und brach die Fortbildung ab. Der auf Rückzahlung der Fortbildungskosten klagende Arbeitgeber obsiegte in allen Instanzen.

### **Entscheidung**

Nach Ansicht des Bundesfinanzhofs ist es zulässig, dass die berufliche Bindung durch die Dauer und die Ausgestaltung der Fortbildungsmaßnahme selber bedingt werde, wenn ein entsprechender beruflicher Vorteil in Aussicht steht. Diese Zulässigkeit besteht unabhängig davon, dass Rückzahlungsvereinbarungen nur dann wirksam sind, wenn die berufliche Bindung und der Vorteil aus der Weiterbildung in einem angemessenen Verhältnis stehen.

### **Konsequenz**

Der Entscheidung ist zuzustimmen. Sie ergänzt die bisherige Rechtsprechung und stellt klar, dass die Wirksamkeit von Rückzahlungsklauseln nicht deshalb gefährdet ist, weil die Dauer einer Fortbildungsmaßnahme bereits zu einer beruflichen Bindung an den Arbeitgeber führt.

## **26. Keine Eigenbedarfskündigung durch Personenhandelsgesellschaft**

### **Kernaussage**

Personenhandelsgesellschaften können einen Mietvertrag nicht wegen Eigenbedarfs ihrer Gesellschafter kündigen (§ 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB).

### **Sachverhalt**

Der Beklagte mietet seit 2001 Wohnraum von der Klägerin, einer GmbH & Co. KG. Kommanditisten und Gesellschafter der persönlich haftenden Gesellschafterin der GmbH & Co. KG (also

ihrer Komplementär-GmbH) ist ein Seniorenehepaar. Der Ehemann ist gleichzeitig Geschäftsführer der Komplementär-GmbH. Die Klägerin sprach im Jahr 2009 gegenüber dem Beklagten die ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses aus. Die Kündigung wurde damit begründet, dass das Seniorenehepaar die Wohnung selbst benötigen würde. Die Räumungsklage hatte in keiner Instanz Erfolg.

### **Entscheidung**

Die Eigenbedarfskündigung war nicht wirksam. Einer Personenhandelsgesellschaft kann der Eigenbedarf ihrer Gesellschafter nicht zugerechnet werden. Anders verhält es sich bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), die insoweit nicht schlechter zu stellen ist als eine einfache Vermietermehrheit. Ob die Vermieter auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage einen gemeinsamen Zweck verfolgen, hängt häufig vom Zufall ab, so dass eine andere Wertung als willkürlich erscheinen würde. Die Gründung einer Kommanditgesellschaft (KG) oder offenen Handelsgesellschaft (oHG) erfolgt hingegen nicht zufällig, sondern setzt eine umfangreiche organisatorische und rechtsgeschäftliche Tätigkeit voraus. Eine vergleichbare Interessenlage ist daher nicht gegeben. Auch die Teilrechtsfähigkeit der GbR rechtfertigt keine Gleichbehandlung mit anderen Personengesellschaften. Die betrieblich bedingte Notwendigkeit, die Wohnung Mitarbeitern oder Geschäftsführern zur Verfügung zu stellen, begründet nur ein berechtigtes Interesse aber keinen Eigenbedarf.

### **Konsequenz**

Der BGH grenzt mit dieser Entscheidung den Kreis der von einer Eigenbedarfskündigung begünstigten Personen deutlich ein. Der spätere Eigennutzungswunsch der Gesellschafter ist bereits bei der Rechtsformwahl zu beachten.

## **27. Abschaffung der Arbeitslosenhilfe ist verfassungsgemäß**

### **Kernfrage**

Mit Wirkung zum 1.1.2005 wurde die ehemalige Arbeitslosenhilfe abgeschafft. Die Arbeitslosenhilfe wurde seinerzeit als Sozialleistung im Anschluss an das Arbeitslosengeld gezahlt und basierte auf dem ehemaligen Einkommen. Sie wurde ersetzt durch das Arbeitslosengeld II, das bedarfsorientiert gewährt wird. Das Bundesverfassungsgericht hatte jetzt über die Verfassungsmäßigkeit der Abschaffung der Arbeitslosenhilfe zu entscheiden.

### **Sachverhalt**

Der Kläger hatte bis zum 31.12.2004 Arbeitslosenhilfe erhalten und verlangte ab dem 1.1.2005 die Zahlung von Arbeitslosengeld II. Sein Antrag wurde mit der Begründung abgelehnt, das anzurechnende Einkommen (die Ehefrau war berufstätig) übersteige den Familienbedarf im Rahmen des Arbeitslosengeldes II. Der Kläger klagte darauf hin auf die Weiterzahlung der Arbeitslosenhilfe mit der Begründung, ihre Abschaffung verletze ihn in seiner verfassungsrechtlich geschützten Eigentumsfreiheit. Er verlor zuletzt vor dem Bundesverfassungsgericht.

### **Entscheidung**

Nach Ansicht der Richter sind die Ansprüche des Klägers auf Sozialleistungen nicht durch die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes geschützt. Verfassungsrechtlicher Schutz komme nur dort in Frage, wo Existenzsicherung betroffen sei. Insbesondere habe die Arbeitslosenhilfe nicht im Zusammenhang mit den Beiträgen zur Arbeitslosenversicherung gestanden. Diese finanzierten das Arbeitslosengeld; die Arbeitslosenhilfe sei aber steuerfinanziert gewesen. Außerdem sei die Arbeitslosenhilfe stets abschnittsweise gewährt worden, so dass die Abschaffung auch nicht unzulässigerweise in eine vertrauensgeschützte Rechtsposition eingreife.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung stellt die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Einführung des Arbeitslosengeldes II dar. Darüber hinaus wird man aus ihr aber wohl auch schließen können, dass Sozialleistungen nur im Ausnahmefall verfassungsrechtlich geschützt sind und für die Zukunft in der Regel kein Vertrauen auf ihre Gewährung besteht.

Mit freundlichen Grüßen