



## Ihre Mandanteninformation des Monats Januar 2019

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. Wann auf dem Firmenparkplatz gestreikt werden darf
2. Sonderausgaben: Dürfen inländische Rentenversicherungsbeiträge auf steuerfreien ausländischen Arbeitslohn abgezogen werden?
3. Schulbesuch im Ausland: Wo liegt der Wohnsitz des Kindes?
4. Einbau eines Türspions durch den Mieter ist zulässig
5. Mieter verweigert Zustimmung zur Mieterhöhung: Das kann teuer werden
6. Wer darf zur Eigentümerversammlung laden?
7. Fließt die Küche des Mieters in die Berechnung der Mieterhöhung ein?
8. Besteht Unfallversicherungsschutz bei Handynutzung?
9. Pflichtbeitrag einer Pflegerin zur Pflegekammer ist nicht verfassungswidrig
10. Herbstlaub führt zum Sturz eines Radfahrers: Amtshaftung der Gemeinde?
11. Kostenpflichtig abgeschleppt, obwohl Halter wegfahren wollte: Wer trägt die Abschleppkosten?
12. Unfall auf dem Kindergartenfest: Besteht gesetzlicher Versicherungsschutz?

### **Unternehmer und Freiberufler**

1. Können Syndikusanwälte rückwirkend von der Rentenversicherungspflicht befreit werden?
2. Tarifbegünstigte Veräußerung: Warum die Wiederaufnahme einer freiberuflichen Tätigkeit schädlich ist
3. Ist ein Eingabefehler eine offenbare Unrichtigkeit?
4. Unzutreffende Steuerschuldnerschaft eines Bauträgers kann korrigiert werden
5. Betriebsveranstaltung: Absagen von Kollegen wirken sich nicht nachteilig aus
6. Wie ist die Tätigkeitsvergütung des Gesellschafters einer GbR mit Einkünften aus Kapitalvermögen zu qualifizieren?
7. Auch bei der Vermietung von Gewerbeimmobilien muss die Einkünfterzielungsabsicht geprüft werden

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

1. Zinsvereinbarung und Abzinsung
2. Umwandlung einer GmbH & Co. KG in eine AG: Ist das gewerbesteuerpflichtig?
3. Nachträgliche Anschaffungskosten bei GmbH-Beteiligung
4. Rückabwicklung der Weiterveräußerung von GmbH-Anteilen ist kein rückwirkendes Ereignis
5. Wie wird eine Sachausschüttung einer Kapitalgesellschaft bewertet?
6. Gewährleistungsrecht beim Kauf von GmbH-Geschäftsanteilen: Warum detaillierte vertragliche Regelungen unabdingbar sind

## 1. Wann auf dem Firmenparkplatz gestreikt werden darf

**Ein Arbeitgeber muss Streikmaßnahmen auf seinem Firmengelände dulden. Zu diesem Ergebnis kommt das Bundesarbeitsgericht und lässt damit eine Einschränkung des Besitzrechts des Arbeitgebers zu.**

### Hintergrund

Die streikführende Gewerkschaft stellte auf einem nicht eingezäunten und zum Betriebsgelände gehörenden Parkplatz eines Unternehmens Stehtische auf. Streikposten und Gewerkschaftsvertreter verteilten Flyer und forderten Arbeitnehmer, die zur Arbeit wollten, zur Teilnahme am Streik auf. Das Unternehmen liegt in einem außerhalb von Ortschaften gelegenen Gewerbegebiet. Zum zentralen Eingang in das Betriebsgebäude gelangt man über einen rund 28.000 qm großen Parkplatz, den die Mitarbeiter nutzen.

Vor Gericht wollte das Unternehmen derartige Streikmaßnahmen auf seinem Firmengelände unterbinden lassen. Die Gewerkschaft argumentierte, dass im vorliegenden Fall nur so ein Streik effektiv geführt werden konnte, da es aufgrund der örtlichen Verhältnisse nicht anders möglich war, mit den Arbeitnehmern sinnvoll zu kommunizieren.

Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg wies die Unterlassungsklage des Unternehmens ab.

### Entscheidung

Das Bundesarbeitsgericht bestätigte das Urteil der Vorinstanz und stellte klar, dass es einer Gewerkschaft nicht grundsätzlich untersagt ist, Arbeitskampfmaßnahmen auf dem Betriebsgelände des Arbeitgebers durchzuführen.

Vom Streikrecht ist grundsätzlich umfasst, dass die zur Arbeitsniederlegung aufgerufenen Arbeitnehmer unmittelbar vor dem Betreten des Betriebes angesprochen werden, um sie für die Teilnahme am Streik zu gewinnen. Wo genau diese Ansprache erfolgt, ist abhängig von den konkreten örtlichen Gegebenheiten. Ist keine andere Streikmobilisierung möglich, darf diese auch auf einem Firmenparkplatz des Arbeitgebers vor dem Betriebsgebäude erfolgen.

Für jeden Einzelfall muss gesondert eine Abwägung vorgenommen werden. Im vorliegenden Fall ergab diese, dass der Arbeitgeber zumindest eine "kurzzeitige", "situative Beeinträchtigung" des Besitzes hinnehmen muss. Angesichts der örtlichen Verhältnisse bestand für die Gewerkschaft keine andere Möglichkeit, mit der Belegschaft zu kommunizieren und arbeitswillige Mitarbeiter zur Teilnahme an dem Arbeitskampf aufzufordern, als auf dem Parkplatz. Die betriebliche Tätigkeit des Unternehmens wurde hierdurch nicht beeinträchtigt.

## **2. Sonderausgaben: Dürfen inländische Rentenversicherungsbeiträge auf steuerfreien ausländischen Arbeitslohn abgezogen werden?**

**Inländische Pflichtbeiträge zur Rentenversicherung, die auf steuerfreien ausländischen Arbeitslohn entrichtet werden müssen, können trotz ihres unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhangs mit steuerfreien Einnahmen als Sonderausgaben abgezogen werden.**

### **Hintergrund**

Der Kläger war im Jahr 2014 im Auftrag seines Arbeitgebers in Brasilien, China und am Betriebssitz im Inland tätig. Im Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2014 wurde nur der auf die inländischen Einkünfte entfallende Anteil zur Rentenversicherung i. H. v. 4.410 EUR als Vorsorgeaufwand berücksichtigt. Abweichend von diesen Angaben in der Lohnsteuerbescheinigung betrug der tatsächlich gezahlte Beitrag zur Rentenversicherung 6.344 EUR. Der Kläger beantragte deshalb die Änderung des bestandskräftigen Steuerbescheids für das Jahr 2014. Diesen Antrag lehnt das Finanzamt ab. Seiner Ansicht nach standen die zusätzlich geltend gemachten Beiträge im wirtschaftlichen Zusammenhang mit steuerfreien Einnahmen.

### **Entscheidung**

Die Klage vor dem Finanzgericht hatte Erfolg. Der Kläger darf auch die auf die steuerfreien ausländischen Einkünfte entfallenden Altersvorsorgeaufwendungen als Sonderausgaben geltend machen. Dem Abzug stand nach Ansicht der Richter nicht entgegen, dass die vom Arbeitslohn des Klägers einbehaltenen Beiträge zur Altersvorsorge in einem wirtschaftlichen Zusammenhang mit steuerfreien Einnahmen stehen. Die Anwendung der gesetzlichen Vorschrift erforderte im vorliegenden Fall eine Auslegung, die dem subjektiven Nettoprinzip entsprach. Denn soweit Altersvorsorgeaufwendungen nicht abgezogen werden dürfen, aber gleichzeitig eine spätere volle Besteuerung der Alterseinkünfte erfolgt, liegt ein Verstoß gegen das subjektive Nettoprinzip vor.

Eine Änderung des bestandskräftigen Steuerbescheids war möglich, da der Umstand, dass Rentenversicherungsbeiträge von tatsächlich 12.688 EUR statt wie in dem Steuerbescheid ausgewiesen i. H. v. 8.821 EUR gezahlt wurden, eine rechtserhebliche neue Tatsache darstellt. Den Kläger traf kein grobes Verschulden an dem nachträglichen Bekanntwerden dieser Tatsache.

## **3. Schulbesuch im Ausland: Wo liegt der Wohnsitz des Kindes?**

**Auch wenn ein Kind sich für eine mehrjährige Ausbildung im Ausland aufhält, kann es trotzdem seinen Wohnsitz in der Wohnung der Eltern im Inland beibehalten. Allerdings muss es diese Wohnung zumindest überwiegend in den ausbildungsfreien Zeiten nutzen.**

### **Hintergrund**

Die Klägerin ist Mutter von 3 Kindern. Sie lebte mit diesen zusammen in ihrer Wohnung im Inland. Für 9 Monate im Jahr hielt sie sich mit den Kindern in Pakistan auf, wo die Kinder die Schule besuchten. Die Familienkasse hob die Festsetzung des Kindergeldes auf. Sie war der Ansicht, dass die Kinder keinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hatten. Die Klägerin vertrat dagegen die Auffassung, dass ihre Kinder aufgrund der Aufenthalte während der Ferien im Inland weiterhin einen Wohnsitz in Deutschland hatten.

## **Entscheidung**

Das Finanzgericht gab der Klägerin Recht. Es entschied, dass die 3 Kinder, die in Pakistan zur Schule gingen, in Deutschland einen Wohnsitz hatten und daher ein Anspruch der Klägerin auf Kindergeld bestand.

Die Kinder nutzten die 3-monatigen Sommerferien regelmäßig komplett für einen Aufenthalt im Inland. Hinzu kam, dass der Aufenthalt in Pakistan von vornherein nur für die Zeit des Schulbesuchs gedacht war. Eine dauerhafte Auswanderung war nie beabsichtigt. Alle 3 Kinder setzten ihre Ausbildung danach in Deutschland fort. Die Kinder gaben ihre sozialen Beziehungen im Inland nie auf, sondern führten sie mithilfe der sozialen Medien fort.

Auf die große Entfernung zwischen Schul- bzw. Studienort und der im Inland genutzten Wohnung und die damit verbundene lange Reisedauer kam es letztlich für die Frage des Wohnsitzes nicht an.

## **4. Einbau eines Türspions durch den Mieter ist zulässig**

**Baut ein Mieter einen Türspion in die Wohnungstür ein, gehört dies zum vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache.**

### **Hintergrund**

Der Mieter einer Wohnung baute in die Wohnungstür einen Türspion ein. Damit war die Vermieterin nicht einverstanden. Sie war der Ansicht, dass die Standfestigkeit der Tür dauerhaft beeinträchtigt war. Darüber hinaus hätte sich der Mieter auf den Einbau eines digitalen Türspions beschränken können. Der Vermieterin genügte es nicht, dass sich der Mieter zum Rückbau bei Ende des Mietverhältnisses bereiterklärte. Sie verlangte deshalb eine sofortige fachgerechte Entfernung des Türspions.

### **Entscheidung**

Die Klage der Vermieterin hatte keinen Erfolg. Das Gericht entschied, dass der Einbau des Türspions nur ein geringfügiger Eingriff in die Bausubstanz war. Er hielt sich in den Grenzen des vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietsache. Solange das Mietverhältnis bestand, musste die Vermieterin den vom Mieter geschaffenen Zustand daher dulden.

Für die Richter kam es nicht darauf an, ob der Einbau eines Türspions aufgrund der Sicherheitserwartungen des Mieters gerechtfertigt war oder ob ein digitaler Türspion ausgereicht hätte.

Allerdings muss der Mieter nach dem Ende des Mietverhältnisses den ursprünglichen Zustand wieder herstellen und gegebenenfalls das Türblatt auf seine Kosten austauschen.

## **5. Mieter verweigert Zustimmung zur Mieterhöhung: Das kann teuer werden**

**Schuldet ein Mieter die Zustimmung zu einer Mieterhöhung, erteilt er sie aber trotzdem nicht, darf der Vermieter einen Rechtsanwalt einschalten, dessen Kosten der Mieter tragen muss.**

### **Hintergrund**

Die Vermieterin einer Wohnung verlangte von einem Mieter über die Hausverwaltung, einer Mieterhöhung, die näher begründet war, zuzustimmen. Die geforderte Zustimmungserklärung gab der Mieter jedoch nicht innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Frist ab. Deshalb mahnte die Hausverwaltung die Zustimmung nochmals an. Der Mieter erteilte die Zustimmung jedoch weiterhin nicht. Daraufhin beauftragte die Vermieterin einen Rechtsanwalt, ihren Anspruch

außergerichtlich durchzusetzen. Da auch dieses Bemühen erfolglos blieb, erhob die Vermieterin Klage auf Zustimmung zur Mieterhöhung.

Die Klage der Vermieterin hatte Erfolg. Sie verlangte im Anschluss daran Ersatz der Kosten für die außergerichtliche Tätigkeit des von ihr beauftragten Rechtsanwalts. Der Mieter war dagegen der Ansicht, dass die Vermieterin gegen ihre Schadensminderungspflicht verstoßen hatte, denn es wäre nicht erforderlich gewesen, einen Anwalt zu beauftragen.

### **Entscheidung**

Auch diese Klage der Vermieterin hatte Erfolg. Das Gericht entschied, dass der Mieter die Kosten für die außergerichtliche Tätigkeit des Rechtsanwalts als Verzugsschaden erstatten muss. Zur Begründung führen die Richter aus: Der Mieter befand sich mit der Abgabe der Zustimmungserklärung in Verzug, und das spätestens seit der Mahnung. Dass die Vermieterin einen Rechtsanwalt zur Durchsetzung ihres Rechts beauftragte, verstieß nicht gegen die Schadensminderungspflicht. Vorliegend war die anwaltliche Tätigkeit geeignet, dem Schuldner die Ernsthaftigkeit der Rechtsverfolgung und die Sinnhaftigkeit der Erfüllung der Schuld vor Augen zu führen. Dadurch hätte ein gerichtlicher Rechtsstreit vermieden werden können – auch wenn dies im vorliegenden Fall tatsächlich nicht gelang.

## **6. Wer darf zur Eigentümerversammlung laden?**

**Lädt eine Person zu einer Eigentümerversammlung ein, die außerhalb der Gemeinschaft steht und nicht zum Kreis der zur Einberufung Berechtigten gehört, findet keine Eigentümerversammlung im Sinne des Wohnungseigentumsgesetzes statt. Sollten dort Beschlüsse gefasst werden, sind diese von vornherein nicht existent.**

### **Hintergrund**

Eine Wohnungseigentümergeinschaft bestand aus 2 Personen mit 3 Einheiten. In der Gemeinschaft war kein Verwalter bestellt. Im Oktober 2017 rief die J-KG, die mit der Gemeinschaft seinerzeit in keinem Rechtsverhältnis stand, eine Eigentümerversammlung ein. Auf dieser Versammlung, an der die Minderheitseigentümerin nicht teilnahm, wurde die J-KG mit den Stimmen des Mehrheitseigentümers für 1 Jahr zur Verwalterin der Wohnungseigentümergeinschaft bestellt. Das Amtsgericht stellte im April 2018 fest, dass in der Versammlung keine Beschlüsse gefasst worden waren.

Im Januar 2018 sprach die J-KG erneut eine Einladung zu einer Eigentümerversammlung aus. Auf dieser Versammlung am 29.1.2018, an der wieder nur der Mehrheitseigentümer teilnahm, wurde der Beschluss über die Bestellung der J-KG als Verwalterin bestätigt.

Die Minderheitseigentümerin begehrte daraufhin die Feststellung, dass in der Eigentümerversammlung vom 29.1.2018 ebenfalls keine Beschlüsse gefasst worden waren.

### **Entscheidung**

Die Klage der Minderheitseigentümerin hatte Erfolg. Das Gericht entschied, dass auf der Eigentümerversammlung keine Beschlüsse gefasst wurden.

Die J-KG war nicht zur Einladung und Durchführung der Eigentümerversammlung berechtigt. Damit gab es keinen Beschluss, der die J-KG zur Verwalterin der Wohnungseigentümergeinschaft machte und damit zur Einladung und Durchführung berechtigt hätte. Damit berief ein Nichtberechtigter die Versammlung ein. Das führte dazu, dass keine Versammlung der Wohnungseigentümer stattgefunden hatte.

Der Mehrheitseigentümer konnte sich nicht darauf berufen, dass es sich bei der J-KG um eine faktische Verwalterin handelte. Denn die J-KG wurde unter schwerwiegenden Verstößen gegen die Teilnahme- und Mitwirkungsrechte der Minderheitseigentümerin einseitig von dem Beklagten als Verwalterin benannt. Und zwar ohne Beschlussfassung der Wohnungseigentümergeinschaft und unter Protest und Nichtanerkennung durch die Minderheitseigentümerin.

Obwohl die Minderheitseigentümerin auf die Nichtberechtigung und ihr Nichterscheinen hingewiesen hatte, wurden die Versammlungen durchgeführt. Dieses Verhalten stellte einen schwerwiegenden Verstoß gegen die Mitwirkungsrechte der Klägerin dar.

## **7. Fließt die Küche des Mieters in die Berechnung der Mieterhöhung ein?**

**Baut ein Mieter auf eigene Kosten eine Küche in die Mietwohnung ein, darf diese nicht bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete berücksichtigt werden. Das gilt auch dann, wenn der Mieter zuvor nach Absprache eine vorhandene Einrichtung entfernt hat.**

### **Hintergrund**

Eine vermietete Wohnung war bei der Übergabe im Jahr 2004 mit einer gebrauchten Einbauküche ausgestattet. Mit Zustimmung der Vermieter bauten die Mieter die vorhandene Küche aus und eine neue ein. Die Kosten trugen die Mieter. Die Vermieter verkauften im Anschluss die ausgebaute Küche.

Im Oktober 2015 baten die Vermieter die Mieterin um Zustimmung zu einer Mieterhöhung. Dabei nahmen sie auf den Mietspiegel Bezug. Bezüglich der Berechnung der Mieterhöhung waren die Vermieter der Ansicht, dass die Wohnung über eine moderne Küchenausstattung verfügte, die mitvermietet war und deshalb bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete berücksichtigt werden kann. Die Vermieter verlangten deshalb von den Mietern die Zustimmung zu der geplanten Mieterhöhung.

Die Mieter wehrten sich dagegen, dass die Küche in die Berechnung der Mieterhöhung einfließt.

### **Entscheidung**

Der Bundesgerichtshof entschied, dass eine vom Mieter auf eigene Kosten angeschaffte Einrichtung bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete grundsätzlich und auf Dauer unberücksichtigt bleibt, und gab damit den Mietern Recht. Die Küche war nicht Teil der dem Mieter vom Vermieter zur Verfügung gestellten Einrichtung. Auf diese erstreckte sich auch die gesetzliche Gebrauchsgewährungs- und Instandhaltungspflicht des Vermieters nicht.

Unerheblich war für die Richter, dass in der Wohnung zu Mietbeginn eine Einbauküche vorhanden war. Indem die Vermieter der Mieterin erlaubten, die ältere Küche zu entfernen und auf eigene Kosten durch eine neue zu ersetzen, entfiel die Gebrauchsgewährungs- und Instandhaltungspflicht der Vermieter bezüglich der alten Küche. Dementsprechend war die Wohnung nach dem Austausch nicht mehr von Seiten des Vermieters mit einer Einbauküche ausgestattet. Deshalb konnte diese Mietereinrichtung auch nicht bei der Ermittlung des objektiven Wohnwerts zugunsten der Vermieter berücksichtigt werden.

Die Mietvertragsparteien hätten auch nicht mit Wirkung für künftige Mieterhöhungen vereinbaren können, dass die Wohnung von Seiten des Vermieters mit einer Einrichtung versehen ist, obwohl diese vom Mieter auf eigene Kosten angeschafft wird.

## **8. Besteht Unfallversicherungsschutz bei Handynutzung?**

**Zwar sind Unfälle auf dem Weg zur oder von der Arbeit grundsätzlich als Wegeunfall gesetzlich unfallversichert. Dieser Unfallversicherungsschutz entfällt jedoch, wenn der Unfall aufgrund einer Handynutzung passiert.**



## Hintergrund

Die Klägerin war in einem großen Hotel beschäftigt. Auf dem Heimweg wurde sie beim Überqueren eines unbeschränkten Bahnübergangs von einer Bahn erfasst. Dabei erlitt sie Frakturen im Kopfbereich und eine Hirnblutung. Sie befand sich deshalb in monatelanger stationärer Behandlung.

Da die Klägerin zum Zeitpunkt des Unfalls mit dem Handy telefoniert hatte, lehnte es die Berufsgenossenschaft ab, den Unfall als Arbeitsunfall anzuerkennen.

## Entscheidung

Das Sozialgericht wies die gegen die Berufsgenossenschaft erhobene Klage ab. Die Klägerin war zwar auf dem Heimweg grundsätzlich gesetzlich unfallversichert. Nicht versichert war jedoch das gleichzeitige Telefonieren mit dem Handy. Hier lag eine sog. gemischte Tätigkeit vor. So wurde gleichzeitig eine versicherte Verrichtung, nämlich das Nachhausegehen, und eine unversicherte Verrichtung, das Telefonieren, ausgeübt.

Ein Arbeitsunfall liegt aber nur vor, wenn der Unfall und damit verbundene Gesundheitsschaden wesentlich durch die versicherte Tätigkeit verursacht wird. Dagegen ist ein Arbeitsunfall abzulehnen, wenn eine unversicherte Tätigkeit die wesentliche Unfallursache ist. Dies war vorliegend der Fall. Denn durch das Telefonieren war die Wahrnehmungsfähigkeit der Klägerin im Verkehr deutlich eingeschränkt, sodass das dadurch begründete erhebliche Risiko maßgeblich zu dem Unfall beigetragen hatte.

## 9. Pflichtbeitrag einer Pflegerin zur Pflegekammer ist nicht verfassungswidrig

**Die Pflichtmitgliedschaft einer Gesundheits- und Krankenpflegerin in der Pflegekammer Niedersachsen und die damit verbundene Beitragspflicht verstoßen nicht gegen ihre Grundrechte. Denn die Errichtung der Pflegekammer verfolgt einen legitimen Zweck.**

## Hintergrund

Die als Gesundheits- und Krankenpflegerin tätige Klägerin war auch Geschäftsführerin und stellvertretende Pflegeleiterin in einem Pflegeheim. Nachdem im Jahr 2017 in Niedersachsen eine Pflegekammer eingerichtet worden war, wurde die Klägerin dort Pflichtmitglied. Mit ihrer Klage wendete sich die Pflegerin gegen diese Pflichtmitgliedschaft.

## **Entscheidung**

Die Klage hatte keinen Erfolg. Das Verwaltungsgericht entschied, dass die Errichtung der Pflegekammer verhältnismäßig war und einen legitimen Zweck verfolgte. Zur Begründung führten die Richter aus, dass die heutige Gesellschaft geprägt ist durch den demografischen Wandel und Änderungen der Familienstrukturen. Daher bedarf es im Pflegesektor dringend einer Steigerung von Qualität und Attraktivität. Durch die Einrichtung der Pflegekammer leistete der Staat einen Beitrag zur Sicherung der Versorgung der Bevölkerung mit standardgerechter Pflege. Die Pflichtmitgliedschaft war deshalb nicht zu beanstanden.

## **10. Herbstlaub führt zum Sturz eines Radfahrers: Amtshaftung der Gemeinde?**

**Wer hat Schuld, wenn ein Fahrradfahrer über eine von Herbstlaub verdeckte Bordsteinkante stürzt? Der Fahrradfahrer oder die Gemeinde, die für die Reinigung zuständig ist? Mit diesen Fragen beschäftigte sich das Oberlandesgericht in Bremen und stellte an die Umsicht der Verkehrsteilnehmer deutlich strengere Anforderungen als an die gemeindlichen Reinigungsintervalle.**

### **Hintergrund**

Der Kläger war mit seinem Fahrrad im November 2015 auf einem Rad- und Gehweg unterwegs. Der Weg war zum Zeitpunkt des Unfalls flächendeckend mit Laub bedeckt, sodass der Radfahrer den Verlauf des Radweges und den angrenzenden Bordstein im Kreuzungsbereich nicht erkennen konnte. Er stieß gegen den nicht sichtbaren Bordstein und stürzte. Dabei verletzte er sich erheblich.

Der Kläger war der Meinung, dass die beklagte Gemeinde die ihr obliegenden Verkehrssicherungspflichten schuldhaft verletzt hatte. Eine Straßenreinigung von nur einmal pro Woche reichte nicht aus. Der Kläger forderte deshalb ein Schmerzensgeld von mindestens 4.000 EUR und Schadensersatz in Höhe von 460 EUR.

### **Entscheidung**

Die Klage hatte keinen Erfolg. Das Gericht konnte keinen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte wegen einer Amtspflichtverletzung erkennen.

Mit dieser Entscheidung setzte das Gericht deutliche Grenzen für die Verkehrssicherungspflicht der Gemeinden. Danach bestehen Sicherungspflichten nicht uneingeschränkt, sondern stehen vielmehr unter dem Vorbehalt des Zumutbaren. Auf der anderen Seite muss sich aber auch der Straßenverkehr den gegebenen Straßenverhältnissen anpassen.

Deshalb kam das Gericht zu dem Ergebnis, dass eine Gemeinde im Rahmen ihrer Verkehrssicherungspflichten nicht ein generelles ständiges Reinhalten sämtlicher Straßen- und Wegeflächen von jeglichem Laubbefall schuldet. Dies würde im Hinblick auf den hierfür erforderlichen Aufwand die Grenze des Zumutbaren überschreiten. Ein Reinigungsintervall von einer Woche von Straßen- und Wegeflächen ist im städtisch bebauten Bereich im Allgemeinen ausreichend.

Besondere Gründe, die eine häufigere Reinigung notwendig machen könnten, sah das Gericht im vorliegenden Fall nicht. Zwar führte das am Boden liegende Laub dazu, dass der Radfahrer den Straßenuntergrund nicht mehr erkennen konnte. Dies entsprach jedoch dem Regelfall am Boden liegenden Laubes. Eine über das allgemeine Maß hinausgehende gesteigerte Gefährlichkeit wurde dadurch nicht begründet.

## 11. Kostenpflichtig abgeschleppt, obwohl Halter wegfahren wollte: Wer trägt die Abschleppkosten?

**Vorübergehend verfügte Halteverbote wurden schon so manchem Autofahrer zum Verhängnis. In einem aktuellen Fall ging es jedoch nicht um die Rechtmäßigkeit des Halteverbots an sich, sondern um die Frage, ob das Abschleppen rechtmäßig war. Denn der Halter hatte kurz vorher angeboten, das Auto wegzufahren.**

### Hintergrund

Der Kläger parkte sein Auto am 1.12. direkt vor seiner Haustür, wo es am 4.12. abgeschleppt wurde. Die Abschleppkosten in Höhe von knapp 145 EUR stellte die beklagte Stadt dem Kläger in Rechnung.

Bereits 2 Tage, bevor der Kläger sein Auto vor der Haustür abgestellt hatte, richtete die beklagte Stadt in der gesamten Straße mittels Beschilderung eine absolute Halteverbotszone ein. Diese galt für den Zeitraum vom 4.12. bis 8.12. von 7 bis 17 Uhr.

Der Kläger weigerte sich, die Abschleppkosten zu zahlen. Zum einen hatte er erst am 4.12. die Halteverbotsschilder bemerkt. Daraufhin hatte er gegenüber dem anwesenden Mitarbeiter des Ordnungsamtes angekündigt, sich umzuziehen und unverzüglich nach draußen zu kommen, um sein Fahrzeug wegzufahren. Als er wenige Minuten später draußen war, war das Fahrzeug jedoch schon aufgeladen. Der Bescheid war deshalb rechtswidrig und aufzuheben.

### Entscheidung

Das Verwaltungsgericht wies die Klage ab und entschied, dass die Stadt für das Abschleppen des Fahrzeugs Kosten in Höhe von knapp 145 EUR festsetzen durfte.

Die Halteverbotszone war den Verkehrsteilnehmern bereits am 29.11. bekannt gemacht worden, also 2 Tage, bevor der Kläger sein Auto geparkt hatte. Nach Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts entfalten Verkehrsschilder Rechtswirkung gegenüber jedem von der Regelung betroffenen Verkehrsteilnehmer, soweit sie ein durchschnittlicher Kraftfahrer bei Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt schon mit raschem Blick erfassen kann. Dies gilt unabhängig davon, ob Verkehrsteilnehmer das Verkehrszeichen tatsächlich wahrnehmen oder nicht.

Im vorliegenden Fall war es nach Ansicht des Gerichts dem Kläger ohne Weiteres zumutbar gewesen, das 10 Meter hinter seinem Auto aufgestellte Halteverbotsschild zur Kenntnis zu nehmen.

Auch sah das Gericht keine Anhaltspunkte für eine Unverhältnismäßigkeit der Vollstreckung. Die beklagte Stadt legte nachvollziehbar dar, dass aufgrund der sehr angespannten Verkehrssituation ein sofortiges Abschleppen der rechtswidrig geparkten Fahrzeuge notwendig war. Ein längeres Warten bis zum Erscheinen des Klägers war danach und angesichts des mit dem Verkehrsschild verbundenen Gebots, das Fahrzeug sofort zu entfernen, nicht geboten.

## 12. Unfall auf dem Kindergartenfest: Besteht gesetzlicher Versicherungsschutz?

**Während eines Kindergartenfestes brach sich ein 4-jähriges Kind den Arm, als es ohne Aufsicht im Garten der Kindertagesstätte spielte. Die beklagte gesetzliche Unfallversicherung lehnte es ab, den Unfall des Kindes als Arbeitsunfall anzuerkennen. Zu Recht?**

### Hintergrund

Die Mutter holte ihr 4-jähriges Kind um 16 Uhr offiziell aus seiner Gruppe im Kindergarten ab. Mutter und Kind gingen anschließend durch den Hintereingang in den Garten des Kindergartens. Dort fand ein Kinderfest mit einem eigens dafür engagierten Clown statt. Eine Viertelstunde nach dem angekündigten Ende des Festes stürzte das Kind, das zu

diesem Zeitpunkt unbeaufsichtigt war, vom Klettergerüst im Garten. Die Mutter hatte am Ausgang des Kindergartens auf den Kleinen gewartet.

Die Satzung des Kindergartens sah vor, dass bei Veranstaltungen mit Elternbeteiligung die Aufsichtspflicht den Erziehungs- oder Personensorgeberechtigten, also hier der Mutter, obliegt.

Die Kläger verlangten von der beklagten Unfallversicherung, dass sie den Unfall als Arbeitsunfall anerkennt. Denn das Fest war zum Zeitpunkt des Unfalls noch nicht beendet, es befanden sich noch viele Kinder und Eltern im Garten und es wurden auch noch Bratwürste verkauft.

### **Entscheidung**

Nach der Entscheidung des Sozialgerichts lag weder ein Arbeitsunfall noch ein Wegeunfall des Kindes vor. Zwar sind Kinder grundsätzlich während des Besuchs einer Kindertagesstätte gesetzlich unfallversichert. Ob aber tatsächlich ein Anspruch gegen die gesetzliche Unfallversicherung besteht, hängt davon ab, bei wem zum Unfallzeitpunkt die Obhutspflicht lag. Denn der Schutz in der gesetzlichen Unfallversicherung besteht nur, solange das Kind sich in der Obhut der Tagesstätte befindet und endet, sobald die Kinder die Einrichtung erlaubt verlassen. Im vorliegenden Fall verließ das Kind die Obhut der Tagesstätte mit der Abholung durch seine Mutter. Da das Fest auch für Externe offen war und eine Zugangsmöglichkeit in den Garten durch den Hintereingang bestand, ergab sich dadurch eine so deutliche Zäsur, dass die Eltern nicht mehr von einer fortbestehenden Obhutspflicht der Kindertagesstätte ausgehen konnten.

Ebenso lag kein Wegeunfall vor. Denn der versicherte Weg von und zur Tagesstätte beginnt und endet an der Außentür der Einrichtung.

# Unternehmer und Freiberufler

## 1. Können Syndikusanwälte rückwirkend von der Rentenversicherungspflicht befreit werden?

**Wurden für einen Syndikusrechtsanwalt auch für Zeiten vor dem 1.4.2014 einkommensbezogene Pflichtbeiträge an ein berufsständisches Versorgungswerk gezahlt, kann er von der Rentenversicherungspflicht befreit werden.**

### Hintergrund

Eine Juristin war neben ihrer Angestelltentätigkeit in einem Unternehmen daneben selbstständig als Rechtsanwältin tätig. Sie klagte auf Befreiung von der Rentenversicherungspflicht für den Zeitraum vor April 2014. Denn in diesem Zeitraum wurden Beiträge an das Versorgungswerk gezahlt.

### Entscheidung

Das Sozialgericht gab der Klage statt. Es begründete die rückwirkende Befreiung von der Rentenversicherungspflicht insbesondere verfassungsrechtlich. Würde man diese weitergehende Befreiungsmöglichkeit ablehnen, könnten damit ausschließlich diejenigen Unternehmensjuristen profitieren, deren Arbeitgeber in der Vergangenheit nicht gesetzeskonform Beiträge an das Versorgungswerk statt zur gesetzlichen Rentenversicherung gezahlt haben.

Für das Gericht war es unerheblich, ob diese Beiträge für die eigentliche Tätigkeit als Syndikus oder für eine daneben ausgeübte selbstständige Tätigkeit als Rechtsanwalt geleistet wurden.

## 2. Tarifbegünstigte Veräußerung: Warum die Wiederaufnahme einer freiberuflichen Tätigkeit schädlich ist

**Voraussetzung für die tarifbegünstigte Veräußerung einer freiberuflichen Einzelpraxis ist, dass der Steuerpflichtige die wesentlichen vermögensmäßigen Grundlagen entgeltlich und definitiv auf einen anderen überträgt. Dazu gehört auch, dass der Veräußerer seine freiberufliche Tätigkeit für eine gewisse Zeit einstellen muss.**

### Hintergrund

Der Kläger war als Steuerberater freiberuflich in einer Einzelpraxis tätig. Die Praxisräume lagen seit dem 1.4.2004 in B-C. Mit Vertrag vom 24.1.2008 veräußerte der Kläger seine Steuerberatungskanzlei mit Wirkung zum 1.4.2008 an die in B-D ansässige Steuerberatungsgesellschaft S-KG. Gegenstand des Kaufvertrags war das mobile Praxisinventar und der gesamte Mandantenstamm. Der Kläger verpflichtete sich, an der Mandatsüberleitung mitzuwirken und neue Mandate für die S-KG zu akquirieren. Gleichzeitig schloss er mit der S-KG eine bis zum 31.12.2010 befristete freiberufliche Tätigkeitsvereinbarung, nach der er seine bisherigen und neu akquirierten Mandanten im Namen und für Rechnung der S-KG beraten sollte.

Zum 28.2.2010 gab der Kläger seine Tätigkeit für die S-KG auf und nahm wieder eine Beratungstätigkeit im Rahmen einer Einzelpraxis auf. Den wesentlichen Teil seiner ehemaligen Mandanten (ca. 50 bis 60 % des ehemaligen Umsatzvolumens) nahm er mit, das vor der Praxisübertragung beschäftigte Personal stellte er teilweise wieder ein.

Das Finanzamt kam deshalb zu dem Ergebnis, dass der Gewinn aus der Veräußerung der Steuerberatungskanzlei nicht begünstigt war.

Das Finanzgericht entschied, dass die ursprüngliche Übertragung der wesentlichen Praxisgrundlagen sich im Nachhinein als eine bloße Unterbrechung der bisherigen freiberuflichen Tätigkeit darstellte.

### **Entscheidung**

Die Revision des Klägers vor dem Bundesfinanzhof hatte ebenfalls keinen Erfolg. Das Gericht entschied, dass der Kläger nicht die Voraussetzungen für eine tarifbegünstigte Veräußerung seiner Steuerberatungskanzlei erfüllte. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs setzt die Veräußerung einer Praxis u. a. voraus, dass der Steuerpflichtige seine freiberufliche Tätigkeit in dem bisherigen örtlichen Wirkungskreis wenigstens für eine gewisse Zeit einstellt.

Wird der Veräußerer als Arbeitnehmer oder als freier Mitarbeiter im Auftrag und für Rechnung des Erwerbers tätig, ist dies grundsätzlich unschädlich. Das gilt auch, wenn der Steuerpflichtige seine bisherige freiberufliche Tätigkeit nur in einem geringen Umfang fortführt.

Nimmt der Veräußerer seine freiberufliche Tätigkeit jedoch nach einer gewissen Zeit wieder auf, kann dies schädlich sein – selbst wenn die Wiederaufnahme zum Zeitpunkt der Übertragung der Praxis nicht geplant war. Maßgebend ist allein, ob es objektiv zu einer definitiven Übertragung der wesentlichen Praxisgrundlagen gekommen ist. Im vorliegenden Fall war es wegen der Wiedereröffnung der Einzelpraxis nach 22 Monaten nicht zu einer definitiven Übertragung des Mandantenstamms auf den Erwerber gekommen.

## **3. Ist ein Eingabefehler eine offenbare Unrichtigkeit?**

**Unterläuft dem Finanzbeamten ein Eingabefehler, kann dies eine offenbare Unrichtigkeit darstellen. Das gilt auch dann, wenn der Fehler von 3 Sachbearbeitern im Finanzamt nicht erkannt wurde.**

### **Hintergrund**

Der Kläger veräußerte im November 2011 einen Gesellschaftsanteil an einer GmbH zu einem Verkaufspreis von 138.000 EUR. Da er diese Beteiligung in seinem Privatvermögen hielt, erzielte er aus der Veräußerung einen Veräußerungsgewinn. Dieser war steuerpflichtig und unterlag dem Teileinkünfteverfahren. Mit der Einkommensteuererklärung 2011 erklärte der Kläger diesen Gewinn zutreffend. Der Sachbearbeiter im Finanzamt prüfte die Berechnung des Veräußerungsgewinns und sah sie als richtig an. Aufgrund einer fehlerhaften Eingabe in die EDV des Finanzamts wurde jedoch von dem zutreffenden Veräußerungsgewinn von 80.000 EUR ein angeblich steuerfreier Veräußerungsgewinn von 80.000 EUR abgezogen. So ergab sich ein steuerpflichtiger Veräußerungsgewinn von Null.

Dieser Fehler fiel weder dem Veranlagungssachbearbeiter noch dem Qualitätssicherer noch der Sachgebietsleiterin auf. Die Einkommensteuerveranlagung erfolgte entsprechend. Nachdem der Fehler bei einer Betriebsprüfung bei der GmbH erkannt worden war, änderte das Finanzamt die Einkommensteuerveranlagung für 2011 aufgrund einer offenbaren Unrichtigkeit. Dagegen wehrte sich der Kläger mit seiner Klage.

### **Entscheidung**

Das Finanzgericht wies die Klage ab. Es entschied, dass der Steuerbescheid geändert werden durfte. Das Finanzamt darf Schreibfehler, Rechenfehler und ähnliche offenbare Unrichtigkeiten, die beim Erlass eines Verwaltungsakts unterlaufen sind, jederzeit berichtigen. Ähnliche offenbare Unrichtigkeiten liegen insbesondere dann vor, wenn es sich um Eingabe- oder Übertragungsfehler handelt, die für jeden unvoreingenommenen Dritten klar und deutlich erkennbar seien. Hierbei muss es sich um mechanische Fehler handeln, Rechtsirrtümer fallen nicht unter die Regelung.

Im vorliegenden Fall würdigten die Sachbearbeiter im Finanzamt die Rechtslage zwar zutreffend. Dann unterlief jedoch dem Veranlagungssachbearbeiter ein mechanischer Fehler bei der Eingabe. Dieser führte dazu, dass der Veräußerungsgewinn fälschlicherweise als steuerfrei in die Berechnung einbezogen wurde. Diesen mechanischen Fehler bemerkten weder die zweite Bearbeiterin noch die Sachgebietsleiterin. Insoweit durfte das Finanzamt die Steuerveranlagung 2011 unter Berufung auf eine offenbare Unrichtigkeit ändern. Auch die Tatsache, dass gleich 3 Bearbeiter im Finanzamt den Fehler übersahen, änderte nach Ansicht des Finanzgerichts nichts daran, dass der Fehler offenbar war.

#### **4. Unzutreffende Steuerschuldnerschaft eines Bauträgers kann korrigiert werden**

**Geht ein Bauträger davon aus, dass er als Leistungsempfänger der Steuerschuldner für von ihm bezogene Bauleistungen ist, und stellt sich dies als falsch heraus, darf er die zu viel gezahlte Umsatzsteuer ohne weitere Voraussetzungen zurückfordern.**

##### **Hintergrund**

Die Bauträgerin A errichtete in den Jahren 2011 bis 2013 Gebäude auf eigenen Grundstücken, die sie anschließend umsatzsteuerfrei veräußerte. Die für die Errichtung bezogenen Bauleistungen stellten die Bauunternehmer netto in Rechnung. Sie gingen übereinstimmend mit A davon aus, dass diese als Leistungsempfängerin Steuerschuldnerin war. Dementsprechend erklärte A die Umsatzsteuer nach § 13b UStG.

Nachdem der Bundesfinanzhof entschieden hatte, dass ein Bauträger keine Bauleistungen erbringt und damit auch nicht Steuerschuldner ist, wandte sich A gegen die entsprechende Steuerfestsetzung. Das Finanzgericht gab der Klage statt.

##### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof sah das genauso und entschied, dass A nicht Steuerschuldnerin nach § 13b UStG war. Ein Bauträger erbringt keine Bauleistung, sondern liefert steuerfrei bebaute Grundstücke. Versteuert ein Bauträger in der fälschlichen Annahme seiner Steuerschuld von ihm bezogene Bauleistungen nach § 13b UStG, kann er die Rechtswidrigkeit dieser Besteuerung nachträglich geltend machen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob er einen gegen ihn gerichteten Nachforderungsanspruch des leistenden Unternehmers erfüllt oder das Finanzamt die Möglichkeit für eine Aufrechnung hat. Denn nach Ansicht des Gerichts hängt das Entfallen einer rechtswidrigen Besteuerung nach § 13b UStG nicht von weiteren Voraussetzungen ab. Die Steuerfestsetzung ist gegenüber dem Erhebungsverfahren vorgreiflich.

Das Verlangen der A nach einer gesetzeskonformen Besteuerung verstieß auch nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben. Im vorliegenden Fall erweiterte die Finanzverwaltung den Anwendungsbereich des § 13b UStG auf Leistungsempfänger ohne Recht auf Vorsteuerabzug und besteuerte A als Bauträgerin rechtswidrig. Das Verlangen nach Korrektur dieser rechtswidrigen Besteuerung war im Verhältnis zum Finanzamt nicht treuwidrig und stellte keine unzulässige Rechtsausübung dar.

#### **5. Betriebsveranstaltung: Absagen von Kollegen wirken sich nicht nachteilig aus**

**Sagen Arbeitnehmer ihre Teilnahme an einer Betriebsveranstaltung ab, darf dies bei der 110-EUR-Freibetragsberechnung nicht zulasten der teilnehmenden Arbeitnehmer gehen.**

## Hintergrund

Ein Arbeitgeber richtete eine Weihnachtsfeier für die Belegschaft aus. Zu dieser meldeten sich zunächst 27 Arbeitnehmer an. Kurzfristig sagten 2 Arbeitnehmer ab, sodass nur 25 Arbeitnehmer an der Feier teilnahmen. Die Gesamtkosten der Feier blieben unverändert bei 3.052,35 EUR.

Bei der Berechnung des 110-EUR-Freibetrags ging der Arbeitgeber davon aus, dass die Feierkosten durch die Zahl der angemeldeten Arbeitnehmer geteilt werden müssen. Damit ergab sich ein Pro-Kopf-Vorteil von 113,05 EUR, sodass für jeden teilnehmenden Arbeitnehmer nur ein Vorteil von 3,05 EUR der Lohnsteuer unterlag. Das Finanzamt verteilte die Feierkosten jedoch auf die 25 teilnehmenden Arbeitnehmer. So ergab sich ein Pro-Kopf-Vorteil von 122,09 EUR und ein steuerpflichtiger Vorteil von 12,09 EUR pro Teilnehmer.

## Entscheidung

Das Finanzgericht gab dem Arbeitgeber recht. Es entschied, dass sich vergeblich aufgewandte Feierkosten für angemeldete, aber nicht erschienene Arbeitnehmer nicht auf die Höhe des steuerpflichtigen Vorteils der teilnehmenden Arbeitnehmer auswirken dürfen. Diese sog. No-Show-Kosten führten jedoch nicht zu zusätzlichen Zuwendungen an die teilnehmenden Arbeitnehmer. Nach der gesetzlichen Regelungssystematik sollen nur solche geldwerten Vorteile besteuert werden, die zu einer Steigerung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers führen. Überdimensionierte Sachleistungen wie beispielsweise zu viel bestellte Essen führen bei den Teilnehmern aber gerade nicht zu einer zusätzlichen Bereicherung.

Deshalb durften die Absagen einzelner Arbeitnehmer bei der Betriebsveranstaltung nicht zulasten der teilnehmenden Arbeitnehmer gehen.

## 6. Wie ist die Tätigkeitsvergütung des Gesellschafters einer GbR mit Einkünften aus Kapitalvermögen zu qualifizieren?

**Erzielt eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts Einkünfte aus Kapitalvermögen, ist die Tätigkeitsvergütung des Gesellschafters regelmäßig als Sondervergütung zu qualifizieren. Das gilt zumindest dann, wenn sie gewinnunabhängig ausgestaltet ist und aufwandswirksam monatlich verbucht wird.**

## Hintergrund

Der Kläger war zu 10 % an einer GbR beteiligt. Diese erzielte Einkünfte aus Kapitalvermögen. Nach dem Gesellschaftsvertrag erhielt der Gesellschafter eine Tätigkeitsvergütung. Der Kläger war der Ansicht, dass diese als Gewinnvorab anzusehen war. Das Finanzamt wertete sie stattdessen als Sondervergütung in der Form von Einkünften aus sonstiger selbstständiger Arbeit. Diese waren in Deutschland zu versteuern, obwohl der Kläger im Inland keinen Wohnsitz innehatte. Gegen die entsprechenden Einkommensteuerbescheide wehrte sich der Kläger nach erfolglosem Einspruch mit der Klage.

## Entscheidung

Das Finanzgericht wies die Klage als unbegründet ab. Die Tätigkeitsvergütung war vom Finanzamt zutreffend nicht als Gewinnvorab eingestuft worden. Vielmehr stellte sie eine Sondervergütung dar. Die dafür erforderliche vertragliche Vereinbarung war hier im Gesellschaftsvertrag getroffen worden. Für eine Einstufung als Sondervergütung sprach zum einen der Wortlaut der gesellschaftsvertraglichen Regelung. Zum anderen erfolgten die Zahlungen gewinnunabhängig. Da es sich bei der GbR um eine vermögensverwaltende Personengesellschaft handelte, waren die Einkünfte als Einkünfte aus sonstiger selbstständiger Arbeit einzustufen. Eine Regelung zur Hinzurechnung von Sondervergütungen, wie diese bei einer gewerblichen Mitunternehmerschaft gegeben ist, gibt es für vermögensverwaltende Personengesellschaften nicht.



## **7. Auch bei der Vermietung von Gewerbeimmobilien muss die Einkünfteerzielungsabsicht geprüft werden**

**Die Einkünfteerzielungsabsicht wird anhand einer Prognose über die voraussichtliche Dauer der Vermögensnutzung von grundsätzlich 30 Jahren festgestellt. Grundsätzlich beginnt der Prognosezeitraum mit der Anschaffung. Das gilt auch dann, wenn ein späterer Umbau mit anschließender Neuverpachtung erfolgt.**

### **Hintergrund**

Eine GbR, an der die Brüder einer Hoteliers-Familie beteiligt waren, erzielte Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung eines Hotelkomplexes. Dieser bestand aus dem Hotel, einem Nebengebäude sowie einem Einfamilienhaus. Zunächst erfolgte die Verpachtung des gesamten Objekts an einen fremden Dritten. Später wurde das Hotel umgebaut, von 6 Zimmern auf 22 erweitert, das Restaurant renoviert, wodurch es zu einem 4-Sterne-Haus wurde. Die weitere Verpachtung erfolgte zunächst durch eine Betriebs-GmbH, in der fremde Geschäftsführer eingesetzt waren. Ab 2010 übernahm die Ehefrau eines der Gesellschafter die Geschäftsführung. Das Hotel und das Restaurant wurden mit fremden Wirten betrieben.

Bei der Veranlagung für das Jahr 2011 führte das Finanzamt aufgrund der bisherigen Entwicklung eine Prognoseberechnung durch. Für den Zeitraum 1995 bis 2024 ergab sich ein Totalverlust. Wegen fehlender Einkünfteerzielungsabsicht erkannte das Finanzamt die Verluste der Jahre 2008 bis 2012 nicht an. Das sahen die Kläger anders.

### **Entscheidung**

Die Klage hatte keinen Erfolg. Das Finanzgericht sah den Hotelkomplex einheitlich als ein Objekt an. Bei Gewerbeimmobilien wird die Einkünfteerzielungsabsicht anhand einer Prognose über die voraussichtliche Dauer der Vermögensnutzung von 30 Jahren, der in dieser Zeitspanne voraussichtlich erzielbaren steuerpflichtigen Erträge und der anfallenden Werbungskosten festgestellt. Nach Ansicht des Gerichts begann der Prognosezeitraum mit der Anschaffung im Jahr 1993 und nicht erst nach Abschluss der Umbaumaßnahmen im Jahr 2001. Entgegen der Ansicht der Steuerpflichtigen bewirkte der Umbau in den Jahren 1999 bis 2001 und die anschließende Neuverpachtung keine Änderung der Verhältnisse, die zu einem Neubeginn des Prognosezeitraums führten. Denn von Beginn an wurde die Immobilie zur Nutzung als Hotel verpachtet. An der Art der jeweiligen Pachtverträge hatte sich nichts geändert. Durch die Renovierungsarbeiten ergab sich keine wesentliche Verbesserung der Einnahmesituation gegenüber den Jahren vor der Renovierung.

## 1. Zinsvereinbarung und Abzinsung

**Bei der Umwandlung eines bisher bedingt verzinsten Darlehens ohne Bedingungseintritt in ein unbedingt verzinstes Darlehen liegt auch dann ein verzinsliches Darlehen vor, wenn zwar die Verzinsungsabrede vor dem Bilanzstichtag erfolgte, der Zinslauf aber erst danach begann.**

### Hintergrund

Eine Unternehmersgesellschaft (UG) betrieb das Halten und Veräußern von Beteiligungen sowie die Vermögensverwaltung. Alleingesellschafter war X. Im Januar und Februar 2010 erwarb die UG im Rahmen einer Kapitalerhöhung Inhaberaktien an einer AG, die einen Nominalwert von insgesamt 750.000 EUR hatten. Im diesem Zusammenhang nahm die UG bei ihrem Alleingesellschafter Darlehen in Höhe von 750.000 EUR auf, die jederzeit mit einer Frist von 30 Tagen kündbar waren. Eine Laufzeit dieser Darlehen war nicht ausdrücklich vereinbart.

Die Darlehensforderungen waren ab dem Tage des Geldeingangs bis zur Rückzahlung mit 3 % p.a. aus den erhaltenen Dividenden der AG zu verzinsen. Die Verzinsung fiel aber nur an, wenn die AG Dividenden zahlte. Eine garantierte Mindestverzinsung war ausgeschlossen.

Zu der ursprünglich beabsichtigten kurzfristigen Weiterveräußerung der Aktien kam es in der Folgezeit nicht. Dementsprechend wurden auch die Darlehen nicht wie vorgesehen mit dem Verkaufserlös getilgt. Dividendenzahlungen seitens der AG blieben aus. Daraufhin wurden die Bedingungen der Darlehensverträge am 24.11.2010 angepasst und eine Mindestverzinsung mit Wirkung ab dem 1.1.2011 festgelegt.

In ihrem Jahresabschluss zum 31.12.2010 passivierte die UG die Darlehensverbindlichkeiten in voller Höhe. Das Finanzamt gelangte jedoch zu der Auffassung, dass die passivierte Darlehensverbindlichkeit unter Annahme einer Darlehenslaufzeit von 12 Jahren mit einem Faktor von 0,503 um 372.750 EUR abzuzinsen war. Das Jahresergebnis der UG erhöhte sich dementsprechend.

Das Finanzgericht folgte dem Finanzamt.

### Entscheidung

Nach Auffassung des Bundesfinanzhofs lagen am Bilanzstichtag 31.12.2010 verzinsliche Darlehen vor. Die Darlehensverbindlichkeiten waren deshalb zum 31.12.2010 mit ihrem Nominalbetrag von insgesamt 750.000 EUR und nicht mit 377.250 EUR zu passivieren. Eine Abzinsung kam nicht in Betracht.

Ausgenommen von der Abzinsung sind u.a. Verbindlichkeiten, die verzinslich sind. Eine verzinsliche Verbindlichkeit in diesem Sinne liegt vor, wenn das Darlehen mit einer Zinsvereinbarung verbunden ist. Wird eine kurzzeitige Verzinsung von vornherein vereinbart, so ist eine verzinsliche Verbindlichkeit gegeben. Eine Abzinsung soll dann unterbleiben.

Wird bei einem zunächst unverzinslichen Darlehen erst später eine Verzinsung vereinbart, so ist ebenfalls von einer verzinslichen Verbindlichkeit auszugehen. Eine spätere unbedingte Verzinsungsabrede führt zu einer verzinslichen Verbindlichkeit, die zum Zeitpunkt des folgenden Bilanzstichtages zu berücksichtigen ist.

Dies gilt aufgrund des Zwecks der Vorschrift auch dann, wenn die Verzinsung erst nach dem Bilanzstichtag erfolgt. Aufgrund der getroffenen Vereinbarung vom 24.11.2010 lag spätestens ab diesem Zeitpunkt eine verzinsliche Verbindlichkeit vor, deren Verzinsungsbeginn nur nach dem Bilanzstichtag erfolgte.

Nach Ansicht des Bundesfinanzhofs stellte sich hinsichtlich der Verzinsung nicht die Frage, ob ein wertaufhellendes oder wertbegründendes Ereignis vorlag. Denn die maßgebliche Vereinbarung vom 24.11.2010 war am Bilanzstichtag 31.12.2010 bekannt. Nur bei Tatsachen, die nach dem Bilanzstichtag und bis zur Bilanzaufstellung eingetreten sind

oder bekannt bzw. erkennbar werden, ist die Differenzierung zwischen wertaufhellenden und wertbegründenden Tatsachen beachtlich.

## **2. Umwandlung einer GmbH & Co. KG in eine AG: Ist das gewerbesteuerpflichtig?**

**Keine rückwirkende Gewerbesteuerpflicht wird begründet, wenn innerhalb des 7-Jahreszeitraums nach § 22 Abs. 1 UmwStG lediglich sukzessiv Teile der erhaltenen Gesellschaftsanteile veräußert werden.**

### **Hintergrund**

Eine GmbH & Co. KG wurde zum 31.3.2013 zu Buchwerten in eine AG umgewandelt. Die Kommanditisten A und B erhielten bei dieser Umwandlung Aktien der AG. In der Folgezeit verkaufte B Aktien an fremde Dritte. Weitere Aktien gingen durch einen Vermächtnis- und Abfindungsvertrag über. Das Finanzamt ermittelte für jeden der diversen Anteilsveräußerungen bzw. -übertragungen der B jeweils einen gewerbesteuerpflichtigen Einbringungsgewinn I. Im Klageverfahren vor dem Finanzgericht wurden die Einbringungsgewinne I für die Anteilsveräußerungen an eine von der Klägerin gehaltene Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft ausgenommen.

### **Entscheidung**

Das Finanzgericht entschied, dass der Gewinn aus der Veräußerung der Anteile im Rahmen des Vermächtnis- und Abfindungsvertrags ebenfalls nicht der Gewerbesteuer unterlag. Nur Gewinne aus dem laufenden Betrieb sind hinsichtlich der Gewerbesteuer zu erfassen. Dagegen sind Gewinne aus der Aufgabe oder Veräußerung irrelevant, wenn damit die endgültige Einstellung der gewerblichen Betätigung verbunden ist.

Das gilt nach Ansicht des Finanzgerichts auch bei einer nur sukzessiven bzw. teilweisen Veräußerung der erhaltenen Anteile. Denn die vermächtnisweise Übertragung der Anteile bewirkte nicht, dass B nur noch einen Teilanteil an der GmbH & Co. KG in die AG eingebracht hätte. Vielmehr beschränkte sich die rückwirkende Änderung auf den Wertansatz des übergehenden Vermögens und damit auf die Höhe des Einbringungsgewinns I. Die Einbringung des gesamten Mitunternehmeranteils und die Einstellung der gewerblichen Tätigkeit der GmbH & Co. KG blieben davon unberührt.

## **3. Nachträgliche Anschaffungskosten bei GmbH-Beteiligung**

**Aufwendungen aus einer Einzahlung in die Kapitalrücklage, die ein Gesellschafter zur Vermeidung einer Bürgschaftsinanspruchnahme tätigt, führen zu nachträglichen Anschaffungskosten auf seine Beteiligung.**

### **Hintergrund**

X war zusammen mit seiner Mutter und 3 Brüdern an der A-GmbH beteiligt. Im Jahr 1999 hatte er zusammen mit einem Bruder eine Bürgschaft für Bankverbindlichkeiten der A-GmbH übernommen. Darüber hinaus stand der Bank eine Grundschuld auf einem Grundstück als Sicherheit zur Verfügung, das der Mutter gehörte. Nach 2 Verlustjahren stellte die A-GmbH ihren Betrieb zum Ende des Jahres 2009 ein. Ihr gesamtes Vermögen veräußerte sie an die I-GmbH. An dieser waren X, sein Bruder D und ein Dritter zu je einem Drittel beteiligt. Im Februar 2010 gingen der Anteil der Mutter an der A-GmbH und das Grundstück auf X und seine Brüder als Erben zu gleichen Teilen über.

Im Laufe des Jahres 2010 leisteten X und seine Brüder jeweils in gleicher Höhe Zuführungen in die Kapitalrücklage der GmbH, um eine drohende Liquidation zu vermeiden. Nachdem die Bank Ende 2010 einen Teilverzicht auf ihre Forde-

rungen in Aussicht gestellt hatte, zahlte die A-GmbH einen Teilbetrag an die Bank. Danach veräußerten X und seine Brüder die Anteile an der A-GmbH zum Preis von 0 EUR an die I-GmbH. Die Grundschuld wurde gelöscht.

Für das Jahr 2010 machte X einen Veräußerungsverlust geltend. Diesen errechnete er aus einem anteiligen Verlust der Stammeinlage und nachträglichen Anschaffungskosten aus der Kapitalzuführung. Das Finanzamt dagegen ermittelte den Veräußerungsverlust, indem es die von den Gesellschaftern geltend gemachten Anschaffungskosten, also Kapitalrücklage plus Stammkapital, um die zugunsten der Bank eingetragene Grundschuld minderte und den verbleibenden Betrag auf X und die Brüder verteilte.

### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof entschied, dass der von X getragene Aufwand bei der Berechnung seines Verlustes aus der Veräußerung der GmbH-Anteile als nachträgliche Anschaffungskosten zu berücksichtigen waren. Nach der Rechtsprechung sind nachträgliche Anschaffungskosten auf die Beteiligung nur solche Aufwendungen des Gesellschafters, die nach handels- und bilanzsteuerrechtlichen Grundsätzen zu einer offenen oder verdeckten Einlage in das Kapital der Gesellschaft führen. Hierzu zählen u. a. auch freiwillige und ohne Gewährung von Vorzügen seitens der Kapitalgesellschaft erbrachte Einzahlungen in die Kapitalrücklage, wie sie X im vorliegenden Fall leistete.

Der Anerkennung als Anschaffungskosten stand nicht entgegen, dass die A-GmbH die der Kapitalrücklage zugeführten Mittel dazu verwendete, die besicherten Verbindlichkeiten abzulösen. Denn es spielte keine Rolle, wie die Gesellschaft den vom Gesellschafter eingezahlten Betrag verwendete. Unerheblich war ebenso, wie der Rückgriffsanspruch des X gegen die A-GmbH zu bewerten gewesen bzw. ob er mit seinem Anspruch ausgefallen wäre, wenn die Bank in das Grundstück vollstreckt oder ihn als Bürge in Anspruch genommen hätte.

Zuletzt sah der Bundesfinanzhof in der Vorgehensweise des X keinen Gestaltungsmissbrauch. Die Ausstattung einer Gesellschaft mit Eigenkapital widersprach nicht den Wertungen des Gesellschaftsrechts. Denn dadurch war es der Gesellschaft möglich, wechselnde Kapitalbedürfnisse durch Eigenkapital statt durch Fremdkapital zu decken. In einem solchen gesellschaftsrechtskonformen Vorgehen konnte kein Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten liegen, zumal das Steuerrecht die Verwendung von Eigenkapital begünstigt.

## **4. Rückabwicklung der Weiterveräußerung von GmbH-Anteilen ist kein rückwirkendes Ereignis**

**Stellt sich nach der Veräußerung von GmbH-Anteilen nachträglich ein niedrigerer Wert heraus, sodass der Veräußerer zivilrechtlich zur Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückübertragung der Anteile verpflichtet ist, liegt insoweit kein rückwirkendes Ereignis, sondern eine wertaufhellende Tatsache vor.**

### **Hintergrund**

Ein Alleingesellschafter legte seine Anteile an mehreren GmbHs in eine neugegründete GmbH verdeckt ein. Im Rahmen der Besteuerung dieser verdeckten Einlage wurde der Wert der eingelegten Anteile anhand des Veräußerungserlöses bestimmt, den die neugegründete GmbH aus der Veräußerung der eingelegten GmbH-Anteile an einen fremden Dritten erzielte.

Der Käufer der Anteile verklagte die neugegründete GmbH erfolgreich auf Rückabwicklung des Kaufvertrags. Die neugegründete GmbH sowie der Gesellschafter persönlich als Gesamtschuldner wurden verurteilt, ihm den bei der Veräußerung gezahlten Kaufpreis zuzüglich Zinsen Zug um Zug gegen Rückabtretung und Rückübertragung der veräußerten GmbH-Anteile zu übertragen. Nach Ansicht des Finanzamts lagen die Voraussetzungen für eine Änderung des Steuerbescheids wegen eines rückwirkenden Ereignisses vor. Es änderte deshalb den Bescheid unter Aufhebung des Gewinns. Die Festsetzung von Erstattungszinsen lehnte das Finanzamt jedoch ab.

## Entscheidung

Die Klage vor dem Finanzgericht hatte Erfolg. Die Richter entschieden, dass die Voraussetzungen für eine Bescheidänderung nicht vorlagen. Der Vorgang stellte kein rückwirkendes Ereignis, sondern eine nachträglich wertaufhellende Tatsache dar.

Hat das Finanzamt jedoch trotzdem den bestandskräftigen Einkommensteuerbescheid unzutreffend wegen eines rückwirkenden Ereignisses geändert und die Besteuerung der verdeckten Einlage rückgängig gemacht, ohne dass tatsächlich die Voraussetzungen einer Korrekturvorschrift vorlagen, richtet sich die Verzinsung des Steuererstattungsbeitrages nach der Grundregel des § 233a Abs. 1 Satz 1 AO. Die Ausnahmeregelung für Änderungen bei rückwirkenden Ereignissen nach § 233a Abs. 2a AO fand hier keine Anwendung.

Die Begründung des Finanzgerichts: Es ist nicht darauf abzustellen, welche Änderungsnorm im Bescheid genannt wurde, sondern darauf, ob die formellen und materiellen Voraussetzungen für die Anwendung der Änderungsnorm tatsächlich objektiv vorlagen.

## 5. Wie wird eine Sachausschüttung einer Kapitalgesellschaft bewertet?

**Mit dieser Frage beschäftigte sich der Bundesfinanzhof und entschied, dass der Gegenstand einer Sachausschüttung einer Kapitalgesellschaft mit dem gemeinen Wert zu bewerten ist. Auf den Wertansatz im Gewinnverwendungsbeschluss kommt es nicht an.**

### Hintergrund

Mit dem Tod der Frau B im Jahr 1988 gingen Aktien der A-AG auf die gemeinnützige BA-Stiftung als Erbin über. Im Jahr 2002 erwarb die Stiftung alle Anteile an der GmbH und übertrug die Aktien (74 %) auf die GmbH. Im Jahr 2005 übertrug die GmbH die Aktien zum Buchwert wieder auf die Stiftung zurück.

Das Finanzamt wertete den Vorgang als Einlage der Stiftung in die GmbH, die sie mit dem Teilwert bewertete. Die Rückübertragung der Aktien im Jahr 2005 behandelte das Finanzamt als Sachausschüttung zum gemeinen Wert und nahm eine steuerbefreite verdeckte Gewinnausschüttung an. 5 % dieser verdeckten Gewinnausschüttung berücksichtigte es als nicht abzugsfähige Betriebsausgabe. Dementsprechend erhöhte sich das zu versteuernde Einkommen der GmbH.

Das Finanzgericht gab der Klage gegen die geänderten Steuer- und Feststellungsbescheide überwiegend statt. Die Begründung: Wegen des Rückwirkungsverbots war der Hinzurechnungsbetrag von 5 % dieses "Gewinns" auf die Wertsteigerungen der Aktien zu begrenzen, die sich zwischen dem 22.12.2003 (Gesetzesbeschluss zum sog. Korb-II-Gesetz) und dem Zeitpunkt der Rückübertragung ergaben.

### Entscheidung

Der Bundesfinanzhof hob das Finanzgerichtsurteil auf und wies die Klage ab. Die Rückübertragung des Aktienpakets auf die Stiftung erhöhte das Einkommen der GmbH. Die Aktien sind zum gemeinen Wert anzusetzen und die Differenz zum Buchwert dem Einkommen der GmbH außerbilanziell hinzuzurechnen.

Zur Begründung führen die obersten Finanzrichter aus: In der Rückübertragung lag keine verdeckte Gewinnausschüttung, sondern eine offene Gewinnausschüttung, da die Ausschüttung an die Stiftung auf einem ordnungsgemäßen Gewinnverwendungsbeschluss beruhte. Die Bewertung der offenen Gewinnausschüttung richtete sich nach dem gemeinen Wert. Das Buchwertprivileg fand keine Anwendung, da hier kein Entnahmetatbestand vorlag. Im Ergebnis erhöhte sich damit durch die Rückübertragung der Aktien im Wege einer offenen Gewinnausschüttung das Einkommen der GmbH. Dieser Betrag war zwar steuerfrei, unterlag jedoch der Schachtelstrafe.

Einen Verstoß der Schachtelstrafe gegen das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot konnte der Bundesfinanzhof im Gegensatz zum Finanzgericht nicht erkennen. Soweit belastende Rechtsfolgen einer Norm erst nach ihrer Verkündung eintreten, tatbestandlich aber von einem bereits ins Werk gesetzten Sachverhalt ausgelöst werden, liegt zwar

eine "unechte" Rückwirkung vor, dieser Fall war hier jedoch gar nicht gegeben. Die Regelung, nach der typischerweise 5 % der Veräußerungsgewinne als nichtabziehbare Betriebsausgaben gelten und einkommenserhöhend berücksichtigt werden, ohne dass der Nachweis niedrigerer Betriebsausgaben gestattet ist, bedeutet keine unechte Rückwirkung. Die Erhöhung des Einkommens der GmbH trat mit belastender Wirkung im Zeitpunkt der Entstehung der Körperschaftsteuer für das Jahr 2005, also am 31.12.2005, ein und damit nach der Verkündung der Rechtsänderung. Die Regelung greift nicht in einen vor der Verkündung der Gesetzesänderung ins Werk gesetzten Sachverhalt ein. Vielmehr handelte es sich bei dieser Regelung um eine Fiktion nichtabziehbarer Betriebsausgaben, die sich nur formal an den Wertsteigerungen der veräußerten Anteile orientiert, um die Höhe der Betriebsausgaben festzulegen.

## **6. Gewährleistungsrecht beim Kauf von GmbH-Geschäftsanteilen: Warum detaillierte vertragliche Regelungen unabdingbar sind**

**Bei dem Kauf von GmbH-Geschäftsanteilen handelt es sich grundsätzlich nicht um einen Sachkauf, sondern um einen Rechtskauf. Die Gewährleistungsrechte sind aber im Fall von Mängeln des von der GmbH betriebenen Unternehmens ausnahmsweise anwendbar, wenn der Erwerb sämtlicher oder nahezu sämtlicher Anteile und damit das Unternehmen selbst Gegenstand des Kaufvertrags ist.**

### **Hintergrund**

Die Klägerin und die Beklagte waren im Rahmen eines Joint Ventures zu jeweils 50 % an einer GmbH beteiligt. Nach Meinungsverschiedenheiten sollte das Joint Venture durch einen Verkauf der von der Beklagten gehaltenen Anteile an die Klägerin beendet werden. Nachdem die Transaktion abgewickelt war, forderte die Klägerin aufgrund eines Prüfberichts einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft u. a. die Rückerstattung des Kaufpreises. Infolge massiver Abgrenzungsfehler wies der für die Kaufpreisfindung maßgebliche Jahresabschluss deutlich zu hohe Umsatzerlöse aus. Bei Zugrundelegung der zutreffenden Unternehmenszahlen hätte sich ein Kaufpreis allenfalls von Null ergeben.

### **Entscheidung**

Vor dem Bundesgerichtshof hatte die Klägerin mit ihrer Revision letztlich doch Erfolg, nachdem die Vorinstanzen die Klage abgewiesen hatten. Zwar sieht das Gesetz die entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Kauf von Sachen nicht nur für den Kauf von Rechten, sondern ebenfalls für den Kauf sonstiger Gegenstände vor, worunter nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers auch der Kauf von Unternehmen oder Unternehmensteilen fallen. Unberührt davon bleibt jedoch der Umstand, dass beim Erwerb von Mitgliedschaftsrechten allein die betreffenden Geschäftsanteile den Kaufvertragsgegenstand bilden und Anknüpfungspunkt für die Gewährleistungsvorschriften darstellen. An dem von der GmbH betriebenen Unternehmen und den von diesem gehaltenen Sachwerten erwirbt ein Anteilskäufer kein unmittelbares Recht.

Eine Haftung für Mängel des Unternehmens selbst, z. B. eine Überschuldung, kommt dagegen in Betracht, wenn es sich bei dem Anteilskauf faktisch um den Kauf des ganzen Unternehmens handelt, der Käufer also sämtliche oder nahezu sämtliche Anteile an einem Unternehmen erwirbt.

Dieser Grundsatz gilt allerdings nicht für eine sukzessive, in mehreren Schritten erfolgte Übernahme der gesamten Geschäftsanteile. Eine Übernahme von lediglich 50 % der Anteile reicht nicht für die Annahme eines Sachkaufs. Dabei spielt es keine Rolle, ob wie im vorliegenden Fall der Käufer bereits Anteile an der Gesellschaft hält.

Schließlich stellt die Überschuldung auch keinen Rechtsmangel der verkauften Anteile dar. Der Bestand der Anteile wurde hierdurch nicht gefährdet.