



## November 2017

Liebe Mandantin, lieber Mandant,

auch im vergangenen Monat hat sich rund um Steuern, Recht und Betriebswirtschaft einiges getan. Über die aus unserer Sicht wichtigsten Neuregelungen und Entscheidungen halten wir Sie mit Ihren Mandanteninformationen gerne auf dem Laufenden. Zögern Sie nicht, uns auf einzelne Punkte anzusprechen, wir beraten Sie gerne!

Mit steuerlichen Grüßen

**BS Westdeutschland GmbH**  
Steuerberatungsgesellschaft  
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

Gesetzlicher Abschlussprüfer  
FV NRW-Berater-Nr.: 12981

Berenberger Mark 30  
45133 Essen  
T +49 (0) 201 / 87 856-0  
F +49 (0) 201 / 87 856-33  
E [info@bswest.de](mailto:info@bswest.de)

### Inhalt

#### Privatbereich

1. Nachtarbeitszuschläge müssen anhand des Mindestlohns berechnet werden
2. Ehrenamtliche Tätigkeit mit Aufwandschädigung ist nicht automatisch eine geringfügige Beschäftigung
3. Eltern müssen nach Elternzeit keine Schlechterstellung im Beruf hinnehmen
4. Doppelte Haushaltsführung: Auch während der Elternzeit können die Kosten der Zweitwohnung absetzbar sein
5. Luftsicherheitskontrollkraft: Erste Tätigkeitsstätte ist das Flughafengelände

6. Mieter beschädigt Wohnung: Sofortabzug oder Abschreibung?
7. So kann sich ein Vermieter gegen eine Vereitelung der Zwangsräumung absichern
8. Unberechtigte Untervermietung an Touristen: Erst die Abmahnung, dann die Kündigung

### **Unternehmer und Freiberufler**

1. Ist das Brötchen belegt? Ein kleiner Unterschied mit lohnsteuerlichen Folgen
2. Betriebsparkplatz: Arbeitgeber haftet für Schäden am Pkw des Arbeitnehmers
3. Wenn der Arbeitgeber Steuerberatungskosten des Arbeitnehmers trägt: Arbeitslohn oder kein Arbeitslohn?
4. Gebrauchtwagenkauf: Wie wirkt sich eine Garantiezusage umsatzsteuerlich aus?
5. Wer hat bei Miteigentum Anspruch auf die Vorsteuererstattung?
6. Wann ist eine Prüfungsanordnung rechtmäßig?
7. Gilt bei einer Überlassung der Ferienwohnung der ermäßigte Steuersatz?
8. Wenn ein geplantes Projekt nicht verwirklicht wird: Gewerblicher Grundstückshandel oder Liebhaberei?
9. Sollbesteuerung: Ist eine mehrjährige Vorfinanzierung rechtmäßig?
10. Wann dürfen vergebliche Aufwendungen geltend gemacht werden?
11. Tatsächliche Verständigung: So können Einwendungen geltend gemacht werden
12. Bei einer Verwertungskündigung müssen hohe Hürden überwunden werden

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

1. Unter welchen Voraussetzungen eine Körperschaftsteuerrechtliche Organschaft anerkannt wird

2. GmbH & Still: Voraussetzungen für die Anerkennung einer Mitunternehmerschaft
3. Rechtsprechungsänderung zu eigenkapitalersetzenden Finanzierungshilfen
4. Einheits-GmbH & Co. KG: Wann liegt eine gewerbliche Prägung vor?
5. Begrenzung des Steuerermäßigungs Betrags: Gilt eine betriebsbezogene oder unternehmerbezogene Auslegung?

## Privatbereich

### 1. Nachtarbeitszuschläge müssen anhand des Mindestlohns berechnet werden

**Sind die Vergütungen von Feiertagen und Nachtarbeitszuschläge auf Basis des Mindestlohns zu berechnen? Ja, sagt das Bundesarbeitsgericht.**

#### Hintergrund

Der Arbeitgeber berechnete bei einer Arbeitnehmerin Nachtzuschläge anhand eines älteren Tarifvertrags mit einem vertraglichen Stundenlohn von 7 EUR. Der anzuwendende ältere Manteltarifvertrag sah u. a. einen Nachtarbeitszuschlag i. H. v. 25 % des tatsächlichen Stundenverdienstes und ein "Urlaubsgeld" in Höhe eines eineinhalbfachen durchschnittlichen Arbeitsverdienstes vor. Zwar hatte der Arbeitgeber nach Einführung des Mindestlohngesetzes neben dem vertraglichen Stundenverdienst von 7 EUR bzw. 7,15 EUR eine Zulage nach dem Mindestlohngesetz gezahlt. Die Vergütung für einen Feiertag und einen Urlaubstag berechnete er jedoch ebenso wie den Nachtarbeitszuschlag auf Grundlage der niedrigeren vertraglichen Stundenvergütung. Ein gezahltes Urlaubsgeld rechnete der Arbeitgeber zudem auf Mindestlohnansprüche an.

Die Arbeitnehmerin verlangte dagegen, dass alle abgerechneten Arbeits-, Urlaubs- und Feiertagsstunden mit dem damaligen Mindestlohn in Höhe von 8,50 EUR brutto vergütet werden. Zudem forderte sie, dass der Nachtarbeitszuschlag auf Grundlage des gesetzlichen Mindestlohns berechnet wird. Die Vorinstanzen urteilten zugunsten der klagenden Arbeitnehmerin.

#### Entscheidung

Auch das Bundesarbeitsgericht stellte sich auf die Seite der Arbeitnehmerin und entschied, dass der Arbeitgeber die Vergütung für den Feiertag zu Unrecht nach der niedrigeren vertraglichen Stundenvergütung berechnet hatte. Denn der Arbeitgeber muss nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz dem Arbeitnehmer für die Arbeitszeit, die aufgrund eines gesetzlichen Feiertags ausfällt, das Arbeitsentgelt zahlen, das er ohne den Arbeitsausfall erhalten hätte. Dies gilt auch dann, wenn sich die Höhe des Arbeitsentgelts nach dem Mindestlohngesetz bestimmt. Eine hiervon abweichende Bestimmung ist dort nicht enthalten. Auf eine vertraglich vereinbarte niedrigere Vergütung darf der Arbeitgeber nicht zurückgreifen.

Darüber hinaus müssen der tarifliche Nachtarbeitszuschlag und das tarifliche Urlaubsentgelt ebenfalls mindestens auf Grundlage des gesetzlichen Mindestlohns berechnet werden. Denn der Mindestlohn ist Teil des tatsächlichen Stundenverdienstes im Sinne des Manteltarifvertrags.

Bezüglich des Urlaubsgelds urteilten die Richter, dass dieses nicht auf den Mindestlohn angerechnet werden darf. Denn das Urlaubsgeld stellt keine Vergütung für geleistete Arbeit dar, sondern ist eine besondere Zahlung, auf die ein eigener Anspruch nach dem Manteltarifvertrag besteht.

## **2. Ehrenamtliche Tätigkeit mit Aufwandsentschädigung ist nicht automatisch eine geringfügige Beschäftigung**

**Wer ein Ehrenamt ausübt und dabei Verwaltungsaufgaben übernimmt, für die er eine pauschale Aufwandsentschädigung erhält, gilt nicht gleich als geringfügig Beschäftigter. Deshalb müssen für diese Tätigkeit keine Sozialversicherungsbeiträge abgeführt werden.**

### **Hintergrund**

Eine Kreishandwerkerschaft sollte für einen ehrenamtlich tätigen Kreishandwerksmeister pauschale Arbeitgeberbeiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung in Höhe von rund 2.600 EUR nachzahlen. Der Handwerker, der als Elektromeister selbstständig und gleichzeitig im Ehrenamt Vorsitzender des Vorstands ist, erhielt eine Aufwandsentschädigung in Höhe von ca. 7.000 EUR im Jahr. Die Deutsche Rentenversicherung Bund vertrat die Auffassung, dass hier eine geringfügige Beschäftigung vorlag. Denn der Handwerker erfüllte nicht nur repräsentative Funktionen, sondern übernahm auch Verwaltungsaufgaben und war insoweit weisungsgebunden.

### **Entscheidung**

Das Bundessozialgericht entschied, dass die ehrenamtliche Tätigkeit des Kreishandwerksmeisters nicht die Kriterien einer abhängigen Beschäftigung erfüllte. Damit waren auch keine Sozialabgaben fällig. Dessen Tätigkeiten unterschieden sich von denen eines Arbeitnehmers. Denn dieser erbringt seine Arbeitsleistung gegen ein Entgelt zu Erwerbszwecken. Ehrenämter hingegen zeichnen sich dadurch aus, dass sie einen ideellen und gemeinnützigen Zweck verfolgen.

Die Zahlung einer pauschalen Aufwandsentschädigung, die nicht auf den Cent genau dem tatsächlichen Aufwand entsprach, war hier unerheblich. Darüber hinaus war die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben, z. B. die Einberufung und Leitung von Gremiensitzungen, unschädlich. Denn diese waren nachweislich mit dem Ehrenamt verbunden gewesen.

## **3. Eltern müssen nach Elternzeit keine Schlechterstellung im Beruf hinnehmen**

**Kehrt ein Elternteil aus der Elternzeit zurück, muss ihm ein gleichwertiger oder ähnlicher Arbeitsplatz angeboten werden. Deshalb darf eine Beamtin auf Probe status- und besoldungsrechtlich nach der Elternzeit nicht niedriger eingestuft werden als vorher.**

### **Hintergrund**

Eine Beamtin auf Lebenszeit mit Besoldungsgruppe A 16 wurde unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Probe mit Besoldungsgruppe B 2 befördert. Sie wurde daraufhin in eine Planstelle der Besoldungsgruppe B 2 eingewiesen, die Leitungsaufgaben beinhaltete. Die Probezeit für ein solches Amt mit leitender Funktion beträgt 2 Jahre und kann nicht verlängert werden. Die Beamtin trat den Dienst jedoch nicht an, denn zunächst erkrankte sie schwangerschafts-

bedingt dienstunfähig und befand sich anschließend im Mutterschaftsurlaub. Danach nahm sie Erholungsurlaub und Elternzeit in Anspruch. In der Zwischenzeit wurde das Aufgabengebiet der Beamtin auf Probe erneut ausgeschrieben und besetzt. Der Beamtin wurde per Bescheid mitgeteilt, dass sie die 2-jährige Probezeit nicht erfolgreich abgeschlossen hatte, sodass das Beamtenverhältnis auf Probe beendet war. Ihr wurde wieder das frühere Amt mit der Besoldungsgruppe A 16 übertragen.

Die Beamtin erhob Klage beim Verwaltungsgericht. Dieses hatte Zweifel an einer Vereinbarkeit des Bescheids und der zugrunde liegenden landesrechtlichen Regelung mit europäischen Richtlinien. Über die Frage hatte deshalb der Europäische Gerichtshof entschieden.

### **Entscheidung**

Der Europäische Gerichtshof entschied zugunsten der Beamtin. Ihr darf nach der Rückkehr aus der Elternzeit kein status- und besoldungsrechtlich niedrigeres Amt übertragen werden. Denn ein Arbeitnehmer hat das Recht, an seinen früheren Arbeitsplatz zurückzukehren oder, wenn das nicht möglich ist, eine gleichwertige oder ähnliche Arbeit zugewiesen zu bekommen. Die Rechte, die der Arbeitnehmer zu Beginn der Elternzeit erworben hatte oder dabei war zu erwerben, bleiben bis zum Ende der Elternzeit bestehen. Der Arbeitgeber muss daher gewährleisten, dass die Beamtin die Probezeit unter den gleichen Bedingungen fortsetzen kann wie vor dem Antritt der Elternzeit.

Sollte die gleiche Stelle nicht mehr verfügbar sein, muss die Beamtin kein erneutes Auswahlverfahren für eine andere gleichwertige Stelle durchlaufen. Denn immerhin hatte sie bereits ein Auswahlverfahren erfolgreich abgeschlossen. Ansonsten würde die Gefahr bestehen, dass sie in einem weiteren Auswahlverfahren nicht berücksichtigt werden würde.

## **4. Doppelte Haushaltsführung: Auch während der Elternzeit können die Kosten der Zweitwohnung absetzbar sein**

**Behält ein Elternteil während der Elternzeit die Wohnung am Arbeitsort, können die dadurch entstehenden Kosten weiterhin als Werbungskosten geltend gemacht werden. Voraussetzung ist allerdings, dass dafür ausschließlich berufliche Gründe vorliegen.**

### **Hintergrund**

Die Klägerin war in B angestellt als Augenärztin tätig. Mit der Geburt ihrer Tochter zog sie zu ihrem Lebensgefährten an einen anderen Ort und beantragte Elternzeit. Der Familienwohnsitz sollte mit dem Kind am Wohnort des Lebensgefährten bleiben. Darüber hinaus wollte die Klägerin nach dem Ende der Elternzeit wieder auf ihrer früheren Vollzeitstelle arbeiten. Da in B ein starker Wohnungsmangel herrscht und die bisherige Wohnung preisgünstig war, behielt sie die Wohnung weiter bei und kündigte sie nicht.

Nachdem sich für die Klägerin andere berufliche Möglichkeiten aufgetan hatten, nahm sie ihre Arbeit in B nicht wieder auf.

Die von ihr geltend gemachten Mehraufwendungen für eine doppelte Haushaltsführung in B erkannte das Finanzamt nicht an.

### **Entscheidung**

Das Finanzgericht gab im Ergebnis der Klägerin Recht. Zwar handelt es sich nicht um Kosten für eine beruflich veranlasste doppelte Haushaltsführung. Denn im maßgeblichen Zeitraum führte die Klägerin in dieser Wohnung gar keinen Haushalt. Die Aufwendungen sind jedoch als Werbungskosten anderer Art abziehbar. Die Klägerin hatte ein unbefristetes und ungekündigtes Arbeitsverhältnis, das sie zunächst nach Ende der Mutterschutz- und Elternzeit wieder aufnehmen wollte. Dazu kam, dass am Arbeitsort, einer Großstadt mit stark angespanntem Mietmarkt, eine neue Woh-

nung nur schwer zu finden gewesen wäre und sie zudem eine erheblich höhere Miete hätte zahlen müssen. Deshalb liegen nach Ansicht des Gerichts ausschließlich berufliche Gründe für das Beibehalten der Wohnung vor.

## 5. Luftsicherheitskontrollkraft: Erste Tätigkeitsstätte ist das Flughafengelände

**Wird ein Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber auf einem Flughafengelände an täglich wechselnden Kontrollstellen zur Durchführung von Sicherheitskontrollen eingesetzt, stellt dieses eine erste Tätigkeitsstätte dar.**

### Hintergrund

Der Kläger wurde auf einem Flughafengelände beschäftigt. Bei den täglich wechselnden Einsatzorten handelte es sich um von seinem Arbeitgeber betreute Kontrollstellen auf dem Gelände des Flughafens. Der Kläger fuhr die jeweiligen Einsatzstellen mit seinem eigenen privaten Pkw an. Diese rechnete er als Reisekosten ab. Das Finanzamt erkannte lediglich Fahrtkosten in Höhe der Entfernungspauschale an und sah in dem Flughafen die erste Tätigkeitsstätte des Klägers.

Der Kläger ist dagegen der Ansicht, dass es sich bei den verschiedenen Kontrollstellen nicht um ortsfeste Einrichtungen seines Arbeitgebers, sondern um Einrichtungen der Kunden des Arbeitgebers des Klägers handelte. Deshalb war der Flughafen nicht die erste Tätigkeitsstätte des Klägers.

### Entscheidung

Das Finanzgericht entschied, dass das Gelände des Flughafens die erste Tätigkeitsstätte des Klägers darstellt. Der Kläger war durch die den Arbeitsvertrag ausfüllenden Weisungen dem Flughafen als ortsfester betrieblicher Einrichtung dauerhaft zugeordnet. Denn die Zuordnung wurde durch die dienst- und arbeitsrechtlichen Festlegungen sowie die diese ausfüllenden Absprachen und Weisungen bestimmt. Der Kläger fuhr seine Einsatzorte im Gebiet des Flughafens nach vorheriger Weisung durch den Einsatzplan seines Arbeitgebers an. Da der Kläger nicht außerhalb seiner ersten Tätigkeitsstätte und seinem Wohnort tätig wurde, können weder Verpflegungsmehraufwendungen noch Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte nach Reisekostengrundsätzen berücksichtigt werden.

## 6. Mieter beschädigt Wohnung: Sofortabzug oder Abschreibung?

**Verursacht der Mieter nach Anschaffung der vermieteten Immobilie schuldhaft einen Schaden, können die Aufwendungen für die Beseitigung als Werbungskosten sofort abziehbar sein und müssen nicht mit 2 % jährlich abgeschrieben werden.**

### Hintergrund

Die Klägerin hatte eine vermietete, mangelfreie Eigentumswohnung gekauft und war als Vermieterin in den Mietvertrag eingetreten. Nach Unstimmigkeiten mit der Mieterin kam es zur Kündigung des Mietverhältnisses. Bei der Rückgabe der Wohnung stellte die Klägerin fest, dass die Mieterin umfangreiche Schäden an der Wohnung verursacht hatte. Insbesondere waren Scheiben an Türen eingeschlagen, Bodenfliesen zerstört und Wände mit Schimmel befallen. Insgesamt beliefen sich die Schäden auf 20.000 EUR.

Da sie diesen Betrag bei der Mieterin wegen deren Zahlungsunfähigkeit nicht Beitreiben konnte, machte die Vermieterin die Kosten für die Beseitigung der Schäden als sofort abzugsfähigen Erhaltungsaufwand geltend. Das Finanzamt war dagegen der Ansicht, dass es sich um anschaffungsnahe Herstellungskosten handelte und ein Sofortabzug nicht

möglich war. Die Kosten könnten nur im Rahmen der Absetzungen für Abnutzung anteilig mit 2 % über einen Zeitraum von 50 Jahren geltend gemacht werden.

### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof entschied zugunsten der Vermieterin.

Zu den Herstellungskosten, die der Absetzungen für Abnutzung unterliegen, gehören nach dem gesetzlichen Wortlaut sämtliche Aufwendungen für bauliche Maßnahmen, die für eine Instandsetzung und Modernisierung im Zusammenhang mit der Anschaffung des Gebäudes anfallen, wie Schönheitsreparaturen oder die Herstellung der Betriebsbereitschaft.

Kosten für Instandsetzungsmaßnahmen zur Beseitigung eines Schadens, der bei der Anschaffung nicht vorhanden war, sondern nachweislich erst später durch das schuldhaftes Handeln des Mieters am Gebäude verursacht worden ist, werden jedoch nicht den anschaffungsnahen Herstellungskosten zugeordnet. Solche Aufwendungen können als Erhaltungsaufwand und damit als Werbungskosten sofort abgezogen werden.

## **7. So kann sich ein Vermieter gegen eine Vereitelung der Zwangsäumung absichern**

**Muss der Vermieter befürchten, dass der Mieter eine Räumung der Wohnung durch Gebrauchsüberlassung an Dritte verhindern will, kann er diese dem Mieter per einstweiliger Verfügung untersagen.**

### **Hintergrund**

Die Vermieterin einer Gaststätte erwirkte gegen die Mieterin im Mai 2017 ein Räumungsurteil. Der Versuch, die Mieträume räumen zu lassen, schlug fehl, weil der Gerichtsvollzieher einen Untermieter antraf. Die Vermieterin hält den Untermietvertrag, der auf den 1.11.2015 datiert ist, für ein Scheingeschäft und für rückdatiert, um die Vollstreckung der titulierten Räumungspflicht zu verhindern. Deshalb will die Vermieterin der Mieterin durch einstweilige Verfügung untersagen, die Räumlichkeiten unterzuvermieten oder den Besitz oder Gebrauch Dritten zu überlassen.

Das Landgericht wies den Antrag ab.

### **Entscheidung**

Die Beschwerde der Vermieterin hatte Erfolg, sie kann den Erlass einer einstweiligen Verfügung verlangen.

Für den Antrag fehlt nicht das Rechtsschutzbedürfnis. Das wäre nur dann der Fall, wenn die Vermieterin ihr Rechtsschutzziel auf einfacherem und billigerem Weg erreichen könnte.

Ist ein Dritter im Besitz der herauszugebenden Räume, benötigt die Vermieterin zur Räumung entweder einen neuen Titel oder kann unter bestimmten Voraussetzungen die Umschreibung des Titels beantragen. Dieses Verfahren stellt aber keinen einfacheren Weg dar, sondern erschwert seinerseits die Zwangsvollstreckung.

Durch eine Klauselumschreibung auf einen weiteren Rechtsnachfolger entfielen aber nicht das Interesse der Vermieterin, eine weitere Rechtsnachfolge im Besitz schon im Ansatz zu verhindern.

Der erforderliche Verfügungsanspruch ergibt sich aus dem gesetzlich geregelten Recht des Eigentümers auf Schutz vor Beeinträchtigungen des Eigentums. Ausfluss dieses Rechts ist ein Herausgabeanspruch, der hier bestand. Nach Ende des Mietverhältnisses war die Mieterin nicht mehr zum Besitz der Räume berechtigt. Eine Abmahnung war nicht erforderlich, da das Mietverhältnis beendet war.

Die von der Vermieterin glaubhaft vorgetragene Umstände sprechen dafür, dass der Untermietvertrag zum Schein abgeschlossen und rückdatiert wurde, um die Zwangsvollstreckung zu vereiteln. Der Verstoß begründete die für einen Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr.

Auch der erforderliche Verfügungsgrund liegt vor. Denn es steht zu befürchten, dass die Verwirklichung des Räumungsanspruchs durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes wesentlich erschwert wird.

## **8. Unberechtigte Untervermietung an Touristen: Erst die Abmahnung, dann die Kündigung**

**Wenn ein Mieter seine Wohnung unberechtigt zur Vermietung an Touristen anbietet, riskiert er eine Kündigung wegen unbefugter Gebrauchsüberlassung. Vor einer solchen Kündigung muss der Vermieter den Mieter allerdings abmahnen.**

### **Hintergrund**

Der Mieter hatte die gemietete Wohnung im Internet zur Vermietung an Urlauber angeboten. Die Vermieterin kündigte deshalb das Mietverhältnis fristlos wegen unerlaubter Untervermietung. Denn im Mietvertrag war vereinbart, dass eine Untervermietung oder sonstige Gebrauchsüberlassung der Mieträume oder von Teilen hiervon nur mit Einwilligung der Vermieterin erfolgen darf. Diese hatte die Vermieterin jedoch nicht erteilt.

### **Entscheidung**

Die Räumungsklage der Vermieterin wurde vom Landgericht abgewiesen. Die Richter hielten die Kündigung für unwirksam.

Zwar liegt ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung vor, indem der Mieter die Mietsache unbefugt Dritten überlassen hatte. Bei einer Verletzung einer Pflicht aus dem Mietvertrag ist jedoch die Kündigung nach einer erfolglosen Abmahnung zulässig.

Diese war hier nicht entbehrlich. Denn das ist nur ausnahmsweise der Fall, wenn eine Abmahnung offensichtlich keinen Erfolg verspricht oder die sofortige Kündigung aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen gerechtfertigt ist.

All dies war hier nicht der Fall.

Auch im Übrigen bestand kein besonderer Grund für eine sofortige Kündigung. Es lag keine solche schwere Pflichtverletzung des Mieters vor, dass der Vermieterin die Fortsetzung des Mietverhältnisses unzumutbar gewesen wäre.

## **Unternehmer und Freiberufler**

### **1. Ist das Brötchen belegt? Ein kleiner Unterschied mit lohnsteuerlichen Folgen**

**Stellt ein Arbeitgeber unbelegte Brötchen und Heißgetränke seinen Mitarbeitern zur Verfügung, handelt es sich dabei nicht um ein Frühstück nach der Sozialversicherungsentgeltordnung und damit auch nicht um einen lohnsteuerpflichtigen Sachbezug. Denn ohne Belag oder Brotaufstrich ist das keine richtige Mahlzeit.**



## Hintergrund

Ein Arbeitgeber stellte an jedem Arbeitstag verschiedene Brötchen und Heißgetränke für die Mitarbeiter, aber auch für Kunden und Gäste, unentgeltlich zum Verzehr zur Verfügung. Üblicherweise wurden die Backwaren während der Frühstückspause verzehrt. Aufschnitt, Brotaufstriche oder sonstige Beläge gab es nicht.

Das Finanzamt erkannte in diesem Angebot ein Frühstück und damit eine unentgeltliche Zurverfügungstellung einer Mahlzeit an die Arbeitnehmer. Dies wurde deshalb mit den Sachbezugswerten nach der Sozialversicherungsentgeltverordnung bewertet und der entsprechende Betrag als lohnsteuerpflichtiger Sachbezug angesetzt. Die Freigrenze von 44 EUR war darauf nicht anwendbar.

## Entscheidung

Das Finanzgericht sah das anders und entschied, dass trockene Brotwaren und ein Heißgetränk nicht die Anforderungen genügen, die nach der Sozialversicherungsentgeltverordnung an ein Frühstück zu stellen sind. Zum Mindeststandard eines Frühstücks in Form von Brötchen oder Backwaren in Kombination mit Getränken gehört nämlich auch ein entsprechender Brotaufstrich.

Für die zur Verfügung gestellte Kost wird deshalb kein Sachbezugswert angesetzt. Wenn die Vorteile durch diese Sachbezüge nach Anrechnung der vom Steuerpflichtigen gezahlten Entgelte insgesamt 44 EUR im Kalendermonat nicht übersteigen, bleiben diese außer Ansatz. Im Urteilsfall wurde diese Grenze bei durchschnittlich 20 Arbeitstagen im Monat und Kosten von 0,60 EUR pro Brötchen nicht überschritten, sodass kein geldwerter Vorteil versteuert werden musste.

## 2. Betriebsparkplatz: Arbeitgeber haftet für Schäden am Pkw des Arbeitnehmers

**Stellt der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern einen Parkplatz zur Verfügung, muss er für dessen Verkehrssicherheit sorgen. Kommt er seiner Verkehrssicherungspflicht nicht nach, haftet er für Schäden, die an den Autos der Arbeitnehmer entstehen.**

## Hintergrund

Der Arbeitnehmer parkte sein Fahrzeug mit Erlaubnis seiner Arbeitgeberin, einer Gemeinde, während der Dienstzeit auf dem Betriebshof der Arbeitgeberin. Während eines Sturmtiefs schob starker Wind einen Großmüllbehälter gegen den Pkw des Arbeitnehmers. Dadurch wurde das Auto so stark beschädigt, dass es einen wirtschaftlichen Totalschaden erlitt.

Die Versicherung erstattete dem Arbeitnehmer den Differenzbetrag zwischen Wiederbeschaffungswert und Restwert von 1.380 EUR. Diesen Betrag verlangte sie von der Arbeitgeberin, da diese die ihr gegenüber ihrem Arbeitnehmer obliegende Verkehrssicherungspflicht verletzt hatte. Insbesondere war der Müllbehälter nur mit Radbremsen gesichert und kein hinreichend windgeschützter Aufstellort gewählt worden. Nach Auffassung der Versicherung stellten Windgeschwindigkeiten von 85 km/h auch kein außergewöhnliches Naturereignis oder höhere Gewalt dar.

## Entscheidung

Das Landgericht entschied zugunsten der Versicherung, dass die Gemeinde zur Erstattung des Schadens von 1.380 EUR verpflichtet war. Denn sie hatte ihre Verkehrssicherungspflicht fahrlässig verletzt. Nach der Warnung vor dem Sturmtief war sie verpflichtet, ihr Betriebsgelände abzugehen und etwaige Gefahrenquellen zu sichern. Der Umstand, dass die Feststellbremsen des Großcontainers bei der letzten Leerung angezogen worden waren, reichte nach Ansicht des Gerichts nicht zur Erfüllung der Verkehrssicherungspflicht. Dazu hätte es einer weiteren, späteren Kontrolle be-

durft. Eine Windgeschwindigkeit von 85 km/h bzw. eine Windstärke 9 waren keine unabwendbaren Ereignisse. Auch handelte es sich nicht um einen so starken Sturm, bei dem keine Sicherheitsmaßnahmen mehr helfen würden.

### **3. Wenn der Arbeitgeber Steuerberatungskosten des Arbeitnehmers trägt: Arbeitslohn oder kein Arbeitslohn?**

**Wird im Rahmen einer Auslandsentsendung vereinbart, dass der Arbeitgeber die Steuerberatungskosten des Arbeitnehmers übernimmt, kann dies im überwiegenden eigenbetrieblichen Interesse des Arbeitgebers liegen.**

#### **Hintergrund**

Der klagende Konzern hatte ein Entsendesystem etabliert, also die Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland. Dies stellte einen wesentlichen Bestandteil der Personalpolitik dar. Für die Mitarbeiter selbst stellte eine Entsendung einen wichtigen Karrierebestandteil dar. An der mit der Entsendung verbundenen Nettolohnvereinbarung hatten demnach beide Seiten ein Interesse. Streitig zwischen Finanzamt und Konzern war allerdings, ob in diesem Rahmen übernommene Steuerberatungskosten Arbeitslohn darstellen oder nicht.

#### **Entscheidung**

Das Finanzgericht war der Ansicht, dass die Übernahme der Steuerberatungskosten im überwiegenden eigenbetrieblichen Interesse des Arbeitgebers lag.

Wie und aus welchen Mitteln der Arbeitgeber seine Pflicht zur Zahlung des Nettolohns erfüllt, also ob er dies ausschließlich aus eigenen Mitteln tut oder ob er sich die notwendigen Mittel teilweise über Erstattungen zurückholt bzw. zurückholen kann, spielt für den entsandten Arbeitnehmer keine Rolle. Das Gleiche gilt für die zur Erledigung der durch die Nettolohnvereinbarung übernommenen Pflichten (Steuern, Sozialabgaben etc.). Davon abgesehen hatte er etwaige Erstattungsansprüche abgetreten, sodass er durch weitere Aktivitäten selbst keine Vorteile mehr hatte.

Die Richter kamen deshalb zu dem Ergebnis, dass hinsichtlich der Steuerberatungskosten kein nennenswertes Interesse des Mitarbeiters bestand und der Arbeitgeber die Beratungskosten im weitaus überwiegenden eigenen betrieblichen Interesse übernommen hatte. Damit war auch kein geldwerter Vorteil gegeben, der versteuert werden müsste.

### **4. Gebrauchtwagenkauf: Wie wirkt sich eine Garantiezusage umsatzsteuerlich aus?**

**Bietet ein Kfz-Händler nicht nur den Fahrzeugverkauf an, sondern auch rückversicherte Reparaturgarantien, liegt eine einheitliche Leistung vor, die insgesamt steuerpflichtig ist.**

#### **Hintergrund**

Die Klägerin betreibt ein Autohaus. Käufern eines Kfz bietet sie eine erweiterte Gebrauchtwagengarantie an, die gegen gesondert berechnetes Entgelt abgeschlossen werden kann. Die rückversicherte Garantiezusage erfolgt als Vertrag zwischen der Klägerin als Autohaus und dem Käufer des Pkw. Im Garantiefall muss der Käufer entweder der Händler oder der Rückversicherer benachrichtigen. Die Käufer können im Garantiefall wählen, ob sie die Reparatur durch ihren Händler oder in einer anderen Werkstatt vornehmen lassen. Das Finanzamt ging davon aus, dass eine einheitliche

Leistung "Gebrauchtwagenkauf" vorlag und betrachtete die Garantiezusage als unselbstständige Nebenleistung. Dagegen vertrat die Klägerin die Auffassung, dass beide Leistungen getrennt zu beurteilen sind, sodass das Entgelt für die Garantiezusage umsatzsteuerfrei ist.

## Entscheidung

Das Finanzgericht entschied, dass die Umsätze aus den Garantiezusagen umsatzsteuerpflichtig waren. Eine einheitliche Leistung ist insbesondere anzunehmen, wenn der Steuerpflichtige für den Verbraucher 2 oder mehr Handlungen vornimmt oder Elemente liefert, die aus der Sicht des Durchschnittsverbrauchers so eng miteinander verknüpft sind, dass sie objektiv eine einzige untrennbare wirtschaftliche Leistung bilden, deren Aufspaltung wirklichkeitsfremd wäre. Die Garantiezusagen erfüllen diese Voraussetzungen. Das dem Käufer nach den Garantiebedingungen zustehende Wahlrecht zwischen Reparaturanspruch oder Reparaturkostenersatzanspruch, steht dem nicht entgegen. Die Garantiezusage hat für den Käufer den wirtschaftlichen Zweck, dass ein eventuell künftiger Schaden an einem Fahrzeug in dem garantierten Umfang beseitigt wird, ohne dass er für die Kosten aufkommen muss. Die umfassende Einstandspflicht des Händlers, bei dem das Kfz gekauft wurde, macht das Wesen und die Bedeutung der Garantiezusage aus. Zu diesem Händler besteht ein Vertrauensverhältnis, das eine unkomplizierte Abwicklung des eventuellen Schadenfalls verspricht.

## 5. Wer hat bei Miteigentum Anspruch auf die Vorsteuererstattung?

**Auch eine Bruchteilsgemeinschaft mit dem Zweck der gemeinschaftlichen Eigentumsverwaltung kann eine Unternehmerin sein und eine Vorsteuererstattung beantragen. Das gilt jedoch nicht für einzelne Mitglieder der Gemeinschaft.**

### Hintergrund

Der Kläger kaufte mit Y 2 Grundstücke. Y hatte einen Miteigentumsanteil von 60 %, der Kläger von 40 %. Darüber hinaus gründete der Kläger mit seiner Frau eine GmbH. Die vom Kläger und Y erworbenen Grundstücke sollten umsatzsteuerpflichtig an die GmbH vermietet werden und der GmbH als Betriebsgrundstücke dienen. Für beide Grundstücke gaben der Kläger und Y als Grundstücksgemeinschaft jeweils eine Umsatzsteuerjahreserklärung ab. Die Erklärung für 2010 war von beiden unterschrieben worden, die für 2011 nur von Y.

Am 22.8.2011 verkaufte der Kläger seine Miteigentumsanteile an den Grundstücken an Y. Das Finanzamt zahlte die Vorsteuererstattungen 2010 und 2011 an Y aus, den Antrag des Klägers auf Erstattung von 40 % dieser Vorsteuerbeträge lehnte es dagegen ab.

### Entscheidung

Auch das Finanzgericht verweigert dem Kläger eine Vorsteuererstattung. Denn der Kläger war als Gesellschafter selbst nicht Unternehmer.

Grundsätzlich steht der Anspruch auf Vorsteuerabzug dem Unternehmer zu. Unternehmer ist, wer eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbstständig ausübt. Das kann auch eine Bruchteilsgemeinschaft sein. Die Bruchteilsgemeinschaften sind Steuerschuldner und auch Inhaber der Vorsteuererstattungsansprüche.

Im vorliegenden Fall waren die Grundstücksgemeinschaften jeweils als eigene Bruchteilsgemeinschaft Unternehmer, und zwar bis zu ihren Beendigungen am 22.8.2011. So haben sie für das Jahr 2010 jeweils eine von beiden Teilhabern unterschriebene Umsatzsteuererklärung abgegeben und die Grundstücksgemeinschaft in der Erklärung als Unternehmerin bezeichnet.

Der Gesellschafter bzw. der Teilhaber ist dagegen kein Unternehmer. Nur die GbR bzw. die Gemeinschaft ist Unternehmerin. Die Tätigkeit der Personenvereinigung wird im Umsatzsteuerrecht nicht ihrem Mitglied zugerechnet. Eine Mitunternehmerschaft kennt das Umsatzsteuergesetz nicht. Deshalb war der Kläger in seiner Eigenschaft als Teilhaber bzw. Gesellschafter nicht selbst Unternehmer und deshalb nicht Inhaber eines Vorsteuererstattungsanspruchs.

## 6. Wann ist eine Prüfungsanordnung rechtmäßig?

**Werden bei dem Schwellenwert, der zur Durchführung einer Außenprüfung berechtigt, Kapitaleinkünfte berücksichtigt, die unter die Günstigerprüfung fallen? Das Schleswig-Holsteinische Finanzgericht sagt ja.**

### Hintergrund

In seiner Einkommensteuererklärung für das Jahr 2011 erklärte der Antragsteller Einkünfte aus Kapitalvermögen in Höhe von 1.099.306 EUR, die dem inländischen Steuerabzug unterlagen, und in Höhe von 84.237 EUR, die nicht dem inländischen Steuerabzug unterlagen. Er stellte zum einen einen Antrag auf eine Günstigerprüfung, zum anderen auf Überprüfung der Steuereinbehalte sowie auf Verrechnung mit Verlusten nach der bis 31.12.2008 geltenden Rechtslage. Das Finanzamt berücksichtigte die Anträge.

Unter dem Strich ergab sich eine Einkommensteuer von 0 EUR. Die Einkünfte aus Kapitalvermögen besteuerte das Finanzamt mit dem tariflichen Steuersatz. Die Kapitalertragsteuer wurde angerechnet und erstattet.

Am 29.11.2016 erließ das Finanzamt eine Prüfungsanordnung, da der Antragsteller die Grenze von 500.000 EUR überschritten hatte und deshalb zur Aufbewahrung der Unterlagen verpflichtet war. Der Antragsteller legte dagegen Einspruch ein und beantragte die Aussetzung der Vollziehung, die das Finanzamt jedoch ablehnte. Der Antragsteller ist der Ansicht, dass er die Schwellenwerte für die Prüfungsanordnung nicht erreicht hat, weil die der Abgeltungsteuer unterliegenden Erträge hierbei nicht zu berücksichtigen sind.

### Entscheidung

Steuerpflichtige, die Überschusseinkünfte von über 500.000 EUR erzielen, müssen ihre Unterlagen aufbewahren. Bei diesen Steuerpflichtigen darf eine Außenprüfung durchgeführt werden. Bei der Berechnung der Schwellenwerte sind grundsätzlich Einkünfte, die der Abgeltungsteuer unterliegen, nach Ansicht der Finanzverwaltung nicht zu berücksichtigen.

Da der Antragsteller einen Antrag auf Günstigerprüfung gestellt hatte, kam es jedoch auf die Frage, ob die Ansicht der Finanzverwaltung zutrifft, nicht an. Bei einer Günstigerprüfung sind die Einkünfte bei der Berechnung der Schwellenwerte in jedem Fall zu berücksichtigen. Darüber hinaus ist auch bei Steuerpflichtigen, die eine solche Beteiligung halten, zukünftig eine Pflicht zur Aufbewahrung gegeben und eine Außenprüfung möglich.

## 7. Gilt bei einer Überlassung der Ferienwohnung der ermäßigte Steuersatz?

**Mit dieser Frage beschäftigte sich der Bundesfinanzhof - und legte sie dem Europäischen Gerichtshof vor. Dieser muss klären, ob die Überlassung von Ferienwohnungen der Margenbesteuerung und zusätzlich der Steuersatzermäßigung unterliegt.**

### Hintergrund

Die A-Gesellschaft betrieb ein Reisebüro und vermietete im eigenen Namen Häuser im Inland sowie in Österreich und Italien zu Urlaubszwecken an Privatkunden. Sie mietete die Häuser für die Zeiträume der eigenen Vermietung von dem jeweiligen Eigentümer an. Die Kundenbetreuung vor Ort übernahm entweder der jeweilige Eigentümer oder deren Beauftragte. Neben der Bereitstellung der Unterkunft gehörten zu den angebotenen Leistungen auch die Reinigung der Unterkunft und Wäsche- und Brötchenservice.

A berechnete die Steuer nach der sog. Margenbesteuerung für Reiseleistungen. Zusätzlich beantragte sie die Anwendung des ermäßigten Steuersatzes von 7 % für die Vermietung von Wohn- und Schlafräumen zur kurzfristigen Beherbergung von Fremden.

Das Finanzamt wendete die Margenbesteuerung und den Regelsteuersatz an, da die Leistungen der A nicht im Katalog der Steuersatzermäßigungen genannt sind. Das Finanzgericht entschied ebenso.

### **Entscheidung**

Nach der Rechtsprechung des EuGH sind Leistungen eines Reiseveranstalters, die nur die Unterkunft (z. B. in einer Ferienwohnung) und nicht die Beförderung des Reisenden umfassen, nicht von der Anwendung der Margenbesteuerung ausgeschlossen. Zwar ist der Bundesfinanzhof dieser Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs bisher gefolgt, nunmehr hat er unter Berücksichtigung neuerer Rechtsprechung zur Haupt- und Nebenleistung jedoch Zweifel daran.

Die Überlassung einer Ferienwohnung unterliegt als kurzfristige Beherbergung von Fremden für sich betrachtet der Steuersatzermäßigung auf 7 %. Denn bei der Unterrichtung und Beratung durch das Reisebüro handelt es sich lediglich um eine Nebenleistung zur Hauptleistung.

Zur kombinierten Anwendung von Margenbesteuerung und Steuersatzermäßigung liegt noch keine Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs vor. Der Bundesfinanzhof hält die kombinierte Anwendung grundsätzlich für möglich. Für die kombinierte Anwendung spricht, den jeweiligen Umsatz eines Reisebüros darauf zu prüfen, ob nach dem Leistungsgegenstand dieses Umsatzes zugleich auch die Voraussetzungen der Steuersatzermäßigung erfüllt sind. Dagegen spricht, dass die "Umsätze von Reisebüros" als solche zu betrachten sind und bereits in dieser Eigenschaft von der Steuerermäßigung ausgeschlossen sein könnten, da sie nicht eigens im Anhang zur Richtlinie aufgeführt sind.

## **8. Wenn ein geplantes Projekt nicht verwirklicht wird: Gewerblicher Grundstückshandel oder Liebhaberei?**

**Hält ein Steuerpflichtiger ein verlustbringendes Grundstück und zeigt er weder Verkaufsbemühungen noch strukturiert er seinen Betrieb um oder gibt ihn auf, kann es zur Liebhaberei kommen.**

### **Hintergrund**

X erwarb im Jahr 1992 für 150.000 EUR ein 2.500 qm großes Grundstück. Er stellte einen Bauantrag für die Errichtung eines Büro- und Boardinghauses. Der Versuch, das Grundstück mit zu errichtendem Gebäude zu veräußern, scheiterte. In 1995 wurde der Bauantrag zurückgewiesen. Angedachte weitere Projekte (Verkauf zum Betrieb einer Tankstelle oder eines Outletcenters) zerschlugen sich. Trotz Inserierung im Internet wurde das Grundstück bis zum Jahr 2014 nicht verkauft.

Seit dem Jahr 1992 machte X Verluste aus dem Grundstück geltend. Für 2005 beantragte er wegen der Teilwertabschreibung des Grundstücks den Abzug eines gewerblichen Verlustes von rund 106.000 EUR. Das Finanzamt lehnte das ab.

### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof folgte den Argumenten des Finanzamts und wies die Klage ab. Denn auch wenn ursprünglich eine Gewinnerzielungsabsicht des X vorlag, kann diese nachträglich wieder entfallen. Das bewirkt keine Betriebsaufgabe, sondern einen erfolgsneutralen Strukturwandel vom Gewerbebetrieb zur Liebhaberei. Von diesem Zeitpunkt an sind die laufenden Ergebnisse ebenso irrelevant wie wenn die Gewinnerzielungsabsicht von Beginn an gefehlt hätte.

Im Streitfall war die Gewinnerzielungsabsicht schon vor 2005 nachträglich entfallen. Denn nachdem der Kaufinteressent das Projekt Ende 1994 abgesagt hatte, hatte sich der ursprüngliche Plan des X zerschlagen. Von da an begann

eine kontinuierliche Verlustperiode. Das Grundstück verlor an Wert und es erwies sich als unmöglich, ein anderes gewinnbringendes Konzept zu finden. X reagierte auf die zunehmenden Vermarktungsschwierigkeiten nur unzureichend und unternahm nichts, was als geeignete Grundstücksentwicklungsmaßnahme verstanden werden konnte. X hat die Angelegenheit vielmehr im Wesentlichen sich selbst überlassen und sich nicht weiter um eine Baugenehmigung bemüht. Seine Aktivitäten erschöpften sich in einer durch die Realität nicht gedeckten Hoffnung, durch Inserate einen Zufallstreffer zu erzielen.

## 9. Sollbesteuerung: Ist eine mehrjährige Vorfinanzierung rechtmäßig?

**Ist ein Unternehmer verpflichtet, die geschuldete Umsatzsteuer vorzufinanzieren, auch wenn er die Vergütung erst 2 Jahre nach Leistungserbringung erhalten kann.**

### Hintergrund

X war als Spielervermittlerin im Profifußball tätig. Sie versteuerte ihre Umsätze nach vereinbarten Entgelten. Von den Vereinen erhielt sie bei erfolgreicher Vermittlung eines Spielers Provisionszahlungen. Voraussetzung für den Vergütungsanspruch war u. a., dass der Spieler beim neuen Verein einen Arbeitsvertrag unterschreibt. Die Provisionen wurden dann in Raten verteilt auf die Laufzeit des Arbeitsvertrags gezahlt.

Das Finanzamt ging davon aus, dass X ihre im Jahr 2012 erbrachten Vermittlungsleistungen für 3 Spieler bereits in 2012 versteuern musste, auch wenn sie Teile des Entgelts für diese Vermittlungen erst im Jahr 2015 beanspruchen konnte. Das Finanzamt verlangte dementsprechend bereits im Jahr 2012 die Umsatzsteuer für die erst 2015 fälligen Provisionen. Dagegen wehrte sich X mit ihrer Klage.

### Entscheidung

Der Bundesfinanzhof setzte das Revisionsverfahren aus und leitete ein Vorabentscheidungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof ein.

Nach dem gesetzlichen Wortlaut ist nur entscheidend, ob die Lieferung oder die Leistung erbracht wurde. Ob das Entgelt vereinnahmt werden kann, spielt keine Rolle. Der Bundesfinanzhof zweifelt daran, ob diese unbedingte Entstehung des Steueranspruchs gerechtfertigt ist. Denn als Folge muss der Unternehmer die von ihm für den Zeitraum der Leistungserbringung geschuldete Steuer über einen Zeitraum von mehreren Jahren vorfinanzieren. Dabei stellt der Bundesfinanzhof auch die Frage der Vereinbarkeit der unterschiedlichen Behandlung vereinnahmter Entgelte bei der Soll-Versteuerung und bei der Ist-Versteuerung mit dem Gleichheitsgrundsatz. Schließlich möchte der Bundesfinanzhof auch geklärt haben, ob die Mitgliedstaaten befugt sind, bereits für den Besteuerungszeitraum der Steuerentstehung von einer Berichtigung der Steuerbemessungsgrundlage auszugehen, wenn der Unternehmer den zu vereinnahmenden Betrag mangels Fälligkeit erst nach über 2 Jahren vereinnahmen kann.

## 10. Wann dürfen vergebliche Aufwendungen geltend gemacht werden?

**Auch wenn der Erwerb einer Beteiligung Voraussetzung dafür ist, dass ein Anstellungsvertrag überhaupt erst geschlossen wird, liegen keine Werbungskosten vor. Das gilt auch dann, wenn die angestrebte Anstellung nicht zustande kommt.**

## Hintergrund

R vereinbarte mit den Mehrheitsgesellschaftern der A-Unternehmensgruppe, dass er in der zu gründenden A-AG eine Vorstandsposition übernehmen sollte. Voraussetzung dafür war die Hinterlegung von 75.000 EUR, die dem Erwerb einer 10-%-Beteiligung des R an der A-AG dienen sollte. Wenige Monate, nachdem R den Betrag gezahlt hatte, wurde ihm bekannt, dass der hinterlegte Betrag abredewidrig verwendet worden war. Er erklärte daraufhin seinen Rücktritt und forderte die Rückzahlung des Betrags von 75.000 EUR. Die Rückforderung blieb erfolglos.

Im Klageverfahren beantragte R die Berücksichtigung des Betrags als Werbungskosten bei den Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit. Das Finanzgericht gab der Klage statt. Denn nach Ansicht der Richter war die Zahlung durch die angestrebte Anstellung als Vorstand in der A-AG veranlasst gewesen.

## Entscheidung

Der Bundesfinanzhof sah das jedoch anders. Deshalb hob er das Finanzgerichtsurteil auf und wies die Klage ab.

Zwar können vorab entstandene Aufwendungen als vergeblicher Aufwand auch dann steuerlich zu berücksichtigen sein, wenn es entgegen den Planungen des Steuerpflichtigen nicht zu Einnahmen kommt. Voraussetzung ist eine erkennbare Beziehung zu den angestrebten Einkünften. Bei Bürgschafts- oder Darlehensverlusten, die durch das Arbeitsverhältnis veranlasst sind, kann die Veranlassung durch das Arbeitsverhältnis im Vordergrund stehen, wenn der Arbeitnehmer dadurch ausschließlich seine Lohneinkünfte zu sichern oder zu erhalten versucht.

Aufwendungen des Arbeitnehmers für den Erwerb einer Beteiligung am Arbeitgeber stehen jedoch im Allgemeinen nicht unmittelbar mit den Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit, sondern mit Einkünften aus Kapitalvermögen in Zusammenhang. Das gilt selbst dann, wenn damit auch die Arbeitnehmertätigkeit gefördert wird. Mit dem Erwerb der Beteiligung werden vor allem die mit der Gesellschafterstellung verbundenen Rechte angestrebt. Bei einem Darlehen oder einer Bürgschaft nimmt der Arbeitnehmer das einseitige Risiko eines wirtschaftlichen Verlustes auf sich. Demgegenüber besteht bei einer Beteiligung nicht nur die Gefahr eines Wertverlustes, sondern auch die Chance einer Wertsteigerung.

Im Streitfall bestand zwar ein Zusammenhang mit den beabsichtigten Einkünften des R aus nichtselbstständiger Arbeit, da die beabsichtigte Beteiligung Voraussetzung für die Bestellung zum Vorstand war. Der Zweck des Anteilserwerbs überlagert jedoch diesen Zusammenhang als eigenständige Einkunftsquelle.

## 11. Tatsächliche Verständigung: So können Einwendungen geltend gemacht werden

**Eine tatsächliche Verständigung ist kein Verwaltungsakt. Ihre Wirksamkeit kann deshalb nur im Rahmen einer Anfechtungsklage gegen einen Bescheid inzident geprüft werden.**

## Hintergrund

A einigte sich mit dem Finanzamt auf verschiedene Besteuerungsgrundlagen. Die Ergebnisse der tatsächlichen Verständigung wurden in geänderten Einkommensteuer-, Umsatzsteuer- und Gewerbesteuer-Bescheiden vom Juli 2014 umgesetzt. Gegen diese erhob A keine Einsprüche, sie wurden bestandskräftig. Im September 2014 legte A Einspruch gegen die tatsächliche Verständigung ein. Diesen begründete er damit, dass er aufgrund der Androhung einer hohen Steuernachzahlung, einer Vernichtung seiner Existenz und einer Haftstrafe zur Unterschrift erpresst worden war. Das Finanzamt verwarf den Einspruch als unzulässig, da es sich bei der tatsächlichen Verständigung nicht um einen Verwaltungsakt handelt.

Mit seiner Klage gegen die tatsächliche Verständigung hatte A vor dem Finanzgericht ebenfalls keinen Erfolg. Mit der Nichtzulassungsbeschwerde begehrte A, die Revision wegen Verfahrensmängeln zuzulassen.



## Entscheidung

A blieb auch vor dem Bundesfinanzhof erfolglos, denn dieser wies die Beschwerde als unbegründet zurück.

Das Finanzamt hatte die tatsächliche Verständigung den Änderungsbescheiden vom Juli 2014 zugrunde gelegt. Sein Ziel, dass die tatsächliche Verständigung wegen Unwirksamkeit nicht der Besteuerung zugrunde gelegt werden durfte, hätte A mit einer Anfechtungsklage gegen diese Bescheide erreichen können. Denn ob die tatsächliche Verständigung wirksam ist, wird im Verfahren über die Anfechtung eines Bescheids inzident geprüft.

Für die Anfechtungsklage erfüllte A die Sachentscheidungsvoraussetzungen jedoch nicht, weil er keinen Einspruch eingelegt und die Änderungsbescheide damit bestandskräftig werden lassen.

Die Voraussetzungen einer Nichtigkeitsfeststellungsklage sind hier ebenfalls nicht gegeben, da eine tatsächliche Verständigung keinen Verwaltungsakt darstellt. Ein Verwaltungsakt ist eine Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Die Behörde muss einem Rechtsunterworfenen einseitig eine Verpflichtung auferlegen. Daran fehlt es im Fall einer tatsächlichen Verständigung.

## 12. Bei einer Verwertungskündigung müssen hohe Hürden überwunden werden

**Bei einer Verwertungskündigung schauen die Gerichte ganz genau hin. Denn nur unter strengen Voraussetzungen ist die Kündigung eines Wohnraummietvertrags wegen einer beabsichtigten wirtschaftlichen Verwertung des Grundstücks zulässig.**

### Hintergrund

Die V-KG ist Vermieterin einer Wohnung. Sie hatte das Gebäude 2015 gekauft und war in den Mietvertrag eingetreten. Zudem ist sie Eigentümerin des Nachbargrundstücks, das an die S-KG verpachtet ist. Diese betreibt dort ein Modehaus. Beide Gesellschaften sind sowohl persönlich als auch wirtschaftlich miteinander verbunden.

Im Juni 2015 kündigte die Vermieterin den seit 2012 bestehenden Mietvertrag. Sie begründete dies mit dem Vorhaben, das Haus abzureißen und einen Neubau mit Gewerberäumen zur Erweiterung des Modehauses zu errichten. Ziel war es, durch die Verpachtung an die S-KG einen deutlich höheren Ertrag zu erwirtschaften mit den bisherigen Mietverhältnissen.

### Entscheidung

Vor dem Bundesgerichtshof hatte die Kündigung keinen Bestand, sondern wurde für unwirksam erklärt. Die von der Vermieterin genannten Gründe reichten nicht aus, um eine Verwertungskündigung zu begründen.

Denn eine Verwertungskündigung ist nur unter der Voraussetzung zulässig, dass dem Eigentümer durch den Fortbestand des Mietverhältnisses ein erheblicher Nachteil entsteht. Neben den Belangen des Vermieters ist hier auch die Rechtsposition des Mieters zu berücksichtigen. Denn das Besitzrecht des Mieters wird von der grundgesetzlichen Eigentumsgarantie geschützt. Der Vermieter hat deshalb keinen uneingeschränkten Anspruch auf Gewinnoptimierung oder die Nutzungsmöglichkeit, die den größten wirtschaftlichen Vorteil bietet. Für eine Kündigung reicht es im vorliegenden Fall nicht aus, dass die Vermieterin mit einem Neubau langfristig Mieteinnahmen hätte sicherstellen können. Außerdem sind bei einer Verwertungskündigung nur solche erheblichen Nachteile zu berücksichtigen, die dem Vermieter selbst entstehen würden. Hier begründete die Vermieterin aber die Kündigung mit Nachteilen der Schwester-gesellschaft. Das reichte für die Richter nicht aus.

## 1. Unter welchen Voraussetzungen eine Körperschaftsteuerrechtliche Organshaft anerkannt wird

**Eine Organshaft wird für die Jahre anerkannt, in denen alle Voraussetzungen vorliegen. Eine Unterbrechung schadet also nicht.**

### Hintergrund

Die A-AG wurde im Jahr 2000 gegründet. Mit Wirkung zum 1.1.2001 errichteten die Gesellschafter der A-AG – die E-AG und die S-AG – eine GbR (GbR-alt, "Mehrmütter-GbR") als sog. Willensbildungsgesellschaft ohne eigene gewerbliche Aktivität. Ziel war es, eine Mehrmütterorganshaft mit der A-AG als Organgesellschaft zu bilden. Der auf unbestimmte Zeit geschlossene Ergebnisabführungsvertrag war zum 31.12.2006 kündbar. Ab 2003 konnte die GbR-alt aufgrund einer Änderung der gesetzlichen Regelungen nicht mehr Organträgerin sein. Trotzdem ließen die Vertragsparteien den Ergebnisabführungsvertrag bis zum 31.12.2005 unverändert bestehen und führten ihn auch durch. Im Jahr 2005 übertrug die S-AG ihren Anteil an der GbR-alt rückwirkend zum 1.1.2005 auf die E-AG. Im November 2005 gründeten die E-AG und die S-AG eine neue gewerblich tätige GbR (GbR-neu), auf die die Anteile an der A-AG übertragen wurden. Der mit der GbR-alt geschlossene Ergebnisabführungsvertrag wurde zum 31.12.2005 als beendet angesehen. Die A-AG schloss ab 1.1.2006 einen neuen Ergebnisabführungsvertrag mit der GbR-neu.

Die A-AG ging für das Jahr 2005 von einer Körperschaftsteuerrechtlichen Organshaft zwischen ihr und der E-AG aus. Das Finanzamt war anderer Ansicht. Seiner Ansicht nach war die GbR aufgrund der Rechtsänderung aufgelöst worden, sodass der Ergebnisabführungsvertrag weggefallen war und für 2005 gar kein Ergebnisabführungsvertrag bestanden hatte. Für die Jahre 2003 und 2004 waren damit die Voraussetzungen einer Organshaft nicht gegeben.

### Entscheidung

Der Bundesfinanzhof erkannte die Organshaft an.

Die Rechtsänderung hat seiner Ansicht nach nicht zur Auflösung der GbR-alt und damit auch nicht zum Erlöschen des Ergebnisabführungsvertrags geführt. Die GbR-alt hat vielmehr bis zum Jahr 2005 weiterbestanden. Die Voraussetzungen für eine gesetzliche Auflösung der GbR-alt sind nicht erfüllt. Angesichts des Zwecks der GbR-alt, eine organisatorische Funktion in einem Konzernaufbau zu erfüllen, kann nicht von einer Zweckerreichung ausgegangen werden. Un-erheblich ist, dass die Willensbildungs-GbR ohne eigenen anderweitigen gewerblichen Zweck für Besteuerungszwecke "als aufgelöst gilt". Denn im Bereich der Organshaft sind die zivilrechtlichen Maßgaben entscheidend. Dementsprechend hat das Ausscheiden der S-AG als vorletzter Gesellschafter der GbR-alt zum Übergang des Gesellschaftsvermögens auf die E-AG und damit auch des Ergebnisabführungsvertrags im Wege der Gesamtrechtsnachfolge geführt.

Die Annahme einer Organshaft ist auch nicht dadurch gesperrt, dass in den beiden Vorjahren (2003/2004) bei der GbR-alt als Organträgerin aufgrund der Rechtsänderung die Voraussetzungen einer Organshaft nicht erfüllt waren. Die Anerkennung der Organshaft ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass die GbR-alt in diesem Zeitraum nicht als gewerbliches Unternehmen zu qualifizieren war und die A-AG daher in diese nicht finanziell eingegliedert war. Der BFH ist der Auffassung, dass eine Unterbrechung nicht schadet.

## 2. GmbH & Still: Voraussetzungen für die Anerkennung einer Mitunternehmerschaft

**Durch eine Geschäftsführertätigkeit bei einer GmbH & Still kann sich eine starke Ausprägung der Mitunternehmerinitiative ergeben. Ob das schon für die Annahme einer atypischen stillen Gesellschaft reicht, hängt vom Einzelfall ab.**

### Hintergrund

An der A-GmbH waren B und D zu jeweils 50 % beteiligt. B war Geschäftsführer der A-GmbH. In 2003 übertrugen B und D ihre Geschäftsanteile auf die C-AG. B und D waren einzelvertretungsberechtigte Vorstandsmitglieder der C-AG. Mit Wirkung ab 1.1.2005 gründeten die A-GmbH und B eine stille Gesellschaft, ohne dies dem Finanzamt anzuzeigen. Die Geschäftsführung stand allein der A-GmbH zu. B sollte zum 30.6.2005 eine Bareinlage leisten, war jedoch berechtigt, die Einlage durch "Stehenlassen" der Gewinnbeteiligung einschließlich der monatlichen Vorauszahlungen zu erbringen.

Im Jahr 2007 teilte die A-GmbH dem Finanzamt mit, dass zwischen ihr und B eine atypisch stille Gesellschaft besteht. Das Finanzamt erließ daraufhin einen negativen Feststellungsbescheid.

### Entscheidung

Ein Gesellschafter ist Mitunternehmer, wenn er Mitunternehmerinitiative entfalten kann und Mitunternehmerrisiko trägt. Bleibt das Mitunternehmerrisiko eines stillen Gesellschafters hinter der Rechtsstellung eines Kommanditisten zurück, liegt eine Mitunternehmerschaft in Form der atypischen stillen Gesellschaft nur dann vor, wenn seine Möglichkeit zur Entfaltung von Mitunternehmerinitiative besonders stark ausgeprägt ist. Dazu gehört das Übertragen von Aufgaben der Geschäftsführung zur selbstständigen Ausübung. Bloße Zustimmungsvorbehalte oder rechtlich nicht abgesicherte Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Unternehmensführung genügen nicht.

Auf der Grundlage des vorliegenden Gesellschaftsvertrags kann eine stark ausgeprägte Mitunternehmerinitiative der B als Geschäftsführerin der A-GmbH nicht verneint werden. Denn B unterlag keinen rechtlichen oder tatsächlichen Beschränkungen im Rahmen ihrer Geschäftsführertätigkeit. Sollte aber ein Mitunternehmerrisiko der B zu verneinen sein, könnte auch eine stark ausgeprägte Unternehmerinitiative diesen Mangel nicht ausgleichen. Der Bundesfinanzhof verwies den Fall zur weiteren Aufklärung an das Finanzgericht zurück.

## 3. Rechtsprechungsänderung zu eigenkapitalersetzenden Finanzierungshilfen

**Aufwendungen eines Gesellschafters aus eigenkapitalersetzenden Finanzierungshilfen stellen keine nachträglichen Anschaffungskosten dar. Das gilt zumindest für Finanzierungshilfen nach der Aufhebung des Eigenkapitalersatzrechts. Allerdings gewährt der Bundesfinanzhof Vertrauensschutz in die bisherige Rechtsprechung.**

### Hintergrund

X war Angestellter einer GmbH. Im Jahr 2006 nahm die GmbH Bankdarlehen auf. Für diese verbürgte sich X. Im Wege der vorweggenommenen Erbfolge übertrug ihm sein Vater, der bisherige Alleingesellschafter, im Jahr 2010 die Geschäftsanteile. 2011 beantragte X die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, was jedoch mangels Masse abgelehnt wurde. Ebenfalls in 2011 leistete er aufgrund der Bürgschaften Zahlungen an die Kreditinstitute. X machte für 2011 einen Auflösungsverlust von insgesamt 176.000 EUR geltend.

Das Finanzamt lehnte die Berücksichtigung der Zahlungen auf die Bürgschaften ab. Denn die GmbH hatte sich im Zeitpunkt der Bürgschaftsübernahme nicht in einer Krise befunden. Das Finanzgericht entschied dagegen, dass die Bürgschaften als in der Krise hingegeben und damit als eigenkapitalersetzend anzusehen waren, und gab der Klage statt.

### **Entscheidung**

Forderungen des Gesellschafters aus Gesellschafterdarlehen und vergleichbaren Finanzierungshilfen außerhalb des Insolvenzverfahrens werden nach aktueller Rechtslage nicht mehr wie haftendes Eigenkapital behandelt.

Der Bundesfinanzhof vertritt die Auffassung, dass mit der Aufhebung des Eigenkapitalersatzrechts auch die gesetzliche Grundlage für die bisherige Annahme von nachträglichen Anschaffungskosten entfallen ist. Nachträgliche Anschaffungskosten der Beteiligung liegen daher nur unter den Voraussetzungen der allgemeinen Definition des Begriffs der Anschaffungskosten vor. Das sind grundsätzlich nur solche Aufwendungen, die nach handels- und bilanzsteuerrechtlichen Grundsätzen zu einer offenen oder verdeckten Einlage in das Kapital der Gesellschaft führen. Aufwendungen aus Fremdkapitalhilfen wie der Ausfall eines krisenbedingten Darlehens oder einer Bürgschaftsregressforderung führen daher grundsätzlich nicht mehr zu Anschaffungskosten.

Trotzdem bestätigte der Bundesfinanzhof das Finanzgerichtsurteil im Ergebnis. Aus Gründen des Vertrauensschutzes hält er es nämlich für geboten, die bisherigen Grundsätze zur Berücksichtigung von nachträglichen Anschaffungskosten aus eigenkapitalersetzenden Finanzierungshilfen weiter anzuwenden. Voraussetzung ist allerdings, dass der Gesellschafter eine Finanzierungshilfe bis zum Tag der Veröffentlichung des Urteils des Bundesfinanzhofs geleistet hat oder wenn eine Finanzierungshilfe bis zu diesem Tag eigenkapitalersetzend geworden ist.

## **4. Einheits-GmbH & Co. KG: Wann liegt eine gewerbliche Prägung vor?**

**Nehmen die Kommanditisten die Rechte an der Komplementär-GmbH wahr, steht dies einer gewerblichen Prägung nicht entgegen.**

### **Hintergrund**

Die Komplementär-GmbH war nach dem Gesellschaftsvertrag zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet. Die Kommanditisten wurden alleinige Gesellschafter der GmbH und übertrugen ihre GmbH-Anteile auf die KG. Nach den im Gesellschaftsvertrag getroffenen Sonderregelungen über die "Wahrnehmung der Rechte an der Komplementärin (Einheitsgesellschaft)" übten die Kommanditisten ihre Gesellschaftsrechte an der Komplementärin durch Beschlussfassung über die jeweilige Maßnahme aus. Die Eintragungen in das Handelsregister erfolgten am 5.2.2008.

Das Finanzamt war der Auffassung, dass ab 5.2.2008 bei der KG die Voraussetzungen einer gewerblichen Prägung nicht mehr erfüllt waren. Denn nunmehr waren auch die Kommanditisten geschäftsführungsbefugt. Dies führte mit Wirkung vom 5.2.2008 zu einer Betriebsaufgabe. Dementsprechend erfasste das Finanzamt einen Aufgabegewinn hinsichtlich des Immobilienbesitzes und die folgenden Einkünfte als Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung.

Das Finanzgericht gab den Klägern Recht und änderte die Feststellungsbescheide, sodass Einkünfte aus Gewerbebetrieb festgestellt wurden.

### **Entscheidung**

Vor dem Bundesfinanzhof hatte das Finanzgerichtsurteil Bestand, denn die Revision des Finanzamts wurde zurückgewiesen.

Auch bei der "Einheits-GmbH & Co. KG" existieren 2 rechtlich selbstständige Gesellschaften mit 2 getrennten Rechtssphären. Bei der "Einheits-GmbH & Co. KG" ist allerdings die KG als Alleingesellschafterin der GmbH für deren Willensbildung zuständig. Die KG wird in der Gesellschafterversammlung der Komplementär-GmbH von der Komplementär-GmbH, diese wiederum von ihren Geschäftsführern, vertreten. Dies kann zu Interessenkollisionen bei der Willensbildung in der Komplementär-GmbH führen. Der Vermeidung dieses Interessenkonflikts dient die im Gesellschaftsvertrag getroffene Regelung. Damit wird aber nicht die Prägung der Komplementär-GmbH beseitigt. Entscheidender

Gesichtspunkt für die Prägung ist vielmehr, dass die Kapitalgesellschaft die eigentliche Unternehmenstätigkeit auf der Ebene der KG ausübt. Das trifft auch bei einer "Einheits-GmbH & Co. KG" zu, bei der den Kommanditisten die Geschäftsführungsbefugnis nur beschränkt auf den Bereich der Ausübung der Gesellschaftsrechte aus oder an den von der KG gehaltenen Geschäftsanteilen an der Komplementär-GmbH übertragen wird. Die den Kommanditisten eingeräumten Befugnisse betreffen unmittelbar nur den Rechtskreis der Komplementär-GmbH. Die Ausübung der eigentlichen Unternehmenstätigkeit auf Ebene der KG bleibt ausschließlich bei der Komplementär-GmbH.

## **5. Begrenzung des Steuerermäßigungs Betrags: Gilt eine betriebsbezogene oder unternehmerbezogene Auslegung?**

**Bei der Begrenzung des Steuerermäßigungs Betrags entschied sich der Bundesfinanzhof in einem aktuellen Urteil für die betriebsbezogene Ermittlung.**

### **Hintergrund**

X war mittelbar an mehreren Personengesellschaften beteiligt. Er war alleiniger Kommanditist der A KG. Diese war zu 65 % als Kommanditistin an der B KG beteiligt. Die B war Kommanditistin der C KG. Sowohl B als auch C mussten Gewerbesteuer zahlen.

Bei der Berechnung der Steuerermäßigung nahm das Finanzamt die Begrenzung für jede der beiden Gesellschaften gesondert vor. X war dagegen der Meinung, dass die Begrenzung auf der Ebene des Mitunternehmers berechnet werden muss.

Das Finanzgericht bestätigte die Auffassung des Finanzamts und ging auch von der betriebsbezogenen Auslegung aus.

### **Entscheidung**

Dem schloss sich der Bundesfinanzhof an. Zwar lässt sich dem Gesetzeswortlaut kein Hinweis auf eine bestimmte Methode entnehmen. Nach Ansicht der Richter verlangt jedoch die Gesetzessystematik eine betriebsbezogene Betrachtung. Die betriebsbezogenen Elemente prägen den Charakter der Vorschrift. Das gilt auch für mehrstöckige Beteiligungen. Ein Grund, insoweit zu differenzieren, besteht nicht. Die betriebsbezogene Grundstruktur wird durch die Gesetzgebungshistorie bestätigt. Für mehrstöckige Gesellschaften (Mitunternehmerschaften) bestimmt das Gesetz, dass bei der Feststellung anteilige Gewerbesteuer-Messbeträge, die aus einer Beteiligung an einer Mitunternehmerschaft stammen, einzubeziehen sind. Es sind sämtliche bei den Gesellschaften festgestellten Messbeträge beim "Schlussgesellschafter" anteilig zu berücksichtigen. Der Gewerbesteuer-Messbetrag ist zusammengefasst als einheitlicher Betrag festzustellen. Das gilt auch dann, wenn er seinen Ursprung in verschiedenen Untergesellschaften hat.

### **1. Nachtarbeitszuschläge müssen anhand des Mindestlohns berechnet werden**

BAG, Urteil v. 20.9.2017, 10 AZR 171/16; Vorinstanz: Sächsisches LAG, Urteil v. 27.1.2016, 2 Sa 375/15

Unter bestimmten Voraussetzungen kann Urlaubsgeld gemäß einem früheren BAG-Urteil auf den Mindestlohn angerechnet werden, wenn es Arbeitsvergütung ist und im Vertrag entsprechend definiert wird.

### **2. Ehrenamtliche Tätigkeit mit Aufwandsentschädigung ist nicht automatisch eine geringfügige Beschäftigung**

BSG, Urteil v. 16.8.2017, B 12 KR 14/16 R

Ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Berücksichtigung der Ausgestaltung des Ehrenamtes zu beurteilen. Überschreitet die tatsächliche Durchführung der Freiwilligenarbeit den Status der ehrenamtlichen Tätigkeit, können unter Umständen zahlreiche arbeits-, sozial- und steuerrechtliche Folgen zu berücksichtigen sein. Das Arbeitsverhältnis ist gekennzeichnet von einem Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, das auf den Austausch von Leistungen, nämlich Arbeitsleistung und Vergütung, gerichtet ist. Grundsätzlich unterscheidet sich davon die ehrenamtliche Tätigkeit, da diese als Auftragsverhältnis eine einseitige Leistungsverpflichtung enthält. Der Auftraggeber ist zu keiner Gegenleistung verpflichtet.

### **3. Eltern müssen nach Elternzeit keine Schlechterstellung im Beruf hinnehmen**

EuGH, Urteil v. 7.9.2017, C-174/16

Ziel der Europäischen Richtlinie 2010/18 ist es, die Vereinbarkeit von Beruf, Familie und Privatleben für erwerbstätige Eltern zu verbessern. Hierzu gehören auch die Chancengleichheit von Männern und Frauen auf dem Arbeitsmarkt sowie die Gleichbehandlung am Arbeitsplatz. Nationale Regelungen sind daher so auszulegen, dass Berufstätige nicht von der Inanspruchnahme eines Elternurlaubs abgehalten werden.

### **4. Doppelte Haushaltsführung: Auch während der Elternzeit können die Kosten der Zweitwohnung absetzbar sein**

FG Berlin Brandenburg, Urteil v. 1.6.2017, 3 K 3278/14

Da das Finanzgericht die Revision nicht zugelassen hat, hat das Finanzamt Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt und damit Erfolg gehabt. In vergleichbaren Fällen sollten sich Betroffene auf das Urteil des Finanzgerichts berufen und unter Hinweis auf die anhängige Nichtzulassungsbeschwerde (Az. VI B 69/17) das Ruhen des Verfahrens nach § 363 Abs. 2 AO beantragen.

## **5. Luftsicherheitskontrollkraft: Erste Tätigkeitsstätte ist das Flughafengelände**

FG München, Urteil v. 9.2.2017, 11 K 2508/16 (Haufe Index 10984872)

Die wegen grundsätzlicher Bedeutung nach § 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO zugelassene Revision wurde eingelegt und wird beim BFH unter dem Az. VI R 12/17 geführt.

## **6. Mieter beschädigt Wohnung: Sofortabzug oder Abschreibung?**

BFH, Urteil v. 9.5.2017, IX R 6/16

## **7. So kann sich ein Vermieter gegen eine Vereitelung der Zwangsräumung absichern**

OLG München, Beschluss v. 4.9.2017, 7 W 1375/17

## **8. Unberechtigte Untervermietung an Touristen: Erst die Abmahnung, dann die Kündigung**

LG Amberg, Urteil v. 9.8.2017, 24 S 299/17

In einem vergleichbaren Fall hielt auch schon das LG Berlin (Beschluss v. 27.7.2016, 67 S 154/16) eine Kündigung für unwirksam. Die vollständige oder teilweise Überlassung gemieteter Wohnungen an Touristen sei vor allem in Metropolen sehr häufig. Oft fehle es den Mietern am Bewusstsein, dass dies vertragswidrig ist. Angesichts dessen komme zumindest derzeit der ungenehmigten Weitervermietung erst nach einer erfolglosen Abmahnung das für eine Kündigung erforderliche Gewicht zu.

# Unternehmer und Freiberufler

## **1. Ist das Brötchen belegt? Ein kleiner Unterschied mit lohnsteuerlichen Folgen**

FG Münster, Urteil v. 31.5.2017, 11 K 4108/14

Da, soweit ersichtlich, sich der BFH noch nicht mit der Frage auseinandergesetzt hat, welche Nahrungsmittel (z. B. Brot bzw. Brötchen mit oder ohne Belag oder sonstige Beilagen) und Getränke bzw. Genussmittel (z. B. Kaltgetränke, Kaffee oder Tee) von einem Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern unentgeltlich oder teilentgeltlich zur Verfügung gestellt

werden müssen, um von dem Vorliegen eines "Frühstücks bzw. einer Mahlzeit" ausgehen zu können, hat das FG die Revision zugelassen. Vergleichbare Fälle sollten offengehalten werden, bis der BFH über die anhängige Revision (Az. beim BFH VI R 36/17) entschieden hat.

Des Weiteren gilt es darauf hinzuweisen, dass die Finanzverwaltung im BMF-Schreiben zur Reform des steuerlichen Reisekostenrechts geregelt hat (BMF, Schreiben v. 24.10.2014), dass das Reichen von belegten Brötchen eine Mahlzeit sein kann. Hieraus könnte man im Umkehrschluss entnehmen, dass unbelegte Brötchen nicht zu einer Mahlzeit (Frühstück) gehören.

## **2. Betriebsparkplatz: Arbeitgeber haftet für Schäden am Pkw des Arbeitnehmers**

LAG Düsseldorf, Urteil v. 11.9.2017, 9 Sa 42/17; Vorinstanz: Arbeitsgericht Wesel, Urteil v. 16.12.2016, 5 Ca 1194/16

Ein Mitverschulden des Arbeitnehmers hat das Gericht verneint, weil dieser seinen Pkw bei Arbeitsbeginn um 7 Uhr auf dem Betriebsgelände parkte und den ganzen Tag über im Außeneinsatz war. Nach Meinung der Richter durfte er davon ausgehen, dass die beklagte Gemeinde die erforderlichen Maßnahmen zur Sicherung des Betriebshofs ergriffen hatte bzw. ergreifen werde.

## **3. Wenn der Arbeitgeber Steuerberatungskosten des Arbeitnehmers trägt: Arbeitslohn oder kein Arbeitslohn?**

FG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 21.12.2016, 1 K 1605/14

Die Finanzbehörden haben gegen die Entscheidung des Finanzgerichts Revision eingelegt, die unter dem Aktenzeichen VI R 28/17 beim Bundesfinanzhof (BFH) anhängig ist. Bis zur Entscheidung des BFH sollten entsprechende Fälle offengehalten werden.

Bislang vertritt der Bundesfinanzhof die Auffassung, dass die Übernahme von Steuerberatungskosten für die Erstellung von Einkommensteuererklärungen der entsandten Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber auch bei Vorliegen einer Nettolohnvereinbarung zu Arbeitslohn führt (BFH, Urteil v. 21.1.2010, VI R 2/08).

## **4. Gebrauchtwagenkauf: Wie wirkt sich eine Garantiezusage umsatzsteuerlich aus?**

Niedersächsisches FG, Urteil v. 23.2.2017, 11 K 134/16

Das Gericht bestätigt die Auffassung der Finanzverwaltung, die sich insoweit auf BFH-Rechtsprechung beruft (Abschn. 4.8.12 Abs. 1 Satz 4 UStAE). Entgegen der Auffassung der Klägerin ergibt sich auch wohl nichts anderes aus dem EuGH-Urteil vom 16.7.2015 (Az.: C-584/13). In dem vom EuGH entschiedenen Fall hatte der Fahrzeugkäufer im Garantiefall einen Anspruch gegen die Versicherung und nicht wie vorliegend gegen den Verkäufer. Es ist daher m. E. nicht zu erwarten, dass das anhängige Revisionsverfahren (Az. beim BFH XI R 16/17) für den Kläger noch den gewünschten Erfolg bringt.



## 5. Wer hat bei Miteigentum Anspruch auf die Vorsteuererstattung?

FG Münster, Urteil v. 18.5.2017, 5 K 2174/14 U, Haufe Index 10969754

Gegen das Urteil wurde Revision eingelegt (Az. beim BFH V R 26/17). Die für die Praxis wichtige Entscheidung des Bundesfinanzhofs bleibt abzuwarten.

Letztlich betrifft das Urteil das Rechtsverhältnis des Klägers zu dem Finanzamt hinsichtlich der Vorsteuererstattung. Ob dem Kläger zivilrechtlich Ansprüche gegen Y zustehen, war deshalb nicht Gegenstand des Verfahrens.

## 6. Wann ist eine Prüfungsanordnung rechtmäßig?

Schleswig-Holsteinisches FG, Beschluss v. 22.5.2017, 2 V 22/17

Abzuwarten bleibt, ob sich der BFH noch zum Fall äußern wird. In jedem Fall wurde die weitere Beschwerde zugelassen. Diese wurde auch eingelegt (Az. beim BFH VIII B 67/17).

## 7. Gilt bei einer Überlassung der Ferienwohnung der ermäßigte Steuersatz?

BFH, Beschluss v. 3.8.2017, V R 60/16

Der BFH setzte das Revisionsverfahren aus und legte beide Fragen dem EuGH zur Entscheidung vor. Bei Zweifeln über die Auslegung des primären (z. B. AEUV) oder sekundären Unionsrechts (z. B. MwStSystRL) sind die FG berechtigt und der BFH als letzte Fachinstanz verpflichtet, die unionsrechtliche Problematik dem EuGH vorzulegen (Art. 267 AEUV). Das gilt nur dann nicht, wenn bereits eine gesicherte EuGH-Rechtsprechung vorliegt oder die Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass keine vernünftigen Zweifel an der Entscheidung bestehen. Die den Streitfall prägende Problematik hat in der Praxis weitreichende Bedeutung. Entsprechende Fälle sind daher bis zur Entscheidung des EuGH offenzuhalten.

## 8. Wenn ein geplantes Projekt nicht verwirklicht wird: Gewerblicher Grundstückshandel oder Liebhaberei?

BFH, Urteil v. 5.4.2017, X R 6/15

Das Unterlassen geeigneter Umstrukturierungsmaßnahmen ist im Hinblick auf das darin liegende nicht marktgerechte Verhalten ein gewichtiges Beweisanzeichen für eine fehlende Gewinnerzielungsabsicht. Der BFH geht davon aus, dass als betriebsspezifische Anlaufzeit bis zum Erfordernis größerer Korrektur- und Umstrukturierungsmaßnahmen ein Zeitraum von weniger als 5 Jahren nur im Ausnahmefall in Betracht kommen wird (z. B. BFH, Urteil v. 23.5.2017, X R 33/04, BStBl 2007 II S. 874). Die Anlaufzeit ist keine starre Grenze, sondern nur ein Richtmaß. Das eigentliche Motiv des X lag wohl in der Erwartung steigender Grundstückspreise. Dazu weist der BFH ergänzend auf den Zehnjahreszeitraum nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG ("Spekulationsfrist") hin. Daraus ergibt sich, dass bei einer Haltephase über mehr als 10 Jahre in der Erwartung eines Preisanstiegs keine Gewinnerzielungsabsicht im Rahmen eines gewerblichen Grundstückshandels gesehen werden kann.

## 9. Sollbesteuerung: Ist eine mehrjährige Vorfinanzierung rechtmäßig?

BFH, Beschluss v. 21.6.2017, V R 51/16

Die Behandlung durch das FA entspricht der jahrzehntelangen Besteuerungspraxis, die der BFH nun im Hinblick auf das Unionsrecht in Zweifel zieht. In der Tat sollte der Gesichtspunkt, dass die Mehrwertsteuer letztendlich vom Verbraucher getragen wird und der Unternehmer lediglich als "Steuereinnahmer" für Rechnung des Staates fungiert, nicht zu sehr in den Hintergrund treten. Die Funktion als Steuereinnahmer kann es nicht rechtfertigen, dass der Unternehmer – über seine eigentliche Aufgabe hinaus – die Steuer für einen überlangen Zeitraum vorfinanzieren muss. Dem FG ist darin zuzustimmen, dass in Fällen der Unverhältnismäßigkeit besondere Härten durch die Auslegung des Berichtigungstatbestands der Uneinbringlichkeit (§ 17 Abs. 2 Nr. 1 UStG) gemildert werden können. Im Hinblick auf die ausstehende Klärung der Grundsatzfrage durch den EuGH sollten entsprechende Fälle offengehalten werden.

## 10. Wann dürfen vergebliche Aufwendungen geltend gemacht werden?

BFH, Urteil v. 17.5.2017, VI R 1/16

Dass der Arbeitnehmer mit dem Erwerb einer Beteiligung nicht die mit der Gesellschafterstellung verbundenen Rechte, sondern (nahezu) ausschließlich die Sicherung seines bestehenden oder eines erwarteten (höherwertigen) Arbeitsplatzes anstrebt, kann nur ausnahmsweise angenommen werden. Ein solcher Ausnahmefall kann insbesondere bei einer negativen Überschussprognose und damit erkennbar fehlender Absicht zur Erzielung von Einkünften aus Kapitalvermögen gegeben sein (BFH, Urteil v. 5.4.2006, IX R 111/00, BStBl 2006II S. 654). Im Übrigen war eine Berücksichtigung des Verlustes auch nach § 17 EStG nicht möglich. Abs. 1 und Abs. 4 sind nicht auf Verluste anwendbar, die im Zusammenhang mit einem geplanten, aber fehlgeschlagenen Erwerb einer Beteiligung an einer tatsächlich nicht gegründeten Gesellschaft entstehen (BFH, Urteil v. 20.4.2004, VIII R 4/02, BStBl 2004 II S. 597).

## 11. Tatsächliche Verständigung: So können Einwendungen geltend gemacht werden

BFH, Beschluss v. 12.6.2017, III B 144/16, veröffentlicht am 6.9.2017

Da die tatsächliche Verständigung kein Verwaltungsakt ist und ihr Inhalt sowie ihre Wirksamkeit im Rahmen der Anfechtungsklage gegen den die tatsächliche Verständigung umsetzenden Bescheid inzident geprüft werden, ist eine gesonderte Feststellungsklage gegen eine tatsächliche Verständigung grundsätzlich unzulässig. Mangels Verwaltungsaktqualität scheidet auch eine Nichtigkeitsfeststellungsklage aus. Entsprechendes gilt für den Einspruch, der nach § 348 AO ebenfalls einen Verwaltungsakt voraussetzt. Sofortige Einwendungen gegen eine tatsächliche Verständigung kann das FA somit grundsätzlich mit dem Hinweis auf die Möglichkeit des Einspruchs und der Klage gegen den die Verständigung umsetzenden Bescheid zurückweisen. Das schließt allerdings für die Praxis nicht aus, dass sich Steuerpflichtiger/Berater und FA im Anschluss an eine bereits getroffene tatsächliche Verständigung nochmals zusammensetzen, um neue Gesichtspunkte zu berücksichtigen oder Unklarheiten zu beseitigen.

## 12. Bei einer Verwertungskündigung müssen hohe Hürden überwunden werden

BGH, Urteil v. 27.9.2017, VIII ZR 243/16

Der BGH hat 2017 bereits in mehreren Urteilen zur Zulässigkeit der ordentlichen Kündigung eine restriktive Linie gefahren.

## GmbH-Gesellschafter/-Geschäftsführer

### 1. Unter welchen Voraussetzungen eine Körperschaftsteuerrechtliche Organshaft anerkannt wird

BFH, Urteil v. 10.5.2017, I R 51/15

Mit der Abschaffung der Mehrmütterorganshaft, bei der der EAV mit einer Willensbildungs-GbR geschlossen werden konnte, ist nunmehr Voraussetzung für die Einschaltung einer Personengesellschaft als Organträger, dass diese gewerblich tätig ist und die finanzielle Eingliederung im Verhältnis zu ihr selbst besteht. Die Anteile an der Organgesellschaft müssen sich im Gesamthandsvermögen der Personengesellschaft befinden. Eine Organshaft bei finanzieller Eingliederung im Verhältnis zu den Gesellschaftern ist nicht mehr möglich (BMF, Schreiben v. 10.11.2005, IV B 7 - S 2770 - 24/05, BStBl 2005 I S. 1038). Die Voraussetzungen einer gewerblichen Tätigkeit der Personengesellschaft lassen sich relativ leicht dadurch erfüllen, dass ihr bestimmte originär gewerbliche Tätigkeiten übertragen werden. Diese dürfen aber nicht nur geringfügig sein. Eine gewerblich geprägte Personengesellschaft genügt nicht.

### 2. GmbH & Still: Voraussetzungen für die Anerkennung einer Mitunternehmerschaft

BFH, Urteil v. 13.7.2017, IV R 41/14

Der BFH präzisiert die Voraussetzungen für die Anerkennung der Mitunternehmerschaft einer GmbH & Still. Die Möglichkeit der Entfaltung einer stark ausgeprägten Mitunternehmerinitiative, die ein geringes Mitunternehmerisiko ausgleichen würde, kann sich (ähnlich wie bei einer GmbH & Co. KG) auch aus der Stellung als Geschäftsführer der GmbH ergeben. Die stark ausgeprägte Mitunternehmerinitiative infolge der Geschäftsführertätigkeit wird nicht dadurch beeinflusst, dass die übrigen Gesellschafter der GmbH die Möglichkeit haben, dem Geschäftsführer durch Gesellschafterbeschluss die Geschäftsführung zu entziehen. Solange das nicht geschieht, bleibt es dabei, dass der Geschäftsführer eine stark ausgeprägte Mitunternehmerinitiative entfalten kann (BFH v. 20.11.1990, VIII R 10/87, BFHE 163, 336, Rz. 33). Fehlt allerdings ein – wenn auch geringes – Mitunternehmerisiko ganz, kann dies auch durch eine stark ausgeprägte Mitunternehmerinitiative nicht ausgeglichen werden.

### 3. Rechtsprechungsänderung zu eigenkapitalersetzenden Finanzierungshilfen

BFH, Urteil v. 11.7.2017, IX R 36/15

Der BFH klärt die Streitfrage in Anlehnung an die überwiegende Schrifttumsmeinung dahin, dass die auf dem Eigenkapitalersatzrecht beruhenden Grundsätze nach der Rechtsänderung durch das MoMiG nicht weiter anwendbar sind. Das bedeutet eine wesentliche Einschränkung gegenüber der bisherigen Praxis und hat weite Auswirkung auf die Finanzierung durch Gesellschafterdarlehen und deren Absicherung durch Bürgschaften. Die Finanzverwaltung hielt die Fortführung der Rechtsprechung zu nachträglichen Anschaffungskosten auch unter Geltung des MoMiG weiterhin grundsätzlich für geboten (BMF, Schreiben v. 21.10.2010, BStBl 2010 I S. 832 unter 3.).

Besonders darauf hinzuweisen ist, dass erstmals ein einzelner Senat aus Gründen des Vertrauensschutzes eine zeitliche Anwendungsregelung für in einem Urteil aufgestellte neue Grundsätze trifft. Für die aktuelle Problematik gilt der Vertrauensschutz für alle Sachverhalte, in denen eine eigenkapitalersetzende Finanzierungshilfe bis zum Tag der Veröffentlichung des Urteils am 27.9.2017 geleistet wurde oder bis zu diesem Tag eigenkapitalersetzend geworden ist. Diese Fälle können weiterhin nach den bisher geltenden Grundsätzen behandelt werden.

#### **4. Einheits-GmbH & Co. KG: Wann liegt eine gewerbliche Prägung vor?**

BFH, Urteil v. 13.7.2017, IV R 42/14

Die Sonderform der "Einheits-GmbH & Co. KG" wird insbesondere zur Vermeidung des bei einer "beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG" gegebenen – nicht unerheblichen – Gestaltungsaufwands gewählt, der erforderlich ist, um die Identität der Beteiligungsverhältnisse dem Grunde und der Höhe nach an beiden Gesellschaften zu wahren. Bei der "Einheits-GmbH & Co. KG" ist eine entsprechende Verzahnung der Gesellschaftsverträge der KG und GmbH entbehrlich, weil die Kommanditisten nur noch mittelbar über ihre KG-Beteiligung an der Komplementär-GmbH beteiligt sind und mithin nur noch eine Gesellschaftsbeteiligung existiert. Somit sind keine komplizierten gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen für den Fall von Anteilsübertragungen erforderlich, weil ein Ausscheiden aus der KG zugleich auch eine Beendigung der – mittelbaren – GmbH-Beteiligung mit sich bringt. Eine konfliktfreie Willensbildung bei der Komplementär-GmbH wird dadurch sichergestellt, dass den Kommanditisten die Ausübung der Gesellschaftsrechte aus oder an den von der KG gehaltenen GmbH-Anteilen eingeräumt wird.

#### **5. Begrenzung des Steuerermäßigungs Betrags: Gilt eine betriebsbezogene oder unternehmerbezogene Auslegung?**

BFH, Urteil v. 30.3.2017, X R 12/15

Wird die "tatsächlich zu zahlende Gewerbesteuer" auf den einzelnen Betrieb bezogen, ist der Ermäßigungsbetrag für jeden Betrieb getrennt zu ermitteln und entweder durch das 3,8-Fache des jeweiligen Gewerbesteuer-Messbetrags oder bei niedrigeren Hebesätzen durch die tatsächlich zu zahlende Gewerbesteuer begrenzt. Wird die "tatsächlich zu zahlende Gewerbesteuer" dagegen auf den Steuerpflichtigen bezogen (unternehmerbezogene Auslegung), ist der Höchstbetrag für alle Betriebe oder Mitunternehmeranteile des Steuerpflichtigen gemeinsam zu ermitteln.