

## Ihre Mandanteninformationen des Monats Juni 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

#### **Privatbereich**

1. "Fallbeilregelung" beim Kindergeld: BVerfG nimmt Beschwerde nicht an
2. Aufwendungen für häusliches Arbeitszimmer von Kapitalanlegern
3. Haftung: Keine Grundsatzvermutung für beratungsgerechtes Verhalten
4. "Drei-Objekt-Grenze": Grundstücksaktivitäten von Schwestergesellschaft
5. Auskunftsersuchen an Bank nur bei konkretem Anlass
6. Verfassungsbeschwerde gegen Grundsteuer erfolglos

#### **Unternehmer und Freiberufler**

1. Vorsätzlich begangene Steuerstraftat: Auswahlermessungen
2. Moderne Hörhilfen können zu Taxischein verhelfen
3. Verwaltung für Mitgliedsvereine als wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb
4. Unfallversicherungsschutz für ehrenamtliche Helfer im Ausland
5. Kein Beweisverwertungsverbot bei zufällig mitgehörten Telefonaten
6. Verwendung einer Marke als Schlüsselwort beim Keyword-Advertising
7. Abziehbarkeit von Ausgleichszahlungen zur Wiedergutmachung
8. Gewerbliche Tätigkeit als Liebhaberei
9. Umsätze aus Pensionspferdehaltung unterliegen Regelbesteuerung
10. Auch ein befristeter Arbeitsvertrag kann vorzeitig gekündigt werden
11. Bundestag klärt in § 15a RVG den Begriff der Anrechnung
12. Kfz-Steuerbefreiung für Katastrophenfahrzeuge
13. Gewerblicher Grundstückshandel
14. Unternehmereigenschaft von Hochschulen
15. Vorsteuerabzug für Blockheizkraftwerk auch bei geringen Umsätzen
16. Die langfristige Vermietung von Turnhallen ist steuerfrei
17. Gewinnbeteiligung eines typisch stillen Gesellschafters
18. Zum Vorsteuerabzug bei gemischt genutzten Gebäuden
19. Digitale Betriebsprüfung in der Gastronomie
20. Das Legen von Hauswasseranschlüssen im UStG

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

1. Fristlose Kündigung nach unterbliebener Arbeitsunfähigkeitsanzeige
2. EU-Markenschutz seit 1.5.2009 kostengünstiger und einfacher
3. Offenlegungspflicht gilt auch für kleine Kapitalgesellschaften
4. EuGH segnet Pflichtmitgliedschaft in Berufsgenossenschaft ab
5. Wertermittlung einer GmbH: nach Stichtag geminderter Kaufpreis
6. Arbeitsunfähige Arbeitnehmer zur Rückgabe des Dienstwagen verpflichtet
7. Ausgeschiedener Gesellschafter muss Schuldbefreiungsanspruch beweisen
8. Keine Ist-Besteuerung für Steuerberatungs-GmbH
9. Dauernde Wertminderung erst bei Kursverfall um mehr als 40 %
10. Sonderabschreibung kann steuerneutral rückgängig gemacht werden
11. Keine Pauschalwertberichtigung für Zinsverlust
12. Gewerbesteuer-Rückstellung auch ab 2008 in der Steuerbilanz

### **Privatbereich**

#### **1. "Fallbeilregelung" beim Kindergeld: BVerfG nimmt Beschwerde nicht an**

##### **Einleitung**

Bei der Einkommensteuerveranlagung wird ein Kind gemäß § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG nur berücksichtigt, wenn es Einkünfte und Bezüge von nicht mehr als 7.680 EUR (in 2000: 13.500 DM) p. a. bzw. 640 EUR (in 2000: 1.125 DM) pro Monat hat.

##### **Sachverhalt**

Der in 1980 geborene Sohn der Klägerin war nach seiner Ausbildung zum Bankkaufmann befristet bis zum 31.3.2000 bei einer Bank beschäftigt. Ab 1.4.2000 meldete er sich arbeitslos und bezog bis zum 30.4.2000 Arbeitslosengeld i. H. v. 1.189,50 DM. Am 1.5.00 trat er seinen Grundwehrdienst an. Das für den Monat April 2000 beantragte Kindergeld wurde nicht gewährt, da die Bezüge des Sohnes im April 2000 den anteiligen Jahressgrenzbetrag i. H. v. 1.125 DM (1/12 von 13.500 DM) überschritten.

##### **Entscheidung**

Im finanzgerichtlichen Verfahren machte die Klägerin geltend, aus verfassungsrechtlichen Gründen eine Härtefallregelung einzufordern, weil die Bezüge im April 2000 den maßgebenden Grenzbetrag nur geringfügig überschritten. In der Revision entschied der BFH, dass die Ausgestaltung des Grenzbetrags nach § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG als Freigrenze nach der Rechtsprechung des BFH verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist. Die von der Klägerin eingereichte Verfassungsbeschwerde gegen den für die Berechtigung zum Bezug von Kindergeld maßgeblichen starren Grenzwert ohne Härtefallregelung in § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG scheiterte vor dem Bundesverfassungsgericht. Grund: Die Beschwerdeführerin habe nicht hinreichend dargelegt, dass sie durch die angegriffenen Urteile oder durch § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG in ihren Grundrechten verletzt sein könnte. Damit habe das Gericht allerdings keine Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit von § 32 Abs. 4 Satz 2 EStG getroffen.

#### **2. Aufwendungen für häusliches Arbeitszimmer von Kapitalanlegern**

##### **Kernproblem**

Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer sind gemäß § 4 Abs. 5 Nr. 6b EStG als Werbungskosten/Betriebsausgaben nur dann steuerlich berücksichtigungsfähig, wenn das Arbeitszimmer den Mittelpunkt der gesamten betrieblichen und beruflichen Tätigkeit bildet.

##### **Sachverhalt**

Ein Arbeitnehmer begeht den Abzug der Kosten für ein häusliches Arbeitszimmer als

Werbungskosten bei den Kapitaleinkünften. Er führt an, dass er seine Kapitalanlageentscheidungen ausschließlich in seinem Arbeitszimmer trifft.

### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof folgte der Auffassung des Klägers nicht. Bei allen Einkunftsarten - und damit auch bei den Kapitaleinkünften - setzt die volle Berücksichtigung von Werbungskosten für ein häusliches Arbeitszimmer voraus, dass dieses den Mittelpunkt der gesamten betrieblichen und beruflichen Tätigkeit bildet. Zwar steht bei den Einkünften aus Kapitalvermögen - wie auch bei Vermietungseinkünften - nicht die Tätigkeit als solches im Vordergrund, sondern die Verwaltung des Vermögens, jedoch findet diese im natürlichen Sprachgebrauch übliche Unterscheidung keine Anwendung im Steuerrecht. Die Vorschrift des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b EStG sei mit der Maßgabe sinngemäß anzuwenden, dass nicht im Wortsinn auf die betriebliche und berufliche Tätigkeit abzustellen ist, sondern allein auf die gesamte der Erzielung von Einkünften dienende Tätigkeit des Steuerpflichtigen. Da der Kläger in einem Dienstverhältnis stand und damit seine Haupttätigkeiten außerhalb des häuslichen Arbeitszimmers ausübt, war ein unbeschränkter Abzug der Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer bei den Kapitaleinkünften ausgeschlossen.

### **Konsequenz**

Die Argumentation des BFH dürfte nicht überraschen. Die gesetzliche Regelung des § 4 Abs. 5 Nr. 6b EStG lässt keine andere Schlussfolgerung zu. Wohl dadurch ist es zu erklären, dass das erinstanzliche Finanzgericht in diesem Fall keine Revision beim BFH zuließ und der BFH die seitens des Klägers eingereichte Nichtzulassungsbeschwerde wegen eindeutiger Rechtslage zurückgewiesen hat.

## **3. Haftung: Keine Grundsatzvermutung für beratungsgerechtes Verhalten**

### **Kernfrage/Rechtslage**

In Fällen der Beraterhaftung ist der Mandant insoweit privilegiert, als dass es eine Vermutung zu beratungsgerechtem Verhalten gibt. Das heißt, liegt eine Fehlberatung objektiv vor, dann muss der Mandant im Prozess gegen den Berater zwar beweisen, dass die Fehlberatung kausal für die Fehlentscheidung und damit den Schaden geworden ist. Diese Kausalität kann aber damit bewiesen werden, dass davon auszugehen ist, dass sich der Mandant entsprechend der richtigen Beratung verhalten hätte. Der Bundesgerichtshof hat diesen Grundsatz beratungsgerechten Verhaltens nunmehr eingeschränkt.

### **Entscheidung**

Ein Steuerberater hatte über die steuerlichen Folgen eines Grundstücksverkaufes falsch beraten. Dadurch war dem Mandanten ein Schaden von rd. 500.000 DM entstanden. Der Mandant berief sich darauf, sich bei richtiger Beratung anders verhalten zu haben. Der Bundesgerichtshof nahm den Fall zum Anlass, um im Hinblick auf die Beweiserleichterung durch die Figur des beratungsgerechten Verhaltens Folgendes klarzustellen: Die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens, die rechtlich ein sogenannter Anscheinsbeweis ist, gilt uneingeschränkt nur in klar und eindeutig liegenden Ausgangslagen, was bei Grundstücksverkäufen in der Regel nicht der Fall sei. Im Übrigen gelte sie nur, wenn im Hinblick auf die Interessenlage oder andere objektive Umstände eine bestimmte Entschließung des zutreffend unterrichteten Mandanten mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten gewesen wäre. Dabei sind tatsächliche Feststellungen notwendig, die bei sachgerechter Aufklärung durch den Berater aus der Sicht eines vernünftigen Mandanten eindeutig eine bestimmte tatsächliche Reaktion nahe gelegt hätten. Mit anderen Worten: Ist die Ausgangslage nicht eindeutig, muss der Mandant beweisen, dass er sich bei zutreffender Beratung anders verhalten hätte.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung ist angesichts der stetig weiter reichenden Rechtsprechung zur Beraterhaftung zu begrüßen. Die Beweisvermutung des beratungsgerechten Verhaltens dürfte nunmehr nur noch dort greifen, wo nahezu von Anfang an feststehen musste, dass sich der Mandant bei richtiger Beratung anders verhalten hätte.

#### 4. "Drei-Objekt-Grenze": Grundstücksaktivitäten von Schwestergesellschaft

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

##### **Sachverhalt**

Eine GbR betreibt einen gewerblichen Grundstückshandel. Eine beteiligungsidentische Grundstücksgemeinschaft der beiden gleichen Gesellschafter hat ein Objekt erworben und dieses innerhalb der 5-Jahresfrist veräußert. Nach Ansicht der Steuerpflichtigen war die Grundstücksgemeinschaft nur vermögensverwaltend tätig; das Finanzamt zählte die Veräußerungen beider Personengesellschaften jedoch zusammen und nahm auch für die Grundstücksgemeinschaft einen gewerblichen Grundstückshandel an.

##### **Entscheidung**

Der BFH ist der Auffassung des Finanzamtes nicht gefolgt. Die private Vermögensverwaltung ist noch nicht verlassen worden, weil die Gesellschafter - teilweise im Rahmen einer anderen Personengesellschaft - mehr als 3 Objekte veräußert haben. Der Grundsatz der Einheit der Gesellschaft verbietet die Zusammenrechnung zweier Personengesellschaften, deren Gesellschafter teilweise identisch sind. Dasselbe gilt auch für Gesellschaften, an denen ausschließlich dieselben Personen beteiligt sind. Das besagte Streitobjekt haben die Gesellschafter nicht in "unbedingter Veräußerungsabsicht" erworben. Im Rahmen der Grundstücksgemeinschaft erzielen die Gesellschafter Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung.

##### **Konsequenz**

Etwaige Veräußerungen einer GbR werden ihren Gesellschaftern als Zählobjekt zugerechnet. Eine Hinzurechnung bei 2 ggf. sogar 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.

#### 5. Auskunftsersuchen an Bank nur bei konkretem Anlass

##### **Kernproblem**

Neben dem Steuerpflichtigen haben auch andere Personen dem Finanzamt gegenüber auf Anforderung Auskünfte zu erteilen, die zur Feststellung eines steuerrelevanten Sachverhalts erforderlich sind. In der Praxis treffen derartige Auskunftsersuchen regelmäßig Banken, bei denen die Finanzämter Informationen zu den Kapitaleinkünften ihrer Kunden abfragen. Insbesondere bei Sammelauskunftsersuchen, bei denen die Anfrage nicht auf einen konkreten Steuerpflichtigen oder eine kleine Gruppe beschränkt ist, muss hierzu jedoch ein hinreichender Prüfungsanlass bestehen.

##### **Sachverhalt**

Eine Bank hatte ihren Kunden Bonusaktien (sog. Treueaktien) aus dem zweiten und dritten Börsengang der Deutschen Telekom AG zugeteilt und in deren Depots aufgenommen. Dieser Bezug führte nach einem Urteil des BFH zu steuerpflichtigen Einkünften der Kunden. Die Bank nahm die Bonusaktien zwar nicht in die jährliche Ertragsaufstellung ihrer Kunden auf, wies ihre Kunden aber in einem beigefügten Schreiben darauf hin, dass die Beträge in die Einkommensteuererklärung aufzunehmen sind. Die Steuerfahndung stellte fest, dass ein Bankkunde die Einkünfte aus der Zuteilung von fünf (!) Treueaktien in seiner Steuererklärung nicht angegeben hatte. Daraufhin forderte das Finanzamt die Bank auf, die Daten sämtlicher in Sachsen ansässiger Kunden mitzuteilen, die Treueaktien der Deutschen Telekom AG erhalten hatten.

##### **Entscheidung**

Der BFH hat entschieden, dass das Sammelauskunftsersuchen im vorliegenden Fall unzulässig war,

weil es an einem hinreichenden Anlass für eine Überprüfung fehlte, ob die Bankkunden ihre steuerpflichtigen Einnahmen in voller Höhe erklärt hätten. Die BFH-Richter hielten der Bank zu Gute, dass sie ihre Kunden unmissverständlich darauf hingewiesen habe, dass der Bezug von Bonusaktien zu steuerpflichtigen Einnahmen geführt hat. Die Anfrage des Finanzamtes hatte daher den Charakter einer unzulässigen Rasterfahndung.

#### **Konsequenz**

Die vorliegende Entscheidung zeigt dem Fiskus Grenzen für Sammelauskunftsersuchen an Banken auf. Derartige Anfragen "ins Blaue hinein" dürften ohne konkrete Anhaltspunkte regelmäßig unzulässig sein. Allerdings erleichtert die ab dem Jahr 2009 geltende Abgeltungsteuer dem Fiskus die flächendeckende Besteuerung, weil auch Veräußerungsgewinne dem Steuerabzug von 25 % unterliegen. Wiederum sind die Banken hieran beteiligt - wenn auch nicht als Auskunftspflichtige, so doch als diejenigen, die die Steuer einbehalten und abführen müssen.

## **6. 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.

## **Unternehmer und Freiberufler**

### **1. Vorsätzlich begangene Steuerstrafat: Auswahlermessens**

#### **Einführung**

Der Arbeitgeber haftet neben dem Arbeitnehmer für die nicht abgeführte Lohnsteuer. In einem solchen Fall muss das Finanzamt sorgfältig abwägen, gegen wen vorgegangen wird. Streitig war, ob grundsätzlich der Arbeitnehmer vorrangig in Anspruch zu nehmen ist.

#### **Entscheidung**

Der Kläger betrieb mit Fremdpersonal mehrere Verkaufsstände. Das Finanzamt nahm ihn wegen der Zahlung von Schwarzlöhnen auf Zahlung der nicht abgeführten Steuern in Anspruch. Der Kläger war der Auffassung, die Beträge hätten von den namentlich bekannten Arbeitnehmern nachgefordert werden müssen. Der BFH ist dieser Argumentation nicht gefolgt. Zwar stehe die Entscheidung, welcher von mehreren grundsätzlich gleichrangigen Schuldndern in Anspruch genommen werden soll, nicht im freien Belieben, sondern im pflichtgemäßem Auswahlermessens der Behörde. Jedoch sei im Fall vorsätzlicher Steuerstrafataten diese Ermessensentscheidung in der Weise vorgeprägt, dass es einer besonderen Begründung der Auswahl nicht bedürfe. Habe jemand eine vorsätzliche Steuerstrafat begangen, so sei es im Regelfall billig und gerecht, wenn ihn die Finanzbehörde für den Steuerschaden in Anspruch nehme. Diese Vorprägung gelte insbesondere auch dann, wenn sich mehrere Gesamtschuldner einer vorsätzlichen Steuerstrafat schuldig gemacht hätten und deshalb bei der Ausübung des Auswahlermessens grundsätzlich gleichrangig nebeneinander stünden.

### **Konsequenz**

Arbeitgeber müssen bei Schwarzlöhnen künftig mit einer verstärkten Inanspruchnahme wegen der nicht abgeführtten Steuern rechnen.

## **2. Moderne Hörhilfen können zu Taxischein verhelfen**

### **Einführung**

Nach einer gesetzlichen Regelung (Begutachtungsleitlinien für die Kraftfahrereignung) können hochgradig Schwerhörige keine Fahrerlaubnis zur Fahrgastbeförderung erhalten. Streitig war, ob diese Rechtsvorschrift die Eignung Schwerhöriger ausnahmslos ausschließt.

### **Entscheidung**

Der Antrag der Klägerin auf Erteilung einer Fahrerlaubnis zur Fahrgastbeförderung wurde mit Hinweis auf die Begutachtungsleitlinien abgelehnt. Danach müsse der Hörverlust ohne Hörhilfen festgestellt werden, denn er könne durch Hörgeräte bislang nicht ausreichend zuverlässig kompensiert werden. Das Oberverwaltungsgericht hat diese Entscheidung aufgehoben und die Fahrerlaubnis ("P-Schein", "Taxischein") unter Auflagen zugesprochen, weil sie mit Hilfe des ihr angepassten modernen volldigitalen Hörgeräts den hierfür bestehenden Anforderungen an die körperliche Eignung genüge. Die Eignung müsse im Einzelfall geprüft werden, wenn es Anhaltspunkte für dessen Abweichung von der Regel gebe. Ein medizinisches Gutachten hätte ergeben, dass die Hörgeräteakustik mit der Einführung volldigitaler Hörsysteme seit dem Jahr 2004 einen "Quantensprung" gemacht habe, der Bedenken gegen die Zuverlässigkeit der Hörhilfen nicht mehr zulasse. Mit solchen modernen Hörgeräten könne ein Sprachverständnis erreicht werden, das nahezu dem eines normal höfahigen Menschen entspreche. Ihr Sprachverständnis habe sich nicht nur durch das medizinische Gutachten, sondern auch in der mündlichen Verhandlung eindrucksvoll bestätigt.

## **3. Verwaltung für Mitgliedsvereine als wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb**

### **Kernproblem**

Betätigt sich eine gemeinnützige Organisation wirtschaftlich, kann dies in einem steuerbegünstigten Zweckbetrieb oder in einem normal steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb geschehen. Umsatzsteuerlich findet entweder der ermäßigte oder der reguläre Steuersatz Anwendung. Dieser Steuersatz ist immer dann von wesentlicher Bedeutung, wenn der Leistungsempfänger nicht vorsteuerabzugsberechtigt ist; die in Rechnung gestellte Umsatzsteuer stellt dann einen zusätzlichen Kostenfaktor dar.

### **Sachverhalt**

Ein gemeinnütziger Verein erbringt für seine Mitgliedsvereine Geschäftsführungs- und Verwaltungsleistungen. Es liegt seines Erachtens ein Zweckbetrieb gemäß § 68 Nr. 2 b) AO vor. Der ermäßigte Umsatzsteuersatz findet Anwendung. Nach Auffassung sowohl des Finanzamts als auch des FG Nürnberg liegt jedoch ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb vor. Die Umsätze sind dem regulären Umsatzsteuersatz zu unterwerfen.

### **Entscheidung**

Der BFH bestätigt die Auffassung, dass ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb vorliegt. Die Voraussetzungen des § 68 Nr. 2 b) AO sind nicht erfüllt. Die Verwaltungsabteilung ist keine andere Einrichtung im Sinne der Vorschrift, die für die Selbstversorgung des Vereins erforderlich ist. Umfasst werden nur Einrichtungen, die ihrer Art nach nicht regelmäßig ausgelastet sind. Deshalb erbringen sie gelegentlich auch Leistungen an Dritte. Die Einrichtung des Vereins war aber personell für die dauerhafte Erbringung von Leistungen an Dritte ausgestattet. Auch die allgemeinen Voraussetzungen für einen Zweckbetrieb nach § 65 AO sind nicht erfüllt. Seine gemeinnützigen Zwecke kann der Verein bereits nicht nur durch den Geschäftsbetrieb seiner Verwaltungs- und Geschäftsstelle erreichen.

### **Konsequenz**

Das Urteil zeigt wieder einmal, dass ein Hauptaugenmerk bei gemeinnützigen Organisationen auf der Umsatzsteuer zu liegen hat. Ertragsteuerlich wurde aufgrund der Weiterbelastung der anteiligen

Personalkosten kein Gewinn erzielt; die Einstufung in Zweckbetrieb oder wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb hat keine materiellen Konsequenzen. Umsatzsteuerlich kostet die Anwendung des regulären Steuersatzes viel Geld, da die Mitgliedsvereine nicht vorsteuerabzugsberechtigt sind.

#### 4. Unfallversicherungsschutz für ehrenamtliche Helfer im Ausland

##### **Kernproblem**

Ein Busfahrer, der für einen Verein ehrenamtlich nach Weißrussland und anschließend wieder zurück fährt, genießt auch dann den Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung in Deutschland, wenn er im Ausland verunglückt.

##### **Sachverhalt**

Der Kläger war bis zu seinem Unfall hauptberuflich Busfahrer im Linienverkehr eines Regionalbusunternehmens. In Freizeit und Urlaub war er zudem als Busfahrer für einen Kinderhilfe-Verein tätig, der Erholungsaufenthalte für russische Kinder in der Pfalz organisierte. In 2002 verunglückte der Kläger als Beifahrer im vereinseigenen Bus aufgrund einer Unachtsamkeit des Fahrers auf der Rückfahrt nach Deutschland. Der Kläger erlitt schwerste Verletzungen mit bleibenden Folgen und wurde lange Zeit stationär behandelt. Die Berufsgenossenschaft lehnte eine Anerkennung der gesundheitlichen Folgen und eine Verletztenrente ab. Die Klage war erfolgreich.

##### **Entscheidung**

Der gesetzliche Unfallversicherungsschutz endet nicht an der deutschen Grenze. Zwar gelten die inländischen Vorschriften grundsätzlich nur für Personen, die in Deutschland beschäftigt sind. Werden Arbeitnehmer aber im Rahmen von Entsendungen tätig (Arbeit im Rahmen eines in Deutschland bestehenden Beschäftigungsverhältnisses im Ausland), besteht Versicherungsschutz, wenn die Arbeit zeitlich begrenzt ist. Wenn der Arbeitgeber seinen Sitz im Inland hat und seine Arbeitnehmer gehalten sind, turnusmäßig an den Betriebssitz zurückzukehren, müssen auch Unfälle im Ausland von der deutschen Berufsgenossenschaft entschädigt werden. Dies war hier der Fall. Der Verein hatte seinen Sitz in Deutschland und entfaltete auch seine wesentliche Tätigkeit hier. Sein Zweck war die medizinische und kurative Hilfeleistung an strahlengeschädigte Kinder, für die Überführungsfahrten zwischen der Pfalz und Weißrussland notwendig waren. Auch erhielt der Kläger seinen Weisungen nicht aus Russland, sondern ausschließlich aus Deutschland.

##### **Konsequenz**

Der deutsche Versicherungsschutz besteht trotz einer Reise ins Ausland, wenn der Busfahrer sich nur vorübergehend dort aufgehalten hat. Er hat seine Beschäftigung im Geltungsbereich des deutschen Gesetzes nicht verloren.

#### 5. 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.

## **6. Verwendung einer Marke als Schlüsselwort beim Keyword-Advertising**

### **Einführung**

Der Suchmaschinenbetreiber Google eröffnet die Möglichkeit, anhand eines Schlüsselworts auf einem auf einer Internetseite erscheinenden Werbeplatz (AdWord-Anzeige) zu werben. Gegen Zahlung eines Entgelts zeigt Google die vorgegebene AdWord-Anzeige, wenn der als Schlüsselwort benannte Begriff von einem Internetnutzer in die Suchmaske eingegeben wird. Die AdWord-Anzeige erscheint rechts neben der Trefferliste in einem gesonderten Bereich, der mit Anzeige überschrieben ist. Streitig ist, ob durch die Verwendung eines Schlüsselworts eine Marke beeinträchtigt werden kann.

### **Entscheidung**

Die Klägerin ist Inhaberin einer Wortmarke. Unter dieser Bezeichnung werden Artikel von ihr im Internet angeboten. Die Beklagte bietet in ihrem Internetshop vergleichbare Produkte an. Sie nutzte "Google-AdWords", um für ihr Angebot zu werben, und verwendete hierbei die Wortmarke der Klägerin als Schlüsselwort. Der BGH hat die Frage, ob durch die Verwendung eines Schlüsselworts eine markenmäßige Benutzung vorliegt, zur Auslegung einer EU-Richtlinie dem EuGH vorgelegt und das Verfahren ausgesetzt. In einem anderen Rechtsstreit hat der BGH bezogen auf ein Unternehmenskennzeichen einen Unterlassungsanspruch abgelehnt, da keine Verwechslungsgefahr bestehe.

### **Konsequenz**

Es ist damit zu rechnen, dass die Klage abgewiesen wird. Im Ergebnis würde dies bedeuten, dass die räumlich abgesetzte Werbung mit Schlüsselwörtern zulässig wäre. Dagegen könnte ein Rechtsstreit über eine Werbung unmittelbar über den Suchergebnissen anders entschieden werden, da in diesem Fall die Abgrenzung zwischen der Trefferliste und dem Anzeigenbereich für den Nutzer deutlich schwieriger ist.

## **7. Abziehbarkeit von Ausgleichszahlungen zur Wiedergutmachung**

### **Kernproblem**

Steuerlich nicht abzugsfähig sind die in einem Strafverfahren festgesetzten Geldstrafen und sonstige Rechtsfolgen vermögensrechtlicher Art, bei denen der Strafcharakter überwiegt. Gleichermaßen gilt für Leistungen zur Erfüllung von Auflagen oder Weisungen, soweit die Auflagen oder Weisungen nicht lediglich der Wiedergutmachung des durch die Tat verursachten Schadens dienen. Das bedeutet jedoch nicht ein Abzugsverbot für jegliche Ausgleichszahlungen an das geschädigte Tatopfer, die ein Strafgericht dem Steuerpflichtigen auferlegt. Dies hat der BFH nochmals festgestellt.

### **Sachverhalt**

Im Streitfall war der Ingenieur einer Baufirma im Zusammenhang mit unzulässigen Preisabsprachen zu einer Gesamtstrafe von zehn Monaten auf Bewährung verurteilt worden. Das Strafgericht hatte es dabei zur Auflage gemacht, zu Gunsten des Geschädigten als Schadenswiedergutmachung einen Geldbetrag von 100.000 DM zu leisten. Die Auflage wurde erfüllt, nachdem die Baufirma dem Ingenieur den Betrag zur Verfügung stellte. An dem Vorliegen von Arbeitslohn bestand kein Zweifel. Aber was war mit einem gleichhohen Werbungskostenabzug?

### **Entscheidung**

Der BFH entschied, dass das einkommensteuerliche Abzugsverbot dem Werbungskostenabzug der Bewährungsauflage nicht entgegenstehe. Ein solches könne nur für Auflagen und Weisungen gelten, die als strafähnliche Sanktionen die Aufgabe haben, Genugtuung für das begangene Unrecht zu schaffen. Dagegen fallen Zahlungen zum Ausgleich von Schäden nicht hierunter, auch wenn sie im strafgerichtlichen Verfahren zur Schadenswiedergutmachung auferlegt werden. Nach Auffassung des BFH wird dem Täter durch eine solche Bewährungsauflage kein besonderes Opfer abverlangt. Vielmehr sei der Ausgleich für das begangene Unrecht in der bloßen Erfüllung zivilrechtlicher Ersatzpflichten erschöpft.

### **Konsequenz**

Der juristische Laie fragt sich, worin denn dann die Strafe besteht, wenn nur ein Vorteil ausgeglichen wird - wäre da nicht der Makel der Vorbestrafung. Aber sei es drum: Bei dem Strafurteil gilt es also hinsichtlich der ausgesprochenen Auflage genau hinzusehen. Nach dem vom BFH untersuchten § 56b StGB gibt es hierfür 4 Möglichkeiten: Wiedergutmachung des Schadens, Zahlung eines Geldbetrags zugunsten einer gemeinnützigen Einrichtung, Erbringung sonstiger gemeinnütziger Leistungen oder Zahlung zugunsten der Staatskasse. Zumindest die Aufwendungen im Zusammenhang mit der erstgenannten Auflage können zum Steuerabzug führen.

## **8. Gewerbliche Tätigkeit als Liebhaberei**

### **Kernproblem**

Was die Liebe mit dem Steuerrecht zu tun hat, erschließt sich einem auf den ersten Blick nicht so recht. Doch wer sein Hobby zum Beruf gemacht hat, der weiß vielleicht, wovon man spricht. Leider geht es hier nicht um den Straßentenfußballer, der es mit Sport zum Millionär geschafft hat und brav seine Einkommensteuern zahlt. Sondern es geht nicht selten um den (Lebens)Künstler, dessen Einnahmen die Ausgaben nicht decken. Das Finanzamt unterstellt hier nicht selten steuerlich unbeachtliche "Liebhaberei". Dieser Standardfall wird in guter Regel durch weitere Streitfälle angereichert, die zunächst nicht auf persönliche Neigungen schließen lassen. Das Hessische FG hat jetzt eine gewerblich betriebene 12-Betten-Pension, die jahrelang Verluste erwirtschaftete und der ein hoher prognostizierter Totalverlust drohte, der Liebhaberei zugeordnet.

### **Bisherige Rechtsprechung**

Eine einkommensteuerlich relevante Betätigung setzt nach der Rechtsprechung des BFH das Streben nach einem Totalgewinn voraus (Gesamtergebnis des Betriebs von der Gründung bis zur Veräußerung, Aufgabe oder Liquidation). Bei gewerblichen Betrieben spricht der Beweis des ersten Anscheins häufig für eine solche Absicht. Dauernde Verluste allein reichen für die Entkräftung des Anscheinsbeweises auch nicht aus. Bei längeren Verlustperioden müssen weitere Umstände hinzukommen, die auf persönliche Gründe oder Neigungen schließen lassen.

### **Entscheidung des FG**

Die Richter wiesen die Klage der Gewerbetreibenden ab. Wichtiges Merkmal für die Feststellung der Gewinnerzielungsabsicht sei, wie ein Steuerpflichtiger auf eine längere Verlustperiode reagiere, z. B. ob er die verlustbringende Tätigkeit fortführe, eine Umstrukturierung vornehme oder sich um eine Beendigung bemühe. Zwar mache es nach Auffassung der Richter keinen Sinn, einen unprofitablen Gewerbebetrieb alleine aus steuerlichen Gesichtspunkten weiter zu betreiben, denn das den individuellen Grenzsteuersatz übersteigende Kapital stelle eine echte Vermögensminderung dar. Im Fall des Pensionsbetriebes kam jedoch dazu, dass durch den Betrieb die Möglichkeit eröffnet wurde,

ohnehin anfallende Kosten für die Unterhaltung der Immobilie in den einkommensteuerlich relevanten Bereich zu verlagern. Dies gelte insbesondere dann, wenn die Betreiber über anderweitige Einkünfte für ihre notwendige Lebensführung verfügen.

### **Konsequenz**

Die Argumentation des FG bringt nichts Neues. Aufhorchen lässt jedoch, dass Verluste eines "normalen Gewerbebetriebs" in Zweifel gezogen wurden. Die Urteilsbegründung lässt jedoch auch die Annahme zu, dass schlecht taktiert wurde. So erwähnen die Finanzrichter, dass die Klägerin im Erörterungstermin selbst ausgeführt habe, dass das Haus ansonsten leer stehen würde.

## **9. Umsätze aus Pensionspferdehaltung unterliegen Regelbesteuerung**

### **Urteilsfall**

Der Kläger betreibt einen Betrieb der Pferdepensionshaltung. Die mündlich geschlossenen Verträge beinhalten die Gestellung der Pferdeboxen, die Lieferung von Einstreu und das Entmisten, die Lieferung von Heu, welches zu 90 % aus eigener Produktion stammt, sowie die Lieferung von Wasser und Kraftfutter. Darüber hinaus wird den jeweiligen Einstallern die Möglichkeit eingeräumt, vorhandene Anlagen, wie insbesondere Reithalle und Außenreitplatz, zu nutzen. Demzufolge fällt die Tätigkeit der Pferdepensionshaltung nach dem Urteil des BFH aus 2004 nicht mehr unter den Anwendungsbereich der Durchschnittssatzbesteuerung. Mit seiner Klage macht der Kläger geltend, dass bereits das Halten von Vieh eine landwirtschaftliche Tätigkeit darstellt. Auch führt er aus, dass ein Großteil von landwirtschaftlichen Dienstleistungen gegenüber Nichtlandwirten erbracht wird. Dementsprechend behandeln zahlreiche EU-Staaten Dienstleistungen aus Pferdepensionsstätten als landwirtschaftliche Umsätze, die der Durchschnittssatzbesteuerung zuzuordnen sind.

### **Entscheidung**

Das Finanzgericht führt aus, dass grundsätzlich die nationalen einkommensteuerrechtlichen Regelungen zur Abgrenzung von Einkünften ohne Bedeutung sind. Somit gelten für umsatzsteuerliche Abgrenzungsfragen ausschließlich die Vorschriften des § 24 UStG in Verbindung mit Artikel 295 ff. der Mehrwertsteuersystemrichtlinie nebst Anlagen. Hiernach findet die Durchschnittssatzbesteuerung ausschließlich für die dort genannten Lieferungen / Leistungen Anwendung. Insbesondere mit Verweis auf den Anhang der geltenden Mehrwertsteuersystemrichtlinie können landwirtschaftliche Dienstleistungen nur dann der Durchschnittssatzbesteuerung zuzuordnen sein, wenn die Dienstleistung zur landwirtschaftlichen Produktion beiträgt. Somit wäre erforderlich, dass die Pferde dem Produktionsprozess des Betriebes dienlich wären. Dies wäre etwa bei Zuchtpferden oder Arbeitspferden der Fall. Hier geht es jedoch um Reitsportpferde. Bekräftigend führt das Finanzgericht aus, dass auch die vom Kläger ins Feld geführte Begründung, das Hüten von Vieh führe zur pauschalen Umsatzsteuer, nicht zur Anwendung kommen kann. Denn neben den typisch landwirtschaftlichen Dienstleistungen wie Einstellen, Füttern und Betreuen werden darüber hinaus Leistungen erbracht, die in der Nutzung der Reitsportanlagen bestehen. Insofern liegt eine einheitliche, nicht aufteilbare Leistung vor, die im Ergebnis zur Anwendung der Regelbesteuerung führt.

### **Fazit**

Umsätze aus Pensionspferdehaltung unterliegen der Regelbesteuerung. Die Pferde dienen nicht unmittelbar dem landwirtschaftlichen Produktionsprozess, so dass die zur Anwendung der Durchschnittssatzbesteuerung erforderliche typische landwirtschaftliche Betätigung, also das Hüten von Vieh, nicht einschlägig ist.

## **10. Auch ein befristeter Arbeitsvertrag kann vorzeitig gekündigt werden**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Befristete Arbeitsverträge sind nur dann während ihrer Laufzeit ordentlich kündbar, wenn dies schriftlich im Arbeitsvertrag vereinbart worden ist. Andernfalls ist eine Kündigung ausgeschlossen. Eine solche ausdrückliche Berechtigung zu einer ordentlichen Kündigung kann in der Vereinbarung einer Probezeit liegen. Allerdings darf die Vereinbarung der Probezeit für den befristet eingestellten Arbeitnehmer nicht überraschend sein, sonst wäre die Vereinbarung einer Probezeit unwirksam. Das

Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz hatte über die Wirksamkeit einer Kündigung bei Zusammentreffen von Probezeit und Befristung zu entscheiden.

### **Entscheidung**

Ein befristet auf zehn Monate angestellter Arbeitnehmer, dem in der arbeitsvertraglich vereinbarten Probezeit ordentlich gekündigt worden war, hatte gegen die Kündigung mit der Begründung geklagt, die Vereinbarung einer Probezeit und die damit verbundene ordentliche Kündigungsmöglichkeit im befristeten Arbeitsverhältnis sei überraschend und damit unwirksam. Das Gericht urteilte, dass es auch im Rahmen des befristeten Arbeitsvertrages aufgrund der Vertragsfreiheit zulässig sei, ordentliche Kündigungsmöglichkeiten zu vereinbaren. Dies sei hier in Form der Probezeit geschehen, so dass die Klage abzuweisen war. Eine andere Beurteilung wäre nur dann möglich, wenn die Kündigungsmöglichkeit "im Kleingedruckten" versteckt gewesen wäre.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung ist zu begrüßen, bestätigt sie doch die Zulässigkeit der Kombination aus Befristung und Probezeit. Allerdings ist die Entscheidung auch mit Vorsicht zu genießen. Das Bundesarbeitsgericht hat im Jahre 2007 entschieden, dass die Kombination aus Befristung und Probezeit jedenfalls dann unwirksam ist, wenn die Probezeit und die damit verbundene Kündigungsmöglichkeit nicht deutlich - auch im Schriftbild - im Arbeitsvertrag hervorgehoben sei. Außerdem hat das Bundesarbeitsgericht in dieser Entscheidung auch geurteilt, dass eine Probezeit von sechs Monaten bei einer nur zwölfmonatigen Befristung unverhältnismäßig sein kann.

## **11. Bundestag klärt in § 15a RVG den Begriff der Anrechnung**

### **Einführung**

Im Rahmen der Neuregelung der Rechtsanwaltsvergütung (RVG) wurde aufgenommen, dass der Rechtsanwalt neben seiner Vergütung für seine gerichtliche Tätigkeit auch eine Vergütung für eine vorangegangene außergerichtliche Tätigkeit verdient. Nach der alten Regelung ging die Vergütung für die außergerichtliche Tätigkeit in der Vergütung für die gerichtliche Tätigkeit auf. In einer Vorbemerkung zum neuen Vergütungsverzeichnis wurde aufgenommen, dass die Geschäftsgebühr für eine außergerichtliche Tätigkeit bei der Verfahrensgebühr für die Tätigkeit im Rechtsstreit zur Hälfte anzurechnen ist. In der Folge ist es streitig gewesen, ob die Geschäftsgebühr anteilig oder vollständig auf die Verfahrensgebühr angerechnet wird. Abhängig davon war die verdiente Geschäftsgebühr für die außergerichtliche Tätigkeit anteilig oder in voller Höhe einzuklagen. Der BGH hat schließlich entschieden, dass die außergerichtliche Gebühr in voller Höhe verdient und deshalb die gerichtlich festzusetzende Verfahrensgebühr zu reduzieren sei. Für den im Rechtsstreit obsiegenden Kläger war die unterschiedliche Anrechnung im Ergebnis ohne Belang. Der Beklagte blieb dagegen, obwohl er den Rechtsstreit gewann, auf dem überwiegenden Teil seiner Rechtsanwaltskosten sitzen, wenn er zuvor einen Rechtsanwalt mit der außergerichtlichen Erledigung beauftragt hatte.

### **Klarstellung durch den Gesetzgeber**

Im Rahmen eines Gesetzesbeschlusses hat der Gesetzgeber die bisher unbestimmte Anrechnung bei der Rechtsanwaltsvergütung geklärt. In der neu eingefügten Regelung (§ 15a RVG) wird die Wirkung der Anrechnung festgelegt. Danach wirkt sich die Anrechnung entgegen der Rechtsprechung des BGH im Verhältnis zu Dritten nicht aus. Im gerichtlichen Verfahren ist daher zukünftig die Verfahrensgebühr in voller Höhe festzusetzen, auch wenn zuvor eine Geschäftsgebühr für eine außergerichtliche Tätigkeit verdient wurde. Zugleich wird sichergestellt, dass ein Dritter nicht hinsichtlich beider Gebühren in voller Höhe in Anspruch genommen wird. Das Gesetz tritt unmittelbar nach Verkündung in Kraft.

### **Konsequenz**

Es sollte geprüft werden, ob Kosten noch nachträglich festgesetzt werden können.

## **12. Kfz-Steuerbefreiung für Katastrophenfahrzeuge**

### **Kernproblem**

Von der Kfz-Steuer sind Fahrzeuge befreit, solange sie ausschließlich im Katastrophenschutz verwendet werden. Voraussetzung ist, dass die Fahrzeuge äußerlich als für diese Zwecke bestimmt erkennbar sind. Zudem müssen sie nach ihrer Bauart und Einrichtung entsprechend angepasst sein. Für die Praxis ist nun bedeutsam, wie diese Voraussetzungen konkret nachzuweisen sind.

### **Sachverhalt**

Ein VW-Transporter ist u. a. zur Nutzung von 9 Personen vorgesehen. Er verfügt über ein blaues Blinklicht; auf den Seitentüren ist der Schriftzug "Notfallvorsorge" angebracht. An Stelle der mittleren Sitzbank befindet sich ein an der Seitenwand verschraubter und am Fußboden verkeilter Tisch. Am Heckteil ist eine Notarztausrüstung mit Defibrillator mit Schrauben am Wagenboden befestigt. Nach Ansicht des Finanzamtes ist der Transporter nicht ausschließlich im Katastrophenschutz verwendbar; vielmehr ist - nach geringfügigen Umbaumaßnahmen - eine anderweitige Verwendung möglich.

### **Entscheidung**

Das FG Rheinland-Pfalz hat gleichfalls die Kfz-Steuerbefreiung verwehrt. Ausnahmen von der Besteuerung unterliegen strengen Anforderungen. Der Fahrzeughalter konnte eine ausschließliche Einsatzmöglichkeit für den Katastrophenschutz nicht hinreichend nachweisen. Zudem belegte das vorgelegte Fahrtenbuch die Nutzung zu anderen Zwecken.

### **Konsequenz**

Ausnahmen von den normalen Besteuerungsfolgen erfordern regelmäßig strenge Voraussetzungen. Gleichwohl sollte man das Vorliegen dieser nicht überstrapazieren. Fast jedes Fahrzeug lässt sich mehr oder weniger leicht umbauen. Zum Verhängnis ist letztendlich vor allen Dingen die nachgewiesene anderweitige Nutzung geworden.

## **13. Gewerblicher Grundstückshandel**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Der Verkauf von Immobilien, die im Rahmen der privaten Vermögensbildung angeschafft und verwaltet worden sind, löst nach Ablauf der Spekulationsfrist in der Regel keine Ertragsteuern aus. Innerhalb der Spekulationsfrist kommt es zur Belastung mit Einkommensteuer. Veräußert ein Steuerpflichtiger aber innerhalb von fünf Jahren mehr als drei Objekte (Grundstück, Eigentumswohnung oder (Groß)Immobilie) nimmt die Finanzverwaltung sogenannten Gewerblichen Grundstückshandel an. Folge ist, dass die Einkünfte insgesamt als gewerblich qualifiziert werden und erzielte Gewinne jetzt auch noch gewerbesteuerpflichtig werden. Die Drei-Objekt-Grenze hat aber lediglich Indizwirkung für die Annahme Gewerblichen Grundstückshandels, auch bei Unterschreiten dieser Grenze kann im Einzelfall bei Hinzutreten besonderer Kriterien Gewerblicher Grundstückshandel angenommen werden, weil der Bereich der privaten Vermögensverwaltung überschritten wird.

### **Entscheidung**

Die Kläger hatten im Mai 1991 zwei Grundstücke angekauft, zusammengelegt und basierend auf eigener Planung mittels kurzfristiger Finanzierung hierauf zwei Hallen und ein Bürogebäude errichtet. Noch vor Fertigstellung wurden beide Hallen an unterschiedliche Firmen langfristig vermietet. Für das Gesamtgrundstück wurde vor Fertigstellung ein notarielles Kaufangebot zugunsten einer dritten Partei abgegeben, das im Dezember 1992 angenommen wurde. Der Bundesfinanzhof hob nunmehr die Entscheidung des Finanzgerichts, das Gewerblichen Grundstückshandel angenommen hatte, auf und verwies die Sache zur erneuten Entscheidung zurück. Gleichzeitig führte der Bundesfinanzhof aber in seiner Entscheidung aus, dass die Annahme eines Gewerblichen Grundstückshandels auch bei Verkauf nur eines einzigen Objektes möglich sei, wenn ein solches Objekt schon vor der Bebauung verkauft oder von vorneherein auf die Wünsche des zukünftigen Erwerbers errichtet werde. Außerdem sei die Drei-Objekt-Grenze dann nicht anwendbar, wenn objektiv fest stehe, dass die Errichtung in unbedingter Veräußerungsabsicht erfolgt sei. Da das Finanzgericht hierzu keine Feststellungen getroffen hatte, wurde die Sache zurückverwiesen.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung grenzt die Versuche der Finanzverwaltung ein, insbesondere bei Großobjekten

bereits beim ersten verkauften Objekt Gewerblichen Grundstückshandel anzunehmen, weil es allgemeine Indizien dafür gibt, dass eine Veräußerung denkbar war. Der Bundesfinanzhof fordert aber das Vorliegen unbedingter Veräußerungsabsicht, die im Übrigen von der Finanzverwaltung zu beweisen ist.

#### 14. Unternehmereigenschaft von Hochschulen

##### **Einführung**

Werden Hochschulen im Rahmen eines Betriebes gewerblicher Art unternehmerisch tätig, so unterliegen ihre insoweit erbrachten Leistungen der Umsatzsteuer.

##### **Fall**

Eine Hochschule überließ Mitarbeitern Personal, Räume, Apparate etc. gegen ein pauschaliertes Entgelt. Weiterhin gestattete die Hochschule einem Unternehmen, Automaten für Kopien, Getränke usw. aufzustellen. Hierfür zahlte das Unternehmen ein umsatzunabhängiges pauschaliertes Entgelt. Das Finanzamt war der Ansicht, dass die Hochschule in beiden Fällen unternehmerisch tätig werde. Es unterwarf daher die Einnahmen der Umsatzsteuer. Hiergegen klagte die Hochschule.

##### **Urteil**

Nach Ansicht des FG Münster ist die Hochschule hinsichtlich der Nutzungsüberlassung nicht im Rahmen eines Betriebes gewerblicher Art i. S. d. UStG tätig geworden. Hieran scheiterte es, da die Hochschule die Entgelte für die Nutzungsüberlassung entsprechend den Regelungen des Hochschulgesetzes NRW sowie des Landesbeamtengesetzes erhob. Sofern die Hochschule daher aufgrund öffentlich-rechtlicher Bestimmungen handelte, war sie nicht unternehmerisch tätig. In der Gestaltung der Aufstellung der Automaten sah der BFH ebenfalls keinen Betrieb gewerblicher Art, sondern eine vermögensverwaltende Tätigkeit. Diese unterliegt im vorliegenden Fall nach dem nationalen UStG im Gegensatz zur Mehrwertsteuersystemrichtlinie nicht der Umsatzsteuer. Die Hochschule kann sich jedoch auf das für sie günstigere nationale Recht berufen.

##### **Konsequenz**

Der Hochschule kommt die unzutreffende Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben in das nationale UStG zu Gute. Hochschulen bzw. allgemein juristische Personen des öffentlichen Rechts sollten das Urteil zum Anlass nehmen, um zu prüfen, ob ihre Umsätze im Rahmen eines Betriebes gewerblicher Art zu Recht der Umsatzsteuer unterworfen werden. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die umsatzsteuerliche Beurteilung der erbrachten Leistungen nicht mit der ertragsteuerlichen Qualifizierung übereinstimmen muss.

#### 15. Vorsteuerabzug für Blockheizkraftwerk auch bei geringen Umsätzen

##### **Einführung**

Angesichts steigender Strompreise gehen immer mehr Privatpersonen dazu über, selbst Strom zu produzieren. Investiert wird z. B. in Photovoltaik-, Solar- und Windkraftanlagen sowie in Blockheizkraftwerke. Der erzeugte Strom wird dabei regelmäßig sowohl privat verbraucht als auch in das öffentliche Netz eingespeist.

##### **Kernproblem**

Soweit das Betreiben der Anlage eine unternehmerische Tätigkeit darstellt, steht dem Betreiber der Vorsteuerabzug aus der Errichtung der Anlage zu. Die Finanzverwaltung versagte den Betreibern bisher die Unternehmereigenschaft und damit den Vorsteuerabzug, wenn die Einnahmen aus den Stromlieferungen jährlich nicht mehr als 3.000 EUR erreichten.

##### **Fall**

Ein Lokführer errichtete ein Blockheizkraftwerk. 80 % des erzeugten Stroms veräußerte er aufgrund eines Einspeisevertrages an den örtlichen Energieproduzenten. Die restlichen 20 % verbrauchte er privat. Aufgrund der erwarteten Einnahmen in Höhe von 1.800 EUR aus den Stromlieferungen ließ das Finanzamt den Vorsteuerabzug nicht zu.

### **Neues Urteil**

Der BFH bejaht die Unternehmereigenschaft des Betreibers. Wie schon das FG Niedersachsen, weist er überzeugend darauf hin, dass die Höhe der Einnahmen kein geeignetes Kriterium zur Beurteilung der Unternehmereigenschaft ist. Vielmehr ist entscheidend, dass die Stromerzeugung nachhaltig betrieben wird, also nicht nur gelegentlich.

### **Konsequenz**

Private Stromerzeuger können auch bei geringen Einnahmen unternehmerisch tätig sein. Ihnen steht dann der Vorsteuerabzug aus der Errichtung der Anlage zu, sofern sie die Anlage ihrem Unternehmensvermögen zuordnen und im Besitz ordnungsgemäßer Rechnungen sind. Gegen abschlägige Bescheide der Finanzverwaltung, sollte unter Berufung auf das Urteil des BFH Einspruch eingelegt werden.

## **16. Die langfristige Vermietung von Turnhallen ist steuerfrei**

### **Einführung**

Ein Vorsteuerabzug aus der Errichtung von Mietobjekten ist nur möglich, wenn die Vermietung der Umsatzsteuer unterliegt. Leider neigen viele Unternehmer dazu, im Vorfeld einer solch erheblichen Investition am falschen Ende zu sparen, nämlich bei der steuerlichen Beratung. Dies rächt sich regelmäßig aufgrund der komplexen Materie.

### **Fall**

Der Kläger ist ein gemeinnütziger Verein. Er errichtete Schulgebäude auf einem ihm gehörenden Grundstück. Diese vermietete er wiederum an einen Verein, der dort eine Waldorfschule betreibt. Der Mietvertrag hat eine Mindestlaufzeit von 25 Jahren. Das Finanzamt versagte den Vorsteuerabzug aus dem Bau einer Turnhalle (ca. 85.000 EUR), da es im Gegensatz zum Verein die Vermietung der Turnhalle als steuerfrei ansah.

### **Neues Urteil**

Der BFH qualifiziert ebenso wie das FG Düsseldorf die Überlassung der Turnhalle als steuerfreie Vermietung. Er begründet seine Auffassung mit dem Verweis auf die langfristig angelegte Vermietung. Dem steht auch nicht entgegen, dass der Verein neben der Turnhalle noch Betriebsvorrichtungen zur Verfügung stellte.

### **Konsequenz**

Der BFH differenziert zwischen der langfristigen Vermietung eines Objektes an einen einzigen Mieter und der kurzfristigen Überlassung von Sportanlagen (z. B. Tennishallen) an diverse Mieter. Nur letztere ist umsatzsteuerpflichtig, da hier nicht die Vermietungsleistung im Vordergrund steht, sondern ein Bündel von unterschiedlichen Leistungen. Wenn neben der Vermietung weitere Leistungen erbracht werden, wie z. B. die Überlassung von Betriebsvorrichtungen, ist daher genau zu prüfen, ob eine insgesamt steuerfreie oder steuerpflichtige Leistung vorliegt oder, ob zumindest die weiteren Leistungen der Umsatzsteuer unterliegen. Hierzu sollte steuerlicher Rat ggf. auch eine verbindliche Auskunft beim Finanzamt eingeholt werden. Um die korrekte steuerliche Erfassung zu gewährleisten, sind im Überlassungsvertrag Leistungen, die zusätzlich zur Vermietung erbracht werden, klar zu definieren. Schulen, wie z. B. den Waldorfschulen, an denen solche Modelle nicht unüblich sind, müssen prüfen, ob sich aufgrund des Urteils Korrekturbedarf ergibt.

## **17. Gewinnbeteiligung eines typisch stillen Gesellschafters**

### **Kernproblem**

In Familienunternehmen werden häufig auch solchen Familienmitgliedern, die (noch) nicht im Unternehmen mitarbeiten, Beteiligungen eingeräumt. Steuerlich können solche Beteiligungen durchaus sinnvoll sein, weil sie beispielsweise Kindern schon frühzeitig eigene Einkunftsquellen zuweisen und Freibeträge bei der Erbschafts- und Schenkungsteuer mehrfach ausgenutzt werden können. Streitfähig ist in derartigen Konstellationen allerdings die Gewinnverteilung innerhalb der Gesellschaft.

### **Sachverhalt**

An einer oHG war ein Gesellschafter mit Mehrheit beteiligt. Der Sohn des Mehrheitsgesellschafters beteiligte sich im Jahr 1993 als typisch stiller Gesellschafter an der oHG. Seine Einlage in Höhe von 150 TDM erbrachte er selbst, teilweise durch Darlehensumwandlung, teilweise durch Bareinlage. Neben einer festen Verzinsung (5 % der Einlage) sollte er einen Gewinnanteil in Höhe von 15 % des Jahresüberschusses erhalten. Die Teilhabe an evtl. Verlusten war auf die Höhe seiner Einlage begrenzt. Im ersten Jahr der Beteiligung (1994) erzielte die oHG zunächst einen Verlust, in den Folgejahren jedoch stetig steigende Gewinne. Zu einem deutlichen Gewinnsprung - auch verursacht durch Sondereffekte aufgrund einer Umstrukturierung - kam es im Jahr 1997. Im streitbefangenen Jahr 1999 entfiel auf den stillen Gesellschafter ein Gewinnanteil von 190 TDM.

### **Entscheidung**

Der BFH kam zu dem Ergebnis, dass der Gewinnanteil des stillen Gesellschafters im Jahr 1999 teilweise nicht als Betriebsausgabe abgezogen werden kann, sondern statt dessen dem Vater als Gewinn zuzurechnen ist. Dabei gingen die BFH-Richter - in Übereinstimmung mit einschlägiger Rechtsprechung - zunächst von einer angemessenen Gewinnverteilung aus, da die zulässige Renditeobergrenze von 35 % der Einlage auf Basis der Ergebnisprognose bei Vertragsabschluss eingehalten wurde. Durch den Gewinnsprung im Jahr 1997 wurde die Obergrenze jedoch durchbrochen, so dass spätestens im Jahr 1999 eine Änderung der Gewinnverteilungsabrede auf Basis einer neuen Ergebnisprognose hätte vorgenommen werden müssen. Die Kläger hatten argumentiert, dass der hohe Gewinn des Jahres 1997 erst bei Aufstellung des Jahresabschlusses im Jahr 1998 erkennbar gewesen sei und dass aufgrund der einjährigen Kündigungsfrist eine Vertragsänderung erstmals zum 31.12.1999 möglich gewesen sei. Die BFH-Richter hielten dem entgegen, dass bei fremdüblichem Verhalten der Gewinnanstieg bereits früher bekannt gewesen wäre und zu einer Änderung der Gewinnverteilung hätte führen müssen.

### **Konsequenz**

Das aktuelle Urteil schafft weitere Rechtssicherheit für die Ausgestaltung der Gewinnverteilung in Familienunternehmen. Auch wenn die Kläger im vorliegenden Fall eine Niederlage erlitten haben, bleibt es dabei, dass der Gestaltungsspielraum für die Beteiligten beachtlich ist. Eine Rendite von bis zu 35 % p. a. bietet die Möglichkeit, signifikante Einkünfte zu verlagern. Außerdem hat der BFH klargestellt, dass das zugeführte Kapital nicht betriebsnotwendig sein muss. Allerdings muss die Gewinnverteilung bei unerwarteten Ergebnisveränderungen angepasst werden.

## **18. 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.

## 19. Digitale Betriebsprüfung in der Gastronomie

### **Einleitung**

Rechtsgrundlage für die Schätzung von Besteuerungsgrundlagen ist § 162 AO. Danach ist insbesondere dann zu schätzen, wenn die Buchführung oder die Aufzeichnungen der Besteuerung nicht nach § 158 AO zugrunde gelegt werden. § 158 AO verlangt, dass die Buchführung und die Aufzeichnungen des Steuerpflichtigen den Vorschriften der §§ 140 - 148 AO entsprechen (formelle Ordnungsmäßigkeit).

### **Sachverhalt**

Ein Gaststättenbesitzer erstellte mit Hilfe seiner Kassen täglich Finanzberichte, in die seine Kellner nach Bezahlung durch die Kunden ihre Einnahmen einbuchten. Bei einer steuerlichen Außenprüfung hatte das Finanzamt im Rahmen eines Zeitreihenvergleichs die Ein- und Verkäufe aller Speisen und Getränke wochenweise gegenüber gestellt und Schwankungen beim Rohgewinnaufschlagsatz festgestellt. Es nahm dies neben kleineren Beanstandungen der Kassenführung zum Anlass, die Buchführung der Gaststätte zu verwerfen und deren Einnahmen zu schätzen.

### **Entscheidung**

Das Finanzgericht Köln hat der Klage des Gastwirts gegen die aufgrund der Schätzungen vom Finanzamt vorgenommenen Steuerfestsetzungen in vollem Umfang stattgegeben. Es wies darauf hin, dass nach dem Gesetz eine formell ordnungsmäßige Buchführung die Vermutung der Richtigkeit für sich habe und dass das Finanzamt diese Vermutung erst erschüttern müsse, bevor es Steuern im Schätzungswege festsetzen dürfe. Die einzelnen Beanstandungen bei der Kassenführung hielt das Gericht im Urteilsfall für unwesentlich. Der vom Finanzamt durchgeführte Zeitreihenvergleich ist kein Anlass, im Sinne des § 158 AO die sachliche Richtigkeit der Buchführung der Gaststätte zu beanstanden. Das Finanzgericht hat die Revision zugelassen. Es bleibt abzuwarten, ob der Bundesfinanzhof die Entscheidung der Finanzgerichts Köln bestätigt und den Beweiswert eines Zeitreihenvergleiches entsprechend beurteilt.

## 20. Das Legen von Hauswasseranschlüssen im UStG

### **Einführung**

Nach der jüngsten Rechtsprechung des EuGH und des BFH unterliegt das Verlegen eines Wasseranschlusses dem ermäßigten Steuersatz.

### **Neue Verwaltungsanweisung**

Das BMF hat nun zu den Urteilen Stellung bezogen. Es folgt den Urteilen zwar grundsätzlich, beschränkt aber deren Anwendung auf das Legen eines Hausanschlusses durch ein Wasserversorgungsunternehmen. Legen andere Unternehmer den Wasseranschluss, soll dieser dem Regelsteuersatz unterworfen werden. Wer dagegen Empfänger des Hausanschlusses ist, ist für die Anwendung des ermäßigten Steuersatzes ohne Bedeutung. Reparatur- und Wartungsleistungen an den Hausanschlüssen durch den Wasserversorger sind ebenfalls begünstigt. Unverändert gilt das Verlegen eines Wasseranschlusses als Bauleistung, so dass ggf. die Umkehr der Steuerschuldnerschaft zu beachten ist. Für Leistungen, die bis zum 1.7.2009 ausgeführt werden, gestattet das BMF die Wasseranschlüsse noch mit dem Regelsteuersatz abzurechnen.

### **Konsequenz**

Das BMF setzt die genannte Rechtsprechung weitestgehend um. Allerdings dürfte die Beschränkung der Anwendung des ermäßigten Steuersatzes nur auf das Verlegen von Wasseranschlüssen durch Wasserversorger nicht der Intention des EuGH entsprechen. Dem Urteil des EuGH ist eine solche Beschränkung nicht zu entnehmen. Da der EuGH das Verlegen eines Wasseranschlusses als begünstigte "Lieferung von Wasser" ansieht, kann es nicht darauf ankommen, wer diese Leistung

erbringt. Hier verharrt das BMF offensichtlich noch auf seiner bisherigen Rechtsauffassung, dass zwischen Haupt- und Nebenleistung zu unterscheiden sei. Diese Auffassung ist allerdings durch das Urteil des EuGH überholt. Unabhängig von dieser Problematik müssen die Wasserversorgungsunternehmen nunmehr Wasseranschlüsse zum ermäßigten Steuersatz in Rechnung stellen. Für abgeschlossene Bauvorhaben, die bisher zum Regelsteuersatz (16 % bzw. 19 %) abgerechnet wurden, wird zu klären sein, inwieweit diese zu korrigieren sind. Aus Sicht der Umsatzsteuer steht einer Korrektur der Bescheide nichts entgegen, da diese unabhängig von der Bestandskraft der Umsatzsteuerveranlagungen der Vorjahre möglich ist. Private Endverbraucher sollten es nicht akzeptieren, wenn die Wasserversorgungsunternehmen aufgrund der vom BMF gewährten Übergangsregelung noch mit dem Regelsteuersatz abrechnen. Für schon abgerechnete Leistungen ist auf eine Korrektur zu drängen. Ob diese zivilrechtlich durchzusetzen ist, hängt von den getroffenen Vereinbarungen ab.

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

#### **1. Fristlose Kündigung nach unterbliebener Arbeitsunfähigkeitsanzeige**

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

Das Entgeltfortzahlungsgesetz und dieses abbildend in der Regel auch Arbeitsverträge sehen vor, dass sich der Arbeitnehmer im Falle einer Erkrankung krank zu melden und die Dauer der Erkrankung durch eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung sowie bei sich fortsetzender Erkrankung deren weitere Dauer durch Folgebescheinigung nachzuweisen bzw. mitzuteilen hat. Das Landesarbeitsgericht Köln hatte nunmehr darüber zu entscheiden, ob der nachhaltige Verstoß gegen diese Meldepflichten eine fristlose Kündigung rechtfertigen kann.

##### **Entscheidung**

Der alkoholkranke Arbeitnehmer war über ein Jahr hinweg in mehreren stationären Therapien, allerdings in den Zwischenzeiten immer wieder nicht krankgeschrieben. In diesen Zeiträumen der Arbeitsfähigkeit fehlte er in mindestens vier Fällen mehrere Tage, ohne seinen Arbeitgeber zu informieren und obwohl er mitgeteilt hatte, arbeiten zu wollen. In jedem Einzelfall sprach der Arbeitgeber eine Abmahnung aus. Als der Kläger nach der dritten Abmahnung erneut seinen Meldepflichten nicht nachgekommen war, reagierte der Arbeitgeber mit fristloser Kündigung. Die hiergegen gerichtete Klage hatte vor dem Landesarbeitsgericht keinen Erfolg. Trotz dreimaliger Abmahnung habe der Kläger seine gesetzlich normierten Meldepflichten hartnäckig verletzt. Die fristlose Kündigung sei gerechtfertigt, weil der Arbeitnehmer durch sein Verhalten eine Einsatzplanung nahezu unmöglich mache und trotz seinem eigenen Bekunden, arbeiten zu wollen, tagelang fehlte. Hinzu komme, dass die Alkoholkrankheit ihn nicht daran hindere, seinen Meldepflichten nachzukommen. Auch die erforderliche Interessenabwägung ließe die fristlose Kündigung als verhältnismäßig erscheinen.

##### **Konsequenz**

Die Entscheidung reiht sich in die Entscheidungen der Arbeitsgerichte zur Selbstbeurlaubung ein. Das unentschuldigte Fehlen rechtfertigt, insbesondere, wenn es über Tage hinweg andauert, die fristlose Kündigung. Allerdings ist wohl mindestens eine Abmahnung - bei besonderen Voraussetzungen (hier: regelmäßige Therapieaufenthalte) auch mehrere Abmahnungen - erforderlich.

#### **2. 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.

### 3. 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 finanziierende 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.

### 4. 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.

## **5. Wertermittlung einer GmbH: nach Stichtag geminderter Kaufpreis**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Altes und neues Bewertungsrecht sehen für die Bewertung von nicht börsennotierten Kapitalgesellschaften vor, dass der Wert der Beteiligung dem gemeinen Wert entsprechen soll. Dieser gemeine Wert ist zuerst aus zeitnahen (weniger als ein Jahr vor Stichtag) Anteilsverkäufen abzuleiten, weil maßgeblich hierfür der Wert sein soll, den ein Erwerber für die Beteiligung zu zahlen bereit ist. Nur wenn zeitnahe Verkäufe nicht vorliegen, kommen die gesetzlich vorgesehenen Bewertungsverfahren zur Anwendung. Der Bundesfinanzhof hatte nunmehr darüber zu entscheiden, ob eine Kaufpreisminderung, die erst nach dem Bewertungsstichtag erfolgt, bei einer kaufpreisabgeleiteten Bewertung einer Beteiligung berücksichtigt werden kann.

### **Entscheidung**

Der ursprünglich bewertungsrechtlich festgesetzte Wert einer Beteiligung an einer GmbH sollte auf entsprechenden Antrag hin von der Finanzverwaltung nachträglich reduziert werden, weil ein Gewinnausschüttungsanspruch gegenüber der GmbH, deren Wert bewertungsrechtlich festgesetzt worden war, dazu führte, dass sich der Wert der Beteiligung reduzierte. Dabei erfolgte der Antrag auf Reduzierung erst nach dem Stichtag, auf den der Beteiligungswert festgesetzt worden war, weil erst nach dem Stichtag, das den Kaufpreis reduzierende Ereignis bekannt wurde. Nachdem dem Antrag nicht stattgegeben worden war und auch das Finanzgericht die hiergegen gerichtete Klage abgelehnt hatte, hob der Bundesfinanzhof diese Entscheidung auf, verwies die Sache aber zur erneuten Verhandlung zurück an das Finanzgericht. Wenn der gemeine Wert einer Beteiligung auf einen Stichtag aus dem Kaufpreis bei zeitnahen Anteilsverkäufen heraus abgeleitet werden könne, dann kann auch der geminderte Kaufpreis für die Bestimmung des gemeinen Wertes heranzuziehen sein. Voraussetzung sei aber, dass bereits am Bewertungsstichtag die Bedingungen der Kaufpreisminderung objektiv vorlagen und es nachträglich auch tatsächlich zur Minderung gekommen ist. Somit kann nicht alleine auf den Kenntnisstand beim Erwerber abgestellt werden. Er muss aber das Vorhandensein des Minderungsanspruches im Bewertungszeitpunkt beweisen, gelingt der Nachweis, der im erneuten Verfahren vor dem Finanzgericht nunmehr erbracht werden muss, nicht, verbleibt es beim ungeminderten Kaufpreis.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung ist zu begrüßen, weil sie die tatsächlichen Problemstellungen bei Anteilsübertragungen wiedergibt. Oftmals werden nämlich erst im Nachhinein Tatsachen bekannt, die bereits im Übertragungszeitpunkt zu einer Kaufpreisminderung berechtigt hätten. Wenn dieser Minderungsanspruch zivilrechtlich durchgesetzt wird, muss dies steuerlich auch abgebildet werden.

## **6. Arbeitsunfähige Arbeitnehmer zur Rückgabe des Dienstwagen 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.

## **7. Ausgeschiedener Gesellschafter muss Schuldbefreiungsanspruch beweisen**

### **Kernaussage**

Beruft sich der ausgeschiedene Gesellschafter gegenüber der Ausgleichsforderung der Gesellschaft (§§ 738, 739 BGB) auf ein Zurückbehaltungsrecht, gestützt auf seinen Anspruch auf Befreiung von den gemeinschaftlichen Schulden, ist er für deren Bestand beweispflichtig. Hat der Ausgeschiedene mit einem Gesellschaftsgläubiger im Außenverhältnis eine Haftungsbeschränkung vereinbart, kann er sich darauf im Innenverhältnis gegenüber dem Anspruch der Gesellschaft auf Ausgleich seines negativen Auseinandersetzungsguthabens nicht berufen.

### **Sachverhalt**

Der Beklagte war als Gesellschafter an der Klägerin mit einem geringen Anteil beteiligt. Diese machte gegen ihn einen Auseinandersetzungsanspruch in Höhe von rd. Euro 50.000 abzüglich einer Gegenforderung von rd. Euro 1.000 geltend und erstellte eine Auseinandersetzungsbilanz. Der Beklagte ist der Meinung, die dort passivierten Verbindlichkeiten der Klägerin gegenüber Banken hätten außer Ansatz bleiben müssen, weil die Gesellschafter der Bank nur anteilmäßig mit ihrem Privatvermögen hafteten. Das LG gab der Klage statt, das KG wies die Berufung teilweise zurück, der BGH wies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung ans Berufungsgericht zurück.

### **Entscheidung**

Das Berufungsurteil verletzte das Grundrecht auf rechtliches Gehör (Artikel 103 GG). Der Beklagte hatte keine Gelegenheit bekommen, zu Art und Umfang der streitigen Verbindlichkeiten vorzutragen. Die ein Zurückbehaltungsrecht zugunsten des Beklagten begründenden Verbindlichkeiten der Gesellschaft hätten für eine etwaige Zwangsvollstreckung näher konkretisiert werden müssen. Denn soweit der Beklagte Befreiung von Gesellschaftsschulden verlangt, hätte er deren Vorliegen darlegen und beweisen müssen. Auf diese Pflicht hätte ihn das Gericht hinweisen müssen. Dennoch hatte die Klägerin im Ergebnis einen Anspruch gegen den Beklagten auf Ausgleich des negativen Auseinandersetzungsguthabens: denn hat der ausgeschiedene Gesellschafter mit einem Gläubiger der Gesellschaft im Außenverhältnis eine Haftungsbeschränkung vereinbart, kann er sich im Innenverhältnis im Rahmen des Anspruchs der Gesellschaft auf Ausgleich des negativen Auseinandersetzungsguthabens nicht auf diese Beschränkung berufen.

### **Konsequenz**

Die Gesellschaft ist generell berechtigt, ihre Verbindlichkeiten gegenüber Gläubigern in voller, von ihr

zum Stichtag des Ausscheidens eines Gesellschafters geschuldeten Höhe in die Auseinandersetzungsbilanz einzustellen.

## 8. Keine Ist-Besteuerung für Steuerberatungs-GmbH

### **Einführung**

Unternehmer, die freiberufliche Einkünfte i. S. d. EStG erzielen, können die Umsatzsteuer nach vereinbarten Entgelten ermitteln (Istbesteuerung). Hierdurch ergeben sich in der Regel Liquiditätsvorteile gegenüber der Ermittlung gemäß den vereinbarten Entgelten (Sollversteuerung). Steuerberatungsgesellschaften in der Rechtsform einer GmbH wird die Istbesteuerung nicht gestattet, da ihre Einkünfte als gewerblich qualifiziert werden.

### **Fall**

Eine Steuerberatungs-GmbH vertrat die Auffassung, dass die Istbesteuerung allen Freiberuflern zustehen müsse, unabhängig von der Rechtsform, in der die freiberufliche Tätigkeit ausgeübt werde.

### **Urteil**

Das FG Düsseldorf weist die Klage der Steuerberatungs-GmbH zurück. Es sieht in der nationalen Regelung weder einen Verstoß gegen das Verfassungsrecht noch gegen das Europarecht.

### **Konsequenz**

Für Freiberufler, die sich in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft organisiert haben, bleibt alles wie bisher. Sofern ihre maßgeblichen Vorjahresumsätze mehr als EUR 250.000 betragen haben, müssen sie die Umsatzsteuer nach vereinbarten Entgelten (Sollversteuerung) ermitteln.

## 9. Dauernde Wertminderung erst bei Kursverfall um mehr als 40 %

### **Kernproblem**

Seit dem Jahr 1999 setzt eine Abschreibung auf den niedrigeren Teilwert in der Steuerbilanz voraus, dass der Teilwert aufgrund einer voraussichtlich dauernden Wertminderung niedriger ist als die (ggf. fortgeführten) Anschaffungs- oder Herstellungskosten eines Wirtschaftsgutes. Ob eine Wertminderung von Dauer ist, ist insbesondere bei solchen Wirtschaftsgütern schwierig zu beurteilen, deren Wert regelmäßigen Schwankungen unterworfen ist, wie z. B. bei börsennotierten Aktien.

### **Entscheidung**

Nach Auffassung des Bundesfinanzhofs liegt eine voraussichtlich dauernde Wertminderung bei börsennotierten Aktien bereits dann vor, wenn der Börsenwert zum Bilanzstichtag unter die Anschaffungskosten gesunken ist und zum Zeitpunkt der Bilanzerstellung keine konkreten Anhaltspunkte für eine alsbaldige Wertaufholung vorliegen. Die BFH-Richter begründen ihre Entscheidung mit dem Argument, dass Aktienkurse bereits die Erwartungen einer großen Zahl von Marktteilnehmern über die zukünftige Entwicklung des Kurses wiedergeben.

### **Reaktion der Finanzverwaltung**

Die Finanzverwaltung hatte ursprünglich eine restriktivere Auffassung vertreten und war bei Kursschwankungen stets von nur vorübergehenden Wertminderungen ausgegangen. Aufgrund eines neuen Erlasses wendet die Verwaltung die BFH-Rechtsprechung nunmehr grundsätzlich an. Allerdings sollen Wertschwankungen innerhalb einer gewissen Bandbreite lediglich als vorübergehende und damit nicht zu berücksichtigende Wertminderungen anzusehen sein. Diese Bandbreite soll erst überschritten sein, wenn der Kurs am Bilanzstichtag um mehr als 40 % unter die Anschaffungskosten gesunken ist oder an zwei aufeinanderfolgenden Bilanzstichtagen um jeweils mehr als 25 % unter den Anschaffungskosten liegt.

### **Konsequenz**

Das BMF-Schreiben ist zwar kein echter Nichtanwendungserlass, faktisch wird jedoch die BFH-Rechtsprechung durch die sehr großzügig bemessene Bandbreite ausgehebelt. Damit muss für die Beurteilung, ob eine Wertminderung börsennotierter Aktien von Dauer ist, auch weiterhin zwischen Anlage- und Umlaufvermögen differenziert werden. Denn im Umlaufvermögen will auch die Finanzverwaltung jede Wertminderung berücksichtigen, soweit sich der Wert nicht bis zur

Bilanzaufstellung wieder erholt hat. Zu beachten ist allerdings, dass Teilwertabschreibungen auf Aktien bei Kapitalgesellschaften nicht mit steuerlicher Wirkung möglich sind. Werden die Aktien im Betriebsvermögen einer Personengesellschaft oder eines Einzelunternehmens gehalten, wirken sich die Abschreibungen steuerlich nur zu 60 % aus.

## 10. **Sonderabschreibung kann steuerneutral rückgängig gemacht werden**

### **Kernproblem**

Die Inanspruchnahme steuerlicher Bilanzierungs- und Bewertungswahlrechte, insbesondere die Vornahme steuerlicher Sonderabschreibungen und die Bildung steuerfreier Rücklagen, setzt nach aktueller Rechtslage eine entsprechende Vorgehensweise in der Handelsbilanz voraus. Nicht geklärt war bislang die Frage, welche Auswirkungen eine Rückgängigmachung der Wahlrechtsausübung in der Handelsbilanz in einem späteren Jahr auf die Steuerbilanz hat.

### **Entscheidung des Bundesfinanzhofs**

Nach Auffassung des BFH bindet ein einmal ausgeübtes steuerliches Wahlrecht den Steuerpflichtigen auch für zukünftige Jahre. Eine in einem Jahr vorgenommene steuerliche Sonderabschreibung kann danach selbst dann nicht in späteren Jahren rückgängig gemacht werden, wenn in der Handelsbilanz eine entsprechende Zuschreibung erfolgt. Im Urteilsfall hatte der Steuerpflichtige zunächst Sonderabschreibungen nach dem Fördergebietsgesetz in seiner Handels- und Steuerbilanz vorgenommen und in späteren Jahren in der Handelsbilanz Zuschreibungen vorgenommen, die diese Sonderabschreibungen zumindest teilweise wieder kompensierten. In der Steuerbilanz wurden dagegen die niedrigeren Werte fortgeführt. Der BFH hat diese Vorgehensweise bestätigt.

### **Reaktion der Finanzverwaltung**

Mit einer leichten zeitlichen Verzögerung wendet die Finanzverwaltung das BFH-Urteil an und hebt damit die bisher anderslautenden Bestimmungen in den Einkommensteuerrichtlinien auf. Anders sieht die Finanzverwaltung den Fall allerdings bei der Auflösung einer zunächst gebildeten steuerfreien Rücklage (z. B. für Zuschüsse, für Ersatzbeschaffungen oder für die Übertragung bestimmter stiller Reserven). Eine solche Rücklage muss derzeit auch in der Handelsbilanz gebildet werden (dort als Sonderposten mit Rücklageanteil). Eine Auflösung in späteren Jahren hat hier auch eine entsprechende gewinnerhöhende Auflösung in der Steuerbilanz zur Folge.

### **Konsequenz**

Der Fall verdeutlicht die Problematik der sog. umgekehrten Maßgeblichkeit: Sonderabschreibungen und steuerfreie Rücklagen, die den Charakter von Steuersubventionen haben, sind in der Handelsbilanz regelmäßig unerwünscht, weil sie die tatsächliche Ertrags- und Vermögenslage der Unternehmen verfälschen. Spätestens ab 2010 stellt sich das Problem dagegen nicht mehr, da mit dem Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) die umgekehrte Maßgeblichkeit abgeschafft wird. Dann können auch in vergangenen Jahren vorgenommene Sonderabschreibungen bzw. gebildete Rücklagen in der Handelsbilanz steuerneutral aufgelöst werden. Der Preis dafür sind allerdings passive latenten Steuern, die in derartigen Fällen in der Handelsbilanz gebildet werden müssen.

## 11. **Keine Pauschalwertberichtigung für Zinsverlust**

### **Kernproblem**

Bei der Bewertung von Kundenforderungen im Jahresabschluss wird neben Einzelwertberichtigungen, die konkrete Ausfallrisiken abdecken, regelmäßig auch eine Pauschalwertberichtigung in Höhe eines bestimmten Prozentsatzes auf den gesamten Forderungsbestand gebildet. Letztlich stellt die Pauschalwertberichtigung eine Abschreibung der Forderungen auf den niedrigeren beizulegenden Wert (Handelsbilanz) bzw. Teilwert (Steuerbilanz) dar.

### **Fragestellung**

Diese Pauschalwertberichtigung deckt neben (noch unbekannten) Ausfallrisiken auch Wertminderungen, die durch Zahlung unter Ausschöpfung des Zahlungsziels (Zinsverlust) oder unter Vornahme eines berechtigten Skontoabzugs (Skontorisiko) entstehen, sowie die mit der Einziehung

der Forderung verbundenen Kosten ab (Einziehungsrisiko). Noch nicht geklärt ist, ob eine solche Wertberichtigung auch in den Jahren ab 1999 uneingeschränkt zulässig ist, da seitdem Teilwertabschreibungen in der Steuerbilanz nur noch bei einer voraussichtlich dauernden Wertminderung vorgenommen werden dürfen.

#### **Auffassung der Finanzverwaltung**

Die Finanzverwaltung vertritt hierzu eine differenzierte Auffassung: Während das Ausfall- und Skontorisiko auch weiterhin wertmindernd zu berücksichtigen sind, soll der Zinsverlust eine lediglich vorübergehende Wertminderung darstellen und daher nicht mehr abzugsfähig sein. Dies soll jedenfalls für den Regelfall gelten, in dem aufgrund üblicher Zahlungsziele die zum Bilanzstichtag noch offenen Forderungen bei Bilanzaufstellung getilgt sind. Das Einziehungsrisiko soll nur dann zu berücksichtigen sein, wenn das Unternehmen die entsprechenden Kosten nicht an den Kunden weiterbelasten kann oder erklärt, auf einen möglichen Erstattungsanspruch zu verzichten.

#### **Konsequenz**

Die von der Finanzverwaltung vertretene Auffassung ist keineswegs unumstritten. Unternehmen sollten daher eingehend prüfen, ob sie - bis zu einer höchstrichterlichen Klärung dieser Fragestellung - auch weiterhin ihre Pauschalwertberichtigungen nach der bisherigen Systematik bilden. In der Handelsbilanz ist eine solche Betrachtung ohnehin zwingend, da hier für den Bereich des Umlaufvermögens das strenge Niederstwertprinzip gilt, wonach auch bei nur vorübergehenden Wertminderungen Abschreibungen vorzunehmen sind.

## **12. Gewerbesteuer-Rückstellung auch ab 2008 in der Steuerbilanz**

#### **Kernproblem**

Mit der Unternehmensteuerreform 2008 wurde auch die Gewerbesteuer im System der Unternehmensteuern neu justiert. Die Gewerbesteuer-Messzahl wurde von 5 % auf 3,5 % gesenkt, gleichzeitig wurde die Abzugsfähigkeit der Gewerbesteuer von ihrer eigenen Bemessungsgrundlage und der der Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer abgeschafft. Allerdings sorgte der Gesetzeswortlaut des § 4 Abs. 5b EStG für Irritationen, wonach die Gewerbesteuer (und die darauf entfallenden Nebenleistungen) keine Betriebsausgaben darstellen.

#### **Auffassung der Finanzverwaltung**

Der Gesetzgeber hat mit der Neuregelung offensichtlich eine Gleichstellung der Gewerbesteuer mit anderen einkommensabhängigen Steuerarten (z. B. der Körperschaftsteuer) bezweckt. Konsequent wäre es daher gewesen, die Gewerbesteuer zu einer nicht abzugsfähigen Betriebsausgabe zu erklären. Wäre die Gewerbesteuer tatsächlich - wie nach dem Gesetzeswortlaut - keine Betriebsausgabe, würde sich zwangsläufig die Frage stellen, wie sie denn stattdessen zu behandeln wäre (Entnahme?). Die Unstimmigkeit dürfte jedoch nach einer bundeseinheitlich abgestimmten Verfügung der OFD Rheinland geklärt sein. Danach ist in der Steuerbilanz auch für die Jahre ab 2008 für die Gewerbesteuer eine Rückstellung zu bilden, die das maßgebliche Betriebsvermögen mindert. Der gebuchte Gewerbesteuer-Aufwand ist jedoch außerbilanziell wieder hinzuzurechnen.

#### **Konsequenz**

Die Klarstellung der Finanzverwaltung ist uneingeschränkt zu begrüßen. Die nunmehr entschiedene Fragestellung hat insbesondere Bedeutung für die Fälle, in denen eine Rechtsnorm an die Höhe des steuerlichen Betriebsvermögens anknüpft (z. B. Investitionsabzugsbeträge nach § 7g EStG). Hier bewirkt die Gewerbesteuer-Rückstellung eine Minderung des Betriebsvermögens. Auch wenn die OFD-Verfügung lediglich die Behandlung in der Bilanz behandelt, dürfte damit ebenfalls klargestellt sein, dass die Gewerbesteuer auch weiterhin eine Betriebsausgabe darstellt, die allerdings den Gewinn nicht mindern darf. Eine solche begrifflich klare Abgrenzung ist auch für andere Normen von Bedeutung, z. B. zur Bestimmung des nicht entnommenen und damit begünstigungsfähigen Gewinns nach § 34a EStG.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Ihr Team vom Steuerbüro Knoblauch