

## Recht und Steuern aktuell

### Erläuterungen und Kommentare Ausgabe März 2009

Redaktionsschluss für den Mandantenbrief März 2009 war der 3. Februar 2009.

Ihre  
Redaktion Mandantenbrief

## Inhaltsverzeichnis

Termine März 2009	6	Steuerfreie Fahrtkostenvergütung für politische Mandatsträger	18
Termine April 2009	7	Unlösbar miteinander verknüpfte, aus gewerblichen und freiberuflichen Elementen bestehende Leistungspakete sind nicht aufteilbar	18
Zahlungsverzug: Höhe der Verzugszinsen	8	Verlustvortrag kann trotz rechtskräftigem Einkommensteuerbescheid festgestellt werden	19
Keine Unwirksamkeit einer tatsächlichen Verständigung durch nicht vorhergesehene Besteuerungsfolgen	9	Keine erweiterte Kürzung des Gewerbebeitrags einer grundstücksverwaltenden Personengesellschaft bei Verpachtung an ihren Gesellschafter	19
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Bekanntgabe eines vordatierten Steuerbescheids	9	Ausübung eines auf Grund eines Vermächtnisses bestellten dinglichen Vorkaufsrechts unterliegt der Grunderwerbsteuer	19
Arbeitgeber darf nicht gegen betriebliche Altersversorgungsansprüche seines Arbeitnehmers aufrechnen	10	Die entgeltliche Abtretung eines Angebots auf Abschluss eines Grundstückskaufvertrags unterliegt der Grunderwerbsteuer	20
Sozialplanabfindung darf bei vorgezogener Altersrente geringer sein	10	Angemessene Geschäftsführervergütung bei mehrfacher Geschäftsführertätigkeit	20
Videoüberwachung im Betrieb kann zulässig sein	11	Kommunales Krematorium als Betrieb gewerblicher Art	21
Schachtelprivileg gilt auch für US-amerikanische „S-Corporation“	11	Bei Mietrückstand werden Zahlungen auf die jeweils älteste Forderung angerechnet	21
Erbschaftsteuer des Schlusserben richtet sich nach dessen Verwandtschaftsverhältnis zum Erstverstorbenen	12	Mieter von Geschäftsräumen muss Vermieter über beabsichtigten Verkauf von Waren mit zweifelhaftem Ruf informieren	21
Abzugsfähigkeit von Rentenzahlungen beim Erwerb eines Vermietungsobjekts	12	Modernisierungsmaßnahmen sind dem Mieter vorher anzukündigen	22
Besteuerung der Altersrenten verfassungsmäßig	12	Abgrenzung von Lieferungen und sonstigen Leistungen bei der Abgabe von Speisen	22
Beim Anteilstausch bildet der gemeine Wert der erhaltenen Anteile den Veräußerungspreis der hingegebenen Anteile	13	Allgemeine Leistungen bei der Vermittlung von Fondsanteilen und Versicherungen sind nicht steuerfrei	23
Besteuerung von Grenzgängern in die Schweiz	13	Anforderungen an die Leistungsbeschreibung in einer Rechnung für Zwecke des Vorsteuerabzugs	23
Einkünfterzielungsabsicht bei Ferienwohnungen	14	Gutachtertätigkeit einer Krankenschwester für die Pflegeversicherung unterliegt der Umsatzsteuer	23
Gewinne aus gemischter Tätigkeit eines selbstständigen Ingenieurs können in freiberufliche und gewerbliche Einkünfte aufgeteilt werden	14	Keine steuerfreie Geschäftsveräußerung im Ganzen bei Verkauf eines noch zu bebauenden Grundstücks	24
Inanspruchnahme eines Gesellschafters aus einer für die Gesellschaft übernommenen Bürgschaft als nachträgliche Anschaffungskosten	14	Private Kfz-Nutzung: Besteuerung der unentgeltlichen Wertabgabe bei der Umsatzsteuer	24
Keine Beschränkung der Anerkennung von Pacht- oder Darlehensverträgen durch Vereinbarung abgekürzter Zahlungswege zwischen nahen Angehörigen	15	Sondermaßnahmen der Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung nach Ausbruch der Schweinepest führen nicht zu deren Unternehmereigenschaft	25
Keine Versteuerung des Nutzungsvorteils für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte mit einem Dienstfahrzeug bei Vorlage einer Jahres-Bahnfahrkarte	15	Toilettengroschen sind umsatzsteuerliches Entgelt	25
Nachzahlungszinsen keine Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen	16	Voraussetzungen der Änderung der Bemessungsgrundlage	25
Pauschalwertberichtigung auf Forderungen aus Lieferungen und Leistungen	16	Vorlage eines internationalen Zulassungsscheins und Ausfuhrkennzeichens zum Nachweis einer steuerfreien Ausfuhrlieferung nicht erforderlich	26
Pendlerpauschale und die Folgen	17		
Steuerliche Konsequenzen:	17		
Schulgeld für berufsbildende Schulen keine Sonderausgaben	18		

---

Ein mit „mein letzter Willi“ überschriebenes Testament muss nicht unwirksam sein	26	Recht des Auftraggebers zur Ablehnung der Mängelbeseitigung durch Werkunternehmer nach Fristsetzung	27
Hohe Anforderungen an das konkludente Zustandekommen eines Maklervertrags	26		

## Alphabetisches Inhaltsverzeichnis

Abgrenzung von Lieferungen und sonstigen Leistungen bei der Abgabe von Speisen .....	22	Keine steuerfreie Geschäftsveräußerung im Ganzen bei Verkauf eines noch zu bebauenden Grundstücks.....	24
Abzugsfähigkeit von Rentenzahlungen beim Erwerb eines Vermietungsobjekts.....	12	Keine Unwirksamkeit einer tatsächlichen Verständigung durch nicht vorhergesehene Besteuerungsfolgen .....	9
Allgemeine Leistungen bei der Vermittlung von Fondsanteilen und Versicherungen sind nicht steuerfrei .....	23	Keine Versteuerung des Nutzungsvorteils für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte mit einem Dienstfahrzeug bei Vorlage einer Jahres-Bahnfahrkarte .....	15
Anforderungen an die Leistungsbeschreibung in einer Rechnung für Zwecke des Vorsteuerabzugs.....	23	Kommunales Krematorium als Betrieb gewerblicher Art .....	21
Angemessene Geschäftsführervergütung bei mehrfacher Geschäftsführertätigkeit .....	20	Mieter von Geschäftsräumen muss Vermieter über beabsichtigten Verkauf von Waren mit zweifelhaftem Ruf informieren.....	21
Arbeitgeber darf nicht gegen betriebliche Altersversorgungsansprüche seines Arbeitnehmers aufrechnen .....	10	Modernisierungsmaßnahmen sind dem Mieter vorher anzukündigen .....	22
Ausübung eines auf Grund eines Vermächtnisses bestellten dinglichen Vorkaufsrechts unterliegt der Grunderwerbsteuer .....	19	Nachzahlungszinsen keine Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen .....	16
Bei Mietrückstand werden Zahlungen auf die jeweils älteste Forderung angerechnet.....	21	Pauschalwertberichtigung auf Forderungen aus Lieferungen und Leistungen.....	16
Beim Anteilstausch bildet der gemeine Wert der erhaltenen Anteile den Veräußerungspreis der abgegebenen Anteile.....	13	Pendlerpauschale und die Folgen .....	17
Besteuerung der Altersrenten verfassungsmäßig ..	12	Private Kfz-Nutzung - Besteuerung der unentgeltlichen Wertabgabe bei der Umsatzsteuer .....	24
Besteuerung von Grenzgängern in die Schweiz ...	13	Recht des Auftraggebers zur Ablehnung der Mängelbeseitigung durch Werkunternehmer nach Fristsetzung .....	27
Die entgeltliche Abtretung eines Angebots auf Abschluss eines Grundstückskaufvertrags unterliegt der Grunderwerbsteuer .....	20	Schachtelprivileg gilt auch für US-amerikanische "S-Corporation" .....	11
Ein mit "mein letzter Willi" überschriebenes Testament muss nicht unwirksam sein.....	26	Schulgeld für berufsbildende Schulen keine Sonderausgaben.....	18
Einkünfteerzielungsabsicht bei Ferienwohnungen .....	14	Sondermaßnahmen der Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung nach Ausbruch der Schweinepest führen nicht zu deren Unternehmereigenschaft .....	25
Erbschaftsteuer des Schlusserben richtet sich nach dessen Verwandtschaftsverhältnis zum Erstverstorbenen.....	12	Sozialplanabfindung darf bei vorgezogener Altersrente geringer sein.....	10
Gewinne aus gemischter Tätigkeit eines selbstständigen Ingenieurs können in freiberufliche und gewerbliche Einkünfte aufgeteilt werden.....	14	Steuerfreie Fahrtkostenvergütung für politische Mandatsträger .....	18
Gutachtertätigkeit einer Krankenschwester für die Pflegeversicherung unterliegt der Umsatzsteuer.....	23	Steuerliche Konsequenzen - .....	17
Hohe Anforderungen an das konkludente Zustandekommen eines Maklervertrags.....	26	Termine April 2009 .....	7
Inanspruchnahme eines Gesellschafters aus einer für die Gesellschaft übernommenen Bürgschaft als nachträgliche Anschaffungskosten.....	14	Termine März 2009 .....	6
Keine Beschränkung der Anerkennung von Pacht- oder Darlehensverträgen durch Vereinbarung abgekürzter Zahlungswege zwischen nahen Angehörigen.....	15	Toilettengroschen sind umsatzsteuerliches Entgelt .....	25
Keine erweiterte Kürzung des Gewerbeertrags einer grundstücksverwaltenden Personengesellschaft bei Verpachtung an ihren Gesellschafter.....	19	Unlösbar miteinander verknüpfte, aus gewerblichen und freiberuflichen Elementen bestehende Leistungspakete sind nicht aufteilbar .....	18
		Verlustvortrag kann trotz rechtskräftigem Einkommensteuerbescheid festgestellt werden ...	19
		Videoüberwachung im Betrieb kann zulässig sein.....	11
		Voraussetzungen der Änderung der Bemessungsgrundlage.....	25
		Vorlage eines internationalen Zulassungsscheins und Ausfuhrkennzeichens	

---

zum Nachweis einer steuerfreien  
Ausfuhrlieferung nicht erforderlich.....26

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei  
Bekanntgabe eines vordatierten  
Steuerbescheids ..... 9  
Zahlungsverzug - Höhe der Verzugszinsen ..... 8

## Termine März 2009

Bitte beachten Sie die folgenden Termine, zu denen die Steuern fällig werden:

Steuerart	Fälligkeit	Ende der Schonfrist bei Zahlung durch	
		Überweisung <sup>1</sup>	Scheck <sup>2</sup>
Lohnsteuer, Kirchensteuer, Solidaritätszuschlag <sup>3</sup>	10.3.2009	13.3.2009	6.3.2009
Kapitalertragsteuer, Solidaritätszuschlag	Ab dem 1.1.2005 ist die Kapitalertragsteuer sowie der darauf entfallende Solidaritätszuschlag zeitgleich mit einer Gewinnausschüttung an den Anteilseigner an das zuständige Finanzamt abzuführen.		
Einkommensteuer, Kirchensteuer, Solidaritätszuschlag	10.3.2009	13.3.2009	6.3.2009
Körperschaftsteuer, Solidaritätszuschlag	10.3.2009	13.3.2009	6.3.2009
Umsatzsteuer <sup>4</sup>	10.3.2009	13.3.2009	6.3.2009
Sozialversicherung <sup>5</sup>	27.3.2009	entfällt	entfällt

<sup>1</sup> Umsatzsteuervoranmeldungen und Lohnsteueranmeldungen müssen grundsätzlich bis zum 10. des dem Anmeldezeitraum folgenden Monats (auf elektronischem Weg) abgegeben werden. Fällt der 10. auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag, ist der nächste Werktag der Stichtag. Bei einer Säumnis der Zahlung bis zu drei Tagen werden keine Säumniszuschläge erhoben. Eine Überweisung muss so frühzeitig erfolgen, dass die Wertstellung auf dem Konto des Finanzamts am Tag der Fälligkeit erfolgt.

<sup>2</sup> Bei Zahlung durch Scheck ist zu beachten, dass die Zahlung erst drei Tage nach Eingang des Schecks beim Finanzamt als erfolgt gilt. Es sollte stattdessen eine Einzugsermächtigung erteilt werden.

<sup>3</sup> Für den abgelaufenen Monat.

<sup>4</sup> Für den abgelaufenen Monat; bei Dauerfristverlängerung für den vorletzten Monat.

<sup>5</sup> Die Fälligkeitsregelungen der Sozialversicherungsbeiträge sind einheitlich auf den drittletzten Bankarbeitstag des laufenden Monats vorgezogen worden. Um Säumniszuschläge zu vermeiden, empfiehlt sich das Lastschriftverfahren. Bei allen Krankenkassen gilt ein einheitlicher Abgabetermin für die Beitragsnachweise. Diese müssen bis spätestens zwei Arbeitstage vor Fälligkeit (d. h. am 24.3.2009) an die jeweilige Einzugsstelle übermittelt werden. Wird die Lohnbuchführung durch extern Beauftragte erledigt, sollten die Lohn- und Gehaltsdaten etwa 10 Tage vor dem Fälligkeitstermin an den Beauftragten übermittelt werden. Dies gilt insbesondere, wenn die Fälligkeit auf einen Montag oder auf einen Tag nach Feiertagen fällt.

## Termine April 2009

Bitte beachten Sie die folgenden Termine, zu denen die Steuern fällig werden:

Steuerart	Fälligkeit	Ende der Schonfrist bei Zahlung durch	
		Überweisung <sup>1</sup>	Scheck <sup>2</sup>
Lohnsteuer, Kirchensteuer, Solidaritätszuschlag <sup>3</sup>	14.4.2009	17.4.2009	9.4.2009
Kapitalertragsteuer, Solidaritätszuschlag	Ab dem 1.1.2005 ist die Kapitalertragsteuer sowie der darauf entfallende Solidaritätszuschlag zeitgleich mit einer erfolgten Gewinnausschüttung an den Anteilseigner an das zuständige Finanzamt abzuführen.		
Umsatzsteuer <sup>4</sup>	14.4.2009	17.4.2009	9.4.2009
Sozialversicherung <sup>5</sup>	28.4.2009	entfällt	entfällt

<sup>1</sup> Umsatzsteuervoranmeldungen und Lohnsteueranmeldungen müssen grundsätzlich bis zum 10. des dem Anmeldezeitraum folgenden Monats (auf elektronischem Weg) abgegeben werden. Fällt der 10. auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag, ist der nächste Werktag der Stichtag. Bei einer Säumnis der Zahlung bis zu drei Tagen werden keine Säumniszuschläge erhoben. Eine Überweisung muss so frühzeitig erfolgen, dass die Wertstellung auf dem Konto des Finanzamts am Tag der Fälligkeit erfolgt.

<sup>2</sup> Bei Zahlung durch Scheck ist zu beachten, dass die Zahlung erst drei Tage nach Eingang des Schecks beim Finanzamt als erfolgt gilt. Es sollte stattdessen eine Einzugsermächtigung erteilt werden.

<sup>3</sup> Für den abgelaufenen Monat, bei Vierteljahreszahlern für das abgelaufene Kalendervierteljahr.

<sup>4</sup> Für den abgelaufenen Monat; bei Dauerfristverlängerung für den vorletzten Monat, bei Vierteljahreszahlern ohne Fristverlängerung für das abgelaufene Kalendervierteljahr.

<sup>5</sup> Die Fälligkeitsregelungen der Sozialversicherungsbeiträge sind einheitlich auf den drittletzten Bankarbeitstag des laufenden Monats vorgezogen worden. Um Säumniszuschläge zu vermeiden, empfiehlt sich das Lastschriftverfahren. Bei allen Krankenkassen gilt ein einheitlicher Abgabetermin für die Beitragsnachweise. Diese müssen dann bis spätestens zwei Arbeitstage vor Fälligkeit (d. h. am 23.4.2009) an die jeweilige Einzugsstelle übermittelt werden. Wird die Lohnbuchführung durch extern Beauftragte erledigt, sollten die Lohn- und Gehaltsdaten etwa 10 Tage vor dem Fälligkeitstermin an den Beauftragten übermittelt werden. Dies gilt insbesondere, wenn die Fälligkeit auf einen Montag oder auf einen Tag nach Feiertagen fällt.

## Zahlungsverzug: Höhe der Verzugszinsen

Der Gläubiger kann nach dem Eintritt der Fälligkeit seines Anspruchs den Schuldner durch eine Mahnung in Verzug setzen.<sup>1</sup> Der Mahnung gleichgestellt sind die Klageerhebung sowie der Mahnbescheid.<sup>2</sup>

Einer Mahnung bedarf es nicht, wenn

- für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist,
- die Leistung an ein vorausgehendes Ereignis anknüpft,
- der Schuldner die Leistung verweigert,
- besondere Gründe den sofortigen Eintritt des Verzugs rechtfertigen.<sup>3</sup>

Bei Entgeltforderungen tritt Verzug spätestens 30 Tage nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung ein; dies gilt gegenüber einem Schuldner, der Verbraucher ist, allerdings nur, wenn hierauf in der Rechnung besonders hingewiesen wurde.<sup>4</sup>

Im Streitfall muss allerdings der Gläubiger den Zugang der Rechnung (nötigenfalls auch den darauf enthaltenen Verbraucherhinweis) bzw. den Zugang der Mahnung beweisen.

Während des Verzugs ist eine Geldschuld zu verzinsen.<sup>5</sup> Der Verzugszinssatz beträgt für das Jahr fünf Prozentpunkte bzw. für Rechtsgeschäfte, an denen Verbraucher nicht beteiligt sind, acht Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.<sup>6</sup>

Der Basiszinssatz verändert sich zum 1. Januar und 1. Juli eines jeden Jahres um die Prozentpunkte, um welche die Bezugsgröße seit der letzten Veränderung des Basiszinssatzes gestiegen oder gefallen ist. Bezugsgröße ist der Zinssatz für die jüngste Hauptrefinanzierungsoperation der Europäischen Zentralbank vor dem ersten Kalendertag des betreffenden Halbjahres.<sup>7</sup>

Aktuelle Basis- bzw. Verzugszinssätze ab 1.1.2007:

Zeitraum	Basiszinssatz	Verzugszinssatz	Verzugszinssatz für Rechtsgeschäfte ohne Verbraucherbeteiligung
1.1. bis 30.6.2007	2,70 %	7,70 %	10,70 %
1.7. bis 31.12.2007	3,19 %	8,19 %	11,19 %
1.1. bis 30.6.2008	3,32 %	8,32 %	11,32 %
1.7. bis 31.12.2008	3,19 %	8,19 %	11,19 %
1.1. bis 30.6.2009	1,62 %	6,62 %	9,62 %

<sup>1</sup> § 286 Abs. 1 S. 1 BGB.

<sup>2</sup> § 286 Abs. 1 S. 2 BGB.

<sup>3</sup> § 286 Abs. 2 BGB.

<sup>4</sup> § 286 Abs. 3 S. 1 BGB.

<sup>5</sup> § 288 Abs. 1 S. 1 BGB.

<sup>6</sup> § 288 Abs. 1 S. 2 bzw. Abs. 2 BGB.

<sup>7</sup> § 247 Abs. 1 S. 2, 3 BGB.

## **Keine Unwirksamkeit einer tatsächlichen Verständigung durch nicht vorhergesehene Besteuerungsfolgen**

Die grundsätzliche Zulässigkeit von tatsächlichen Verständigungen ist durch die Rechtsprechung anerkannt. Ihr Zweck ist es, einen möglichst zutreffenden Besteuerungssachverhalt einvernehmlich festzulegen. Das gilt für Sachverhalte, deren Klärung schwierig, aber zur Festsetzung der Steuer notwendig ist. Eine Bindungswirkung für solche Vereinbarungen setzt voraus, dass es sich um zu lösende Sachverhalts-, nicht aber um Rechtsfragen handelt. Außerdem müssen weitere Voraussetzungen erfüllt sein:

- Der Sachverhalt muss ein Problem der Vergangenheit betreffen.
- Die Entscheidung darf zu keinem offensichtlich unzutreffenden Ergebnis führen.
- Ein für die Entscheidung über die Steuerfestsetzung zuständiger Amtsträger muss an dem Verständigungsverfahren beteiligt sein.

Eine diesen Grundsätzen entsprechende tatsächliche Verständigung verliert nach einem Urteil des Bundesfinanzhofs<sup>1</sup> nicht später ihre Wirksamkeit dadurch, dass sie zu einer von einem Beteiligten nicht vorhergesehenen Besteuerungsfolge führt. Das gilt auch, wenn die vor dem Abschluss der Verständigung offen gelegten Beweggründe ein anderes Ziel bezweckten. Etwas anderes könnte sich nur für den Fall ergeben, dass die Beteiligten punktuell einen ausdrücklichen Vorbehalt vereinbart hätten.

In dem Urteilsfall ging es um den Zeitpunkt einer Grundstücksübertragung und seine Bewertung beim Übergang von einem auf einen anderen Rechtsträger. Damit handelte es sich um eine der tatsächlichen Verständigung zugängliche Sachverhaltsfrage. Der Unternehmer hatte sich beim Abschluss der Vereinbarung über die tatsächliche Verständigung von der Steuerneutralität des Übertragungsvorgangs leiten lassen, dies war eine Rechtsfrage. Sie wurde durch ein nach dem Abschlussstichtag verkündetes Urteil des Bundesfinanzhofs nicht im Sinne des Unternehmers geklärt. Da die Vereinbarung über die tatsächliche Verständigung in dieser Hinsicht auch keinen Vorbehalt enthielt, konnte sie ihre Wirksamkeit nachträglich nicht mehr verlieren.

## **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Bekanntgabe eines vordatierten Steuerbescheids**

Wird eine Rechtsbehelfsfrist unverschuldet, z. B. bei längerer Krankheit, verpasst, besteht sehr eingeschränkt die Möglichkeit der „Wiedereinsetzung in den vorigen Stand“. Stimmt die Finanzverwaltung dem Antrag zu, kann das Rechtsbehelfsverfahren auch nach Ablauf der Rechtsbehelfsfrist geführt werden.

Einen solchen Fall hatte der Bundesfinanzhof<sup>2</sup> zu behandeln:

Einem Ehepaar wurden Steuerbescheide mit Datum vom 14.11. per Postzustellungsurkunde bereits am 7.11. zugestellt. Gegen die Steuerbescheide legte das Ehepaar erst am 14.12. des gleichen Jahres Einspruch ein. Am 14.3. des Folgejahres beantragte das Ehepaar Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Während die Rechtsbehelfe beim Finanzamt und beim Finanzgericht keinen Erfolg hatten, entschied der Bundesfinanzhof, dass Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren war. Steuerbescheide werden auch dann wirksam bekannt gegeben, wenn sie vor dem in den Bescheiden angegebenen Datum zugestellt werden. Nach der Verwaltungspraxis werden Steuerbescheide nicht vor dem in Steuerbescheiden angegebenen Datum bekannt gegeben. Auch könne dem Ehepaar nicht vorgeworfen werden, dass es für die Fristberechnung das im Bescheid angegebene Datum gewählt habe.

**Hinweis:** Steuerbescheide sollten grundsätzlich zusammen mit dem Briefumschlag aufbewahrt und ggf. sofort nach Eingang dem Steuerberater zur Prüfung eingereicht werden.

<sup>1</sup> BFH, Urt. v. 8.10.2008, I R 63/07, DB 2009, S. 42, DStR 2008, S. 2477, LEXinform 0588601.

<sup>2</sup> BFH, Urt. v. 20.11.2008, III R 66/07, LEXinform 0588774.

## **Arbeitgeber darf nicht gegen betriebliche Altersversorgungsansprüche seines Arbeitnehmers aufrechnen**

Wenn ein Arbeitgeber, der Altersversorgungsansprüche eines Arbeitnehmers zu erfüllen hat, von einem Dritten Ansprüche gegen den Arbeitnehmer nur deshalb käuflich erwirbt, um mit diesen gegen die Altersversorgungsansprüche des Arbeitnehmers aufrechnen<sup>1</sup> zu können, so handelt er rechtsmissbräuchlich<sup>2</sup> mit der Folge, dass eine solche Aufrechnung unwirksam ist. Dies hat das Landesarbeitsgericht München<sup>3</sup> entschieden.

Dem lag der Fall eines Vertriebsdirektors zu Grunde, der durch langjährige Tätigkeit Altersversorgungsansprüche gegen einen Konzern erworben hatte, dann aber wegen Differenzen mit seinem bisherigen Arbeitgeber zu einem anderen Unternehmen wechselte. Diesem Unternehmen standen Ansprüche aus einer Bürgschaft gegen den Arbeitnehmer zu. Der Konzern kaufte diese Ansprüche und erklärte anschließend gegenüber dem Arbeitnehmer eine Aufrechnung mit dessen Altersversorgungsansprüchen. Zu Unrecht, wie das Gericht entschied. Zwar habe an sich eine Aufrechnungslage bestanden und sei der Forderungskauf für sich genommen weder sittenwidrig<sup>4</sup> noch aus anderen Gründen rechtsunwirksam. Die von dem Konzern vorgenommene Aufrechnung scheitere aber daran, dass sie in einer gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßenden Weise zweckwidrig zur Beseitigung der Betriebsrentenansprüche des Arbeitnehmers verwendet wurde.

Es sei kein nachvollziehbares wirtschaftliches Eigeninteresse des Konzerns an der Vornahme der Aufrechnung zu erkennen. Es habe dem Konzern gleichgültig sein können, ob die für die Erfüllung des Betriebsrentenanspruchs erforderlichen Beträge an den Kläger oder als Kaufpreis an das abtretende Unternehmen gezahlt wurden. Die Verhaltensweise des Konzerns könne nur dadurch erklärt werden, dass er der Verpflichtung zur Leistung der betrieblichen Altersversorgung allein deshalb entgehen wollte, weil es dieser betreffende Arbeitnehmer war, demgegenüber die Verpflichtung bestand. Berücksichtige man, dass die betriebliche Altersversorgung den Zweck hat, als zusätzliche, gewissermaßen verzögerte Entgeltleistung die Arbeitsleistung eines Arbeitnehmers zu entlohnen und ihm auch während seines Ruhestands einen Lebensstandard zu ermöglichen, der möglichst nahe an den während seiner aktiven Zeit bestehenden Lebensstandard heranreicht, erschließe sich, dass die Vereitelung solcher Ansprüche von Seiten des Konzerns durch aktives Tun treuwidrig war. Das Verhalten des Konzerns werde der besonderen Funktion der betrieblichen Altersversorgung nicht gerecht, die u. a. zu einer gesteigerten Rücksichtnahmepflicht des Ruhegehaltsverpflichteten führt.

## **Sozialplanabfindung darf bei vorgezogener Altersrente geringer sein**

Ein Sozialplan sah geringere Abfindungen für solche Arbeitnehmer vor, die im unmittelbaren Anschluss an die Beendigung des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf vorgezogene Altersrente hatten. Hiergegen klagte ein betroffener Arbeitnehmer. Allerdings hatte er vor dem Bundesarbeitsgericht<sup>5</sup> keinen Erfolg.

Das Gericht stellte fest, dass die Betriebsparteien in Sozialplänen geringere Abfindungsansprüche für solche Arbeitnehmer vorsehen dürfen, die Anspruch auf vorgezogene Altersrente haben. Hierin liege keine Verletzung des betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes und auch kein Verstoß gegen das Verbot, Personen wegen ihres Alters, ihres Geschlechts oder einer Schwerbehinderung zu benachteiligen. Sozialplanabfindungen komme eine zukunftsbezogene Ausgleichs- und Überbrückungsfunktion zu.<sup>6</sup> Dementsprechend dürften bei der Beurteilung des Umfangs der voraussichtlichen Nachteile Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung berücksichtigt werden.

<sup>1</sup> § 387 BGB.

<sup>2</sup> § 242 BGB.

<sup>3</sup> LAG München, Urt. v. 30.10.2008, 3 Sa 480/08, LEXinform 1411342.

<sup>4</sup> § 138 BGB.

<sup>5</sup> BAG, Urt. v. 11.11.2008, 1 AZR 457/07, Pressemitteilung 88/08, LEXinform 0174718.

<sup>6</sup> § 112 Abs. 1 S. 2 BetrVG.

## ***Videoüberwachung im Betrieb kann zulässig sein***

Arbeitgeber und Betriebsrat sind grundsätzlich befugt, eine Videoüberwachung im Betrieb einzuführen. Dabei haben sie das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer zu beachten,<sup>1</sup> die nicht grundlos beobachtet werden dürfen. Eingriffe in die Rechte der Arbeitnehmer müssen durch schutzwürdige Belange des Arbeitgebers oder anderer Personen gerechtfertigt sein. Dabei kommt es auf eine Gesamtabwägung an. Das Eigentumsrecht geht nicht automatisch den Persönlichkeitsrechten der Arbeitnehmer vor. Insofern gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dieser verlangt, dass die getroffene Regelung über die Videoüberwachung geeignet, erforderlich und unter Berücksichtigung der Rechte der Arbeitnehmer angemessen ist, um den erstrebten Zweck zu erreichen. Von besonderer Bedeutung ist dabei die Eingriffsintensität. Sie hängt u. a. von der Anzahl der beobachteten Personen, der Art und Dauer der Überwachung sowie davon ab, ob die Betroffenen einen zurechenbaren Anlass für ihre Beobachtung gesetzt haben.

Im konkreten Fall billigte das Bundesarbeitsgericht<sup>2</sup> eine Betriebsvereinbarung zum Einsatz einer stationären Videoanlage in einem Briefzentrum. Dort waren immer wieder Postsendungen verschwunden. Die Betriebsvereinbarung sah vor, dass die Videoanlage im Innenbereich nur betrieben werden durfte, wenn ein personenbezogener Verdacht einer strafbaren Handlung bestand. Über entsprechende Feststellungen war der Betriebsrat vor Einsatz der Videoanlage zu informieren. Auswertungen von Aufzeichnungen durften nur aus Anlass und zur Aufklärung von Beschädigungen, Verlusten oder Inhaltsschmälerungen von Sendungen erfolgen, die den Verdacht auf eine strafbare Handlung im Briefzentrum rechtfertigten. Aufgezeichnete Bilddaten waren spätestens 60 Tage nach der Herstellung zu löschen, es sei denn, sie wurden zur Beweissicherung benötigt. Das Gericht sah den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit durch diese Regelungen als gewahrt an.

## ***Schachtelprivileg gilt auch für US-amerikanische „S-Corporation“***

Eine US-amerikanische Kapitalgesellschaft (A-Inc.) hatte für sich in den USA die Besteuerung nach Personengesellschaftsgrundsätzen beantragt. Sie wurde dadurch steuerlich als S-Corporation, eine Kapitalgesellschaft besonderer Art, geführt. Dies hatte zur Folge, dass sie selbst nicht körperschaftsteuerpflichtig war. Die Einkünfte wurden direkt bei den in den USA ansässigen Gesellschaftern besteuert.

Die A-Inc. war zu 50 % an einer deutschen GmbH beteiligt. Sie hielt damit eine Schachtelbeteiligung (Mindestbeteiligung von 10 % der stimmberechtigten Anteile). Die GmbH schüttete für die Jahre 2004 und 2005 Gewinne an ihre Gesellschafter aus. Dabei behielt sie 25 % Kapitalertragsteuer ein. Die A-Inc. beantragte beim Bundeszentralamt für Steuern eine Reduzierung der Kapitalertragsteuer auf 5 % und Erstattung der darüber hinausgehenden Beträge. Der Antrag wurde mit der Begründung abgelehnt, dass der Gesellschaft als „Quasipersonengesellschaft“ nur ein Anspruch auf Ermäßigung der Abzugsteuern um 10 % auf dann 15 % zustehe.

Nach einem Urteil des Bundesfinanzhofs<sup>3</sup> hat die US-amerikanische Kapitalgesellschaft einen Anspruch auf Erstattung der einbehaltenen und abgeführten Kapitalertragsteuer bis auf eine endgültige Sockelbelastung von 5 %. Für die Frage, ob es sich um eine US-amerikanische Kapitalgesellschaft handelt, ist auf das Recht der Vereinigten Staaten von Amerika abzustellen. Die dortige Möglichkeit für Kapitalgesellschaften, wie eine Personengesellschaft besteuert zu werden, ändert nichts an der Betrachtungsweise.

<sup>1</sup> § 75 Abs. 2 S. 1 BetrVG i. V. m. Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG.

<sup>2</sup> BAG, Beschl. v. 26.8.2008, 1 ABR 16/07, DB 2008, S. 2144, LEXinform 1550530.

<sup>3</sup> BFH, Urt. v. 20.8.2008, I R 39/07, BFH/NV 2009, S. 71, LEXinform 0588363.

### ***Erbschaftsteuer des Schlusserben richtet sich nach dessen Verwandtschaftsverhältnis zum Erstverstorbenen***

Nichte N war durch Erbvertrag zwischen ihrem Onkel O und dessen Frau E als sog. Schlusserbin des Vermögens von O eingesetzt worden. Als O starb, beerbte ihn zunächst E. Nach deren Tod erbte N die Hälfte des Vermögens als Schlusserbin, während Verwandte der E die andere Hälfte erhielten. Bei der Erbschaftsteuerberechnung ging das Finanzamt davon aus, dass N je zur Hälfte von O und E geerbt hatte. Weil N die Tochter des Bruders von O war, hatte sie im Verhältnis zu ihm die günstigere Erbschaftsteuerklasse II, zur E aber die ungünstigere Steuerklasse III. N meinte, sie habe nur von ihrem Onkel geerbt und beantragte die Besteuerung nach Steuerklasse II.

Der Bundesfinanzhof<sup>1</sup> gab ihr Recht, weil N kein Vermögen der E geerbt hatte, sondern ausschließlich Schlusserbin des Vermögens von O war. Deshalb wurde N sowohl der höhere Freibetrag als auch der niedrigere Steuersatz gewährt.

**Hinweis:** Nach dem Erbschaftsteuerrecht ab 2009 gelten in Steuerklasse II und III die selben Freibeträge und Steuersätze.

### ***Abzugsfähigkeit von Rentenzahlungen beim Erwerb eines Vermietungsobjekts***

Zahlt der Erwerber eines Vermietungsobjekts dem Veräußerer eine Rente mit einer Mindestlaufzeit, hängt der Werbungskostenabzug davon ab, ob die Merkmale einer Leibrente oder von Kaufpreisraten überwiegen. Eine einheitlich zu zahlende Rente ist nicht in eine die Mindestlaufzeit betreffende Zeit- und im Übrigen in eine Leibrente aufzuteilen. Hängt die Laufzeit der Rente von der voraussichtlichen Lebenserwartung des Berechtigten ab, ist grundsätzlich von einer Leibrente auszugehen. Das gilt auch, wenn die durchschnittliche Lebenserwartung des Berechtigten die vereinbarte Mindestlaufzeit für eine Rente um mehr als das Doppelte übersteigt. Die von der Lebensdauer einer Person abhängige Rente enthält in jedem Fall eine Wagniskomponente, die bei einem vorausbestimmten Leistungsvolumen (Kaufpreisraten) ausgeschaltet ist. Diese Grundsätze ergeben sich aus einem Urteil des Bundesfinanzhofs.<sup>2</sup>

Damit sind lebenslange Rentenzahlungen als Gegenleistungen für den Erwerb eines vermieteten Grundstücks nur mit ihrem Ertragsanteil als Werbungskosten abzugsfähig. Das gilt auch, wenn die Vertragsparteien eine Wertsicherungsklausel vereinbart haben.

### ***Besteuerung der Altersrenten verfassungsmäßig***

Zum 1. Januar 2005 ist die Besteuerung der Alterseinkünfte neu geregelt worden. Renten aus der gesetzlichen Rentenversicherung sowie aus berufsständischen Versorgungswerken werden ab 2040 voll besteuert. Bis dahin wird der steuerpflichtige Anteil der Renten jährlich erhöht. Dabei richtet sich die Höhe des steuerpflichtigen Rentenanteils nach dem Jahr des Renteneintritts.

Der Bundesfinanzhof<sup>3</sup> hat entschieden, dass die vom Gesetzgeber vorgenommene Umstellung auf das System der nachgelagerten Besteuerung verfassungsgemäß ist. Dem Gesetzgeber müsse bei der Regelung komplexer Sachverhalte eine gröbere Typisierung und Generalisierung zugestanden werden.

<sup>1</sup> BFH, Urt. v. 27.8.2008, II R 23/06, BFH/NV 2009, S. 83, DStR 2008, S. 2472, LEXinform 0587323.

<sup>2</sup> BFH, Urt. v. 19.8.2008, IX R 56/07, LEXinform 0588557.

<sup>3</sup> BFH, Urt. v. 26.11.2008, X R 15/07, DStR 2009, S. 32, LEXinform 0588247.

### **Beim Anteilstausch bildet der gemeine Wert der erhaltenen Anteile den Veräußerungspreis der hingegebenen Anteile**

Veräußert der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft seine Anteile und erhält dafür vom Erwerber Anteile an einer anderen Gesellschaft (Anteilstausch), stellt sich die Frage nach der Ermittlung des Veräußerungspreises. Bei einem Anteilstausch ist der Veräußerungspreis der Wert der Anteile, die der Erwerber im Gegenzug hingibt. Diese Anteile sind nach einer Entscheidung des Bundesfinanzhofs<sup>1</sup> mit ihrem gemeinen Wert zu bewerten. Dabei ist eine Veräußerungsbeschränkung wertmindernd zu berücksichtigen, wenn sie in den Anteilen selbst gründet und für alle Verfügungsberechtigten gilt.

Im zu Grunde liegenden Fall war ein Gesellschafter zu 100 % an einer GmbH beteiligt und veräußerte seine Anteile an einen Erwerber, der eine amerikanische Muttergesellschaft hatte. Als Gegenleistung erhielt der Gesellschafter nicht an der Börse notierte Stammaktien der amerikanischen Muttergesellschaft. Die Vertragsparteien vereinbarten die Anwendung amerikanischen Rechts. Danach unterlagen die erhaltenen Stammaktien einer einjährigen Veräußerungssperre. Der Bundesfinanzhof entschied, dass die nicht an der Börse notierten Stammaktien mit ihrem gemeinen Wert zu bewerten seien, der grundsätzlich vom Kurs der an der Börse gehandelten Aktien der amerikanischen Muttergesellschaft abzuleiten ist. Die vom amerikanischen Recht auferlegte einjährige Veräußerungssperre sei jedoch als Minderwert bei der Bewertung der erhaltenen Stammaktien zu berücksichtigen. Die gesetzliche Veräußerungssperre gelte nämlich für alle Aktionäre mit nicht notierten Stammaktien der amerikanischen Muttergesellschaft und sei damit in den Stammaktien selbst, nicht aber in der Person des Aktionärs angelegt. Das erstinstanzliche Finanzgericht muss nun über den Wertabschlag entscheiden.

**Hinweis:** Hätte der Bundesfinanzhof entschieden, dass allein schon die Vereinbarung amerikanischen Rechts durch die Vertragsparteien für die Veräußerungssperre maßgebend wäre, hätte es sich um sog. persönliche Verhältnisse der Vertragsparteien gehandelt. Dann hätte per Gesetz kein Bewertungsabschlag erfolgen dürfen.

### **Besteuerung von Grenzgängern in die Schweiz**

Nach dem Doppelbesteuerungsabkommen mit der Schweiz steht das Besteuerungsrecht bei Grenzgängern grundsätzlich der Bundesrepublik Deutschland zu. Der Arbeitslohn ist aber in der Schweiz zu versteuern, wenn der Arbeitnehmer mehr als 60-mal im Jahr aus beruflichen Gründen nach Arbeitsende nicht nach Hause zurückkehren kann. Die Steuerfreiheit in Deutschland ist also von der Anzahl der „Nichtrückkehrtage“ abhängig. Deutlich wird das in einem vom Bundesfinanzhof<sup>2</sup> entschiedenen Fall.

Eine in Deutschland ansässige Sozialarbeiterin arbeitete mit Drogensüchtigen in der Schweiz. Dabei wurde eine Gruppe von Jugendlichen rund um die Uhr betreut. Während einer 15-tägigen Maßnahme hatte jeder Betreuer Anspruch auf zwei Pausen von 24 bis 48 Stunden. Die Sozialarbeiterin verbrachte diese Pausen vor Ort in der Schweiz. Da der Arbeitgeber mehr als 60 Arbeitstage in der Schweiz bescheinigt hatte, erklärte sie die Einkünfte aus der Tätigkeit in Deutschland nicht. Das Finanzamt beurteilte dies anders und besteuerte den Arbeitslohn.

Der Bundesfinanzhof hat dies bestätigt und entschieden, dass in solchen Fällen die Zählung der „Nichtrückkehrtage“ nicht an die einzelnen Arbeitstage, sondern an die gesamte Arbeitseinheit anknüpft. Diese ist in Fällen des Schicht- oder Bereitschaftsdienstes gegebenenfalls mehrtätig.

<sup>1</sup> BFH, Urt. v. 28.10.2008, IX R 96/07, BFH/NV 2009, S. 69, LEXinform 0588680.

<sup>2</sup> BFH, Urt. v. 27.8.2008, I R 10/07, BFH/NV 2009, S. 74, LEXinform 0588053.

### ***Einkünfteerzielungsabsicht bei Ferienwohnungen***

Bei einer auf Dauer angelegten Wohnungsvermietung wird grundsätzlich von einer Einkünfteerzielungsabsicht ausgegangen. Das Gleiche gilt für Ferienwohnungen, die ausschließlich an Fremde vermietet und nicht selbst genutzt werden. Wird eine Ferienwohnung nicht durchweg im ganzen Jahr vermietet, so kommt es darauf an, ob die ortsübliche Vermietungszeit um nicht mehr als 25 % unterschritten wird. Liegen diese Voraussetzungen vor, trägt das Finanzamt die Beweislast für eine fehlende Einkünfteerzielungsabsicht.

Dem Bundesfinanzhof<sup>1</sup> wurde ein Fall vorgelegt, in dem es um erhebliche Verluste aus der Vermietung einer Ferienwohnung ging. Da keine Vergleichszahlen zu ortsüblichen Vermietungszeiten vorgelegt werden konnten, lehnte das Finanzamt die Berücksichtigung der Verluste ab. Dies sei ohne weiteres so nicht gerechtfertigt, entschied das Gericht. Wenn keine Vergleichszahlen vorliegen, liegt die Beweislast für die Einkünfteerzielungsabsicht grundsätzlich beim Vermieter. Kann dieser jedoch selbst ortsübliche Zeiten nachweisen und sind die oben dargestellten Kriterien erfüllt, ist von einer Einkünfteerzielungsabsicht auszugehen.

### ***Gewinne aus gemischter Tätigkeit eines selbstständigen Ingenieurs können in freiberufliche und gewerbliche Einkünfte aufgeteilt werden***

Der selbstständige Ingenieur A hatte Ingenieur B angestellt. Beide betreuten jeweils Großprojekte, wobei eine strikte Aufgaben- und Verantwortungstrennung vereinbart worden war. Weil A nicht für sämtliche Aufträge seines Unternehmens eigenverantwortlich tätig gewesen war, stufte das Finanzamt seine Gewinne insgesamt als gewerbliche Einkünfte ein und setzte entsprechende Gewerbesteuermessbeträge fest.

Nach dem Urteil des Bundesfinanzhofs<sup>2</sup> sind die Gewinne nur insoweit gewerbesteuerpflichtig, als sie durch B erzielt wurden. Die Gewinne aus den von A betreuten Projekten sind den Einkünften aus selbstständiger Tätigkeit zuzuordnen. Die jeweiligen Anteile können geschätzt werden.

### ***Inanspruchnahme eines Gesellschafters aus einer für die Gesellschaft übernommenen Bürgschaft als nachträgliche Anschaffungskosten***

Ob die Inanspruchnahme aus einer Bürgschaft zu steuerwirksamen nachträglichen Anschaffungskosten von Gesellschaftsanteilen führt, hängt von verschiedenen Voraussetzungen ab. Dies macht folgender Fall deutlich:

Eine wesentlich beteiligte GmbH-Gesellschafterin hatte gegenüber einer Bank kurz nach Gründung der Gesellschaft eine Bürgschaftserklärung abgegeben. Danach haftete sie für Verbindlichkeiten in Höhe bis zu 25.000 € selbstschuldnerisch. Die Bürgschaftsübernahme erfolgte unentgeltlich und ohne Einräumung von Sicherheiten. Nach Insolvenzeröffnung nahm die Bank die Gesellschafterin aus der Bürgschaft in Anspruch. Diese wiederum machte in Höhe des Bürgschaftsbetrags entsprechende Verluste in ihrer Steuererklärung geltend.

Der Bundesfinanzhof<sup>3</sup> hat die Berücksichtigung dieser Verluste abgelehnt. Nach Feststellung des Gerichts befand sich die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Übernahme der Bürgschaft weder in einer Krise noch sei die Bürgschaftsübernahme krisenbestimmt gewesen. Nur unter diesen Voraussetzungen können solche Aufwendungen als nachträgliche Anschaffungskosten berücksichtigt werden.

<sup>1</sup> BFH, Urt. v. 19.8.2008, IX R 39/07, DB 2008, S. 2809, LEXinform 0588433.

<sup>2</sup> BFH, Urt. v. 8.10.2008, VIII R 53/07, BFH/NV 2009, S. 80, DB 2008, S. 2684, LEXinform 0588731.

<sup>3</sup> BFH, Urt. v. 22.4.2008, IX R 75/06, BFH/NV 2008, S. 1994, LEXinform 0588699.

### ***Keine Beschränkung der Anerkennung von Pacht- oder Darlehensverträgen durch Vereinbarung abgekürzter Zahlungswege zwischen nahen Angehörigen***

Der Ehemann betrieb auf dem Grundstück seiner Ehefrau eine Gastwirtschaft. Den ursprünglichen Grundstückserwerb und die Kosten der notwendigen Sanierung finanzierten die Ehepartner durch gemeinsam aufgenommene Darlehen.

Für die Nutzung als Gaststätte zahlte der Ehemann eine monatliche Pacht an seine Ehefrau. Über die Art der Zahlung und die Abrechnung von Nebenkosten wurde keine Vereinbarung getroffen. Die Pachtzahlungen erfolgten regelmäßig vom Betriebskonto der Gaststätte auf ein anderes Girokonto des Ehemanns, bei dem er allein zeichnungsberechtigt war. Von Letzterem wurden die Zins- und Tilgungsleistungen für das Darlehen gezahlt. Das Finanzamt erkannte das Pachtverhältnis wegen vorliegender Mängel bei der Vertragsdurchführung nicht an.

Dieser Auffassung widersprach der Bundesfinanzhof.<sup>1</sup> Für die Anerkennung von Mietverträgen zwischen nahen Angehörigen komme es entscheidend darauf an, ob die Vertragsparteien ihre Hauptpflichten eindeutig vereinbaren und so wie vereinbart durchführen. Hauptpflichten sind die konkrete Bestimmung und Überlassung des Mietobjekts auf der einen und die eindeutige Vereinbarung und Zahlung der Miete oder Pacht auf der anderen Seite. Die Pachtzahlungen müssen dabei nicht unmittelbar an den Vermieter-Ehegatten erfolgen. Stattdessen können direkt seine Schuldverpflichtungen getilgt werden. Es handelt sich dann um Zahlungen auf dem abgekürzten Zahlungsweg. Dabei macht es keinen Unterschied, ob auf dem so abgekürzten Zahlungsweg dem Vermieter-Ehegatten Einnahmen zugerechnet oder für ihn Werbungskosten gezahlt werden.

### ***Keine Versteuerung des Nutzungsvorteils für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte mit einem Dienstfahrzeug bei Vorlage einer Jahres-Bahnfahrkarte***

Der Arbeitgeber stellte seinem Arbeitnehmer ein Dienstfahrzeug auch zur privaten Nutzung zur Verfügung. Der daraus resultierende geldwerte Vorteil wurde bei ihm lohnsteuerlich erfasst. Ein weiterer Zuschlag für die mögliche Nutzung des Fahrzeugs für die Fahrten zwischen der Wohnung und seiner Arbeitsstätte wurde nicht vorgenommen. Von Seiten des Arbeitnehmers wurde diese Handhabung damit begründet, dass er das Fahrzeug nicht für solche Fahrten nutze. Zum Beweis legte er für die entsprechende Strecke seine Jahres-Bahnfahrkarte vor.

Das Finanzamt folgte dieser Argumentation nicht. Für die Versteuerung eines Nutzungsvorteils für die Fahrten zwischen der Wohnung eines Arbeitnehmers und seiner Arbeitsstätte reiche es aus, dass er das Dienstfahrzeug für diese Fahrten nutzen könne. Auf die tatsächliche Nutzung komme es nicht an.

Dieser Auffassung ist der Bundesfinanzhof<sup>2</sup> nicht gefolgt. Der aus der Nutzung eines Dienstfahrzeugs für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte resultierende Vorteil ist nur bei tatsächlicher Nutzung des Fahrzeugs für diese Strecken zu versteuern. Die Höhe richtet sich nach dem Nutzungsumfang für diese Fahrten.

Grundsätzlich ist von der Nutzung eines Dienstwagens für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte auszugehen. Der Anscheinsbeweis kann allerdings, wie hier durch die Vorlage einer Jahres-Bahnfahrkarte, entkräftet werden.

<sup>1</sup> BFH, Urt. v. 19.8.2008, IX R 78/07, DB 2009, S. 32, DStR 2008, S. 2467, LEXinform 0588927.

<sup>2</sup> BFH, Urt. v. 28.8.2008, VI R 52/07, DStR 2008, S. 2469, LEXinform 0179078.

## ***Nachzahlungszinsen keine Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen***

Steuernachzahlungen sind zu verzinsen. Der Zinslauf beginnt i. d. R. 15 Monate nach Ablauf des Kalenderjahrs, in dem die Steuer entstanden ist. Nachzahlungszinsen auf die Einkommensteuer sind grundsätzlich nicht abzugsfähig.

Dies hat der Bundesfinanzhof<sup>1</sup> einem Steuerbürger bestätigt, der ca. 50.000 € Nachzahlungszinsen zur Einkommensteuer leisten musste. Er begehrte den Abzug der Nachzahlungszinsen als Werbungskosten, weil die Einkommensteuer-Nachzahlung im Wesentlichen durch Zinseinnahmen entstanden war.

Da ein Abzug nach dem Gesetz ausgeschlossen ist, kommt auch keine Berücksichtigung als Werbungskosten in Betracht.

## ***Pauschalwertberichtigung auf Forderungen aus Lieferungen und Leistungen***

Maßgebend für die Forderungsbewertung sind die Verhältnisse am Bilanzstichtag. Der Unternehmer muss jedoch die Kenntnisse, die er nach dem Bilanzstichtag bis zum Zeitpunkt der Bilanzaufstellung erlangt hat, beachten. Es sind alle bis zum Tage der Bilanzaufstellung eingetretenen und bekannt gewordenen Umstände zu berücksichtigen, die Rückschlüsse auf die Zahlungsfähigkeit des Kunden zulassen (wertaufhellende Tatsachen). Liegt eine dauernde Wertminderung der Forderung vor, kann die Korrektur durch Einzel- oder Pauschalwertberichtigung erfolgen.

Eine Wertberichtigung auf Kundenforderungen kann nach zweierlei Methoden erfolgen. Einmal kann auf der Aktivseite der Bilanz der niedrigere Teilwert angesetzt werden (sog. aktivische Wertberichtigung oder auch sog. direkte Methode). In der Praxis üblich ist die indirekte Methode (sog. passivische Wertberichtigung). Die Forderung wird auf der Aktivseite mit dem Forderungsbetrag ausgewiesen. Die Wertminderung erfolgt durch die Einstellung eines Wertberichtigungspostens auf der Passivseite.

Die Finanzverwaltung erkennt bisher ohne Einzelnachweis regelmäßig 0,5 % des Forderungsbestands (ohne Umsatzsteuer) als Pauschalwertberichtigung an. Die Oberfinanzdirektion Rheinland<sup>2</sup> schränkt diese Vereinfachungsregel ein: Da bei Kundenforderungen grundsätzlich eine Fälligkeit von höchstens vier Wochen besteht, sind die in eine Pauschalwertberichtigung einzubeziehenden Kundenforderungen bei Bilanzaufstellung regelmäßig getilgt. Sie sind nicht in die Pauschalwertberichtigung einzubeziehen. Nur in Ausnahmefällen, z. B. wenn Kundenforderungen in einer ins Gewicht fallenden Anzahl bei Aufstellung der Bilanz noch nicht getilgt sind, sei weiterhin eine Pauschalwertberichtigung zulässig. Ist für eine Kundenforderung eine Einzelwertberichtigung gebildet, scheidet die Einbeziehung in die Pauschalwertberichtigung nach dieser Verfügung ebenfalls aus.

<sup>1</sup> BFH, Urt. v. 2.9.2008, VIII R 2/07, LEXinform 0588211.

<sup>2</sup> OFD Rheinland, Verf. v. 6.11.2008, S-2174 - St 141, DB 2008, S. 2623, LEXinform 5231755.

## **Pendlerpauschale und die Folgen**

Bisher nicht abschließend geklärt war, inwieweit Lohn- und Gehaltsabrechnungen der Monate ab Januar 2007 korrigiert werden können, in denen auf Grund der bisherigen gesetzlichen Regelung die ersten 20 Kilometer bei Zuschüssen zu den Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte nicht berücksichtigt wurden. Nunmehr liegen sowohl vom Bundesministerium der Finanzen als auch von den Spitzen der Sozialversicherungsträger Stellungnahmen vor.

Danach ist eine rückwirkende Änderung der Lohn- und Gehaltsabrechnungen sowohl steuerrechtlich als auch sozialversicherungsrechtlich ab Januar 2007 möglich:

### **Steuerliche Konsequenzen:**

Nach einem Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen<sup>1</sup> kann eine Pauschalbesteuerung von Fahrtkostenzuschüssen und geldwerten Vorteilen aus Sachleistungen im Zusammenhang mit den Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte für alle nach dem 31.12.2006 beginnenden Lohnzahlungszeiträume bereits ab dem ersten Entfernungskilometer vorgenommen werden. Dies gilt auch, wenn bereits Lohnsteuerbescheinigungen für die Jahre 2007 bzw. 2008 übermittelt oder erteilt sind. Wird durch den Arbeitgeber eine Pauschalbesteuerung derartiger Zuschüsse übernommen, so ist eine bereits übermittelte oder erteilte Lohnsteuerbescheinigung nicht zu ändern. Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer zu bescheinigen, dass und in welcher Höhe er einen im jeweiligen Jahr individuell besteuerten und bescheinigten Arbeitslohn nunmehr pauschal besteuert hat.

Der Arbeitnehmer kann mit der Bescheinigung des Arbeitgebers über die rückwirkende Pauschalbesteuerung im Rahmen seiner Einkommensteuerveranlagung für das Jahr 2007 und ggf. 2008 eine entsprechende Korrektur des Arbeitslohns geltend machen. Die nunmehr pauschal versteuerten Fahrtkostenzuschüsse und geldwerten Vorteile bleiben bei der Veranlagung zur Einkommensteuer außer Betracht; sie mindern jedoch die Entfernungspauschale. Die Änderung des Arbeitslohns bedingt jedoch, eine ggf. zwischenzeitlich erfolgte (vorläufige) Anerkennung „wie“ Werbungskosten rückgängig zu machen.

Die infolge der (rückwirkenden) Pauschalierung erstatteten Sozialversicherungsbeiträge (Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteil) sind grundsätzlich in der Lohnsteuerbescheinigung des Jahres der Erstattung der Beiträge zu berücksichtigen. Ist die Lohnsteuerbescheinigung für 2008 noch änderbar, kann die Erstattung in dieser berücksichtigt werden.

Sofern der Arbeitgeber seine Leistungen für die ersten (bis zu 20) Entfernungskilometer in den Jahren 2007 und 2008 individuell lohnversteuert hat und keine rückwirkende Pauschalierung übernimmt, steht dem Arbeitnehmer für jeden vollen Kilometer die Pauschale von 0,30 € je Entfernungskilometer zu.

### **Sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen:**

Nach der Sozialversicherungsentgeltverordnung<sup>2</sup> sind u. a. Einnahmen dann nicht dem Arbeitsentgelt zuzurechnen, wenn der Arbeitgeber die Lohnsteuer mit einem Pauschalsteuersatz erheben kann und die Lohnsteuer nicht individuell nach den Merkmalen der Lohnsteuerkarte des Arbeitnehmers erhebt. Hierzu zählen beispielsweise Fahrtkostenzuschüsse.

Die Spitzen der Sozialversicherungsträger haben Stellung zu der Frage genommen, welche Auswirkungen eine rückwirkende Pauschalbesteuerung derartiger Zuschüsse für bereits abgerechnete Entgeltabrechnungszeiträume in der Sozialversicherung hat.

Hiernach liegt eine unrechtmäßige Beitragszahlung für vorangegangene Abrechnungszeiträume nur vor, wenn eine Pauschalbesteuerung tatsächlich erfolgt ist. Es erfolgt somit eine Anknüpfung an die steuerliche Behandlung der Zuschüsse.

Nach erfolgter Pauschalbesteuerung ist ein sozialversicherungsrechtlicher Erstattungsanspruch auch für zurückliegende Beschäftigungszeiträume grundsätzlich gegeben. Erstattungsanträge sind hierbei in der Regel nicht erforderlich. Zur unbürokratischen Abwicklung wird dem Arbeitgeber eine Verrechnung der zu Unrecht gezahlten Beiträge gestattet. In diesen Fällen ist ausnahmsweise eine Verrechnung über den Zeitraum von 24 Kalendermonaten hinaus zulässig. Sie muss spätestens bis zum Dezember 2009 erfolgt sein. In diesem Zusammenhang ist aber vom Arbeitgeber zu gewährleisten, dass Verrechnungen nur für die Arbeitnehmer vorgenommen werden, denen zwischenzeitlich keine entgeltabhängigen Leistungen durch Sozialversicherungen gewährt worden sind. Für alle Fälle mit entgeltabhängiger Leistungsgewährung sind gesonderte Erstattungsanträge bei der zuständigen Einzugsstelle zu stellen.

Außerdem ist zu beachten, dass Verrechnungen für die Zeiten bis zum 31.12.2008 nicht in den laufenden Beitragsnachweis aufgenommen werden dürfen, sondern unter Angabe des betreffenden Zeitraums in einem Korrektur-Beitragsnachweis gesondert ausgewiesen werden müssen.

<sup>1</sup> BMF, Schr. v. 30.12.2008, IV C 5 - S 2351/80/10005, LEXinform 5231848.

<sup>2</sup> § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 i. V. m. S. 2 SvEV.

### **Schulgeld für berufsbildende Schulen keine Sonderausgaben**

Schulgeldzahlungen an allgemein bildende, überwiegend privat finanzierte Schulen sind als Sonderausgaben abzugsfähig. Die Schule kann auch in anderen EU-/EWR-Staaten belegen sein. Abzugsfähig sind ab dem Veranlagungszeitraum 2008 30 % des Entgelts, maximal jedoch bis zu einem Höchstbetrag von 5.000 € pro Jahr und Kind. Entgelt für die Beherbergung, Betreuung und Verpflegung ist nicht zu berücksichtigen. Es muss ein Anspruch auf einen Kinderfreibetrag oder Kindergeld bestehen. Die Schule muss zu einem von einem inländischen Landeskultusministerium oder der Kultusministerkonferenz anerkannten Schulabschluss führen. Schulgeld für den Besuch einer deutschen Schule im Ausland ist ebenfalls im Rahmen der Höchstgrenze auch über den EU-/EWR-Raum hinaus abzugsfähig.

Das Finanzgericht Rheinland-Pfalz<sup>1</sup> hat entschieden, dass berufsbildende Schulen (im Urteilsfall eine private Berufsfachschule für Mode) keine allgemein bildenden Schulen sind und ein Sonderausgabenabzug nicht möglich ist.

**Hinweis:** Das Urteil ist zur Rechtslage bis 2007 ergangen. Bis 2007 galten andere Regelungen, insbesondere galt kein Höchstbetrag. Der Bundesrat hat angeregt, den Kreis der begünstigten Schulen weiter zu fassen. Insoweit sind aktuelle Informationen einzuholen. Die Neuregelungen gelten bereits ab 2008 und außerdem, wenn Steuerbescheide früherer Jahre noch nicht bestandskräftig geworden sind. Bis 2007 muss es sich allerdings um eine staatlich genehmigte oder nach Landesrecht anerkannte Ersatzschule oder eine nach Landesrecht anerkannte allgemein bildende Ergänzungsschule handeln.

### **Steuerfreie Fahrtkostenvergütung für politische Mandatsträger**

Pauschale Reisekostenvergütungen an einen politischen Mandatsträger können auch dann steuerbefreit sein, wenn dem Finanzamt kein Einzelnachweis vorgelegt wird. Dies macht folgender Fall deutlich:

Ein Kreistagsabgeordneter erhielt neben sonstigen steuerfreien Aufwandsentschädigungen eine monatlich gleich bleibende Fahrtkostenpauschale. Das Finanzamt war der Auffassung, dass Voraussetzung für die Steuerbefreiung auch ein entsprechender Einzelnachweis der tatsächlichen Fahrtkosten sei.

Dem hat der Bundesfinanzhof<sup>2</sup> widersprochen. Steuerfreie Kostenerstattungen sollen zur Abgeltung eines Aufwands dienen, der als Werbungskosten oder Betriebsausgaben abziehbar ist. Da der Abgeordnete steuerpflichtige Einnahmen erzielte, sah das Gericht diese Voraussetzung als erfüllt an. Einen Einzelnachweis von Fahrtkosten hielt das Gericht für nicht erforderlich, da das dem Vereinfachungszweck der Pauschale widerspreche.

### **Unlösbar miteinander verknüpfte, aus gewerblichen und freiberuflichen Elementen bestehende Leistungspakete sind nicht aufteilbar**

Besteht bei der Durchführung eines Auftrags die Tätigkeit sowohl aus freiberuflichen als auch aus gewerblichen Elementen, liegt regelmäßig eine einzige einheitliche Tätigkeit vor. Für die Frage der Zuordnung kommt es darauf an, welches der beiden Elemente dem Auftrag das Gepräge gibt. Dementsprechend ist die gesamte Tätigkeit als entweder gewerblich oder freiberuflich zu qualifizieren. Diese Grundsätze ergeben sich aus einem Beschluss des Bundesfinanzhofs.<sup>3</sup>

Das Gericht sah deshalb die Tätigkeit eines EDV-Spezialisten, der gegenüber seinen Kunden einheitliche Leistungspakete, bestehend aus Netzwerkdienstleistungen und Hardwarelieferungen, erbrachte, als gewerblich an. Der An- und Verkauf von Waren wird als dem freien Beruf so wesensfremd angesehen, dass die Handelstätigkeit grundsätzlich zur gewerblichen Prägung der einheitlichen Gesamtbetätigung führt.

<sup>1</sup> FG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 11.11.2008, 3 K 2562/07, (Vorläufig nicht rechtskräftig), LEXinform 5007414.

<sup>2</sup> BFH, Urt. v. 8.10.2008, VIII R 58/06, BFH/NV 2009, S. 66, DB 2008, S. 2810, DStRE 2009, S. 1, LEXinform 0587779.

<sup>3</sup> BFH, Beschl. v. 24.7.2008, VIII B 181/07, BFH/NV 2008, S. 2007, LEXinform 5904635.

### ***Verlustvortrag kann trotz rechtskräftigem Einkommensteuerbescheid festgestellt werden***

Das Finanzamt setzte die Einkommensteuer 2001 eines Piloten erklärungsgemäß auf 0 DM fest. Nach Rechtskraft des Bescheids machte der Pilot noch im Jahr 2001 angefallene Aufwendungen für seine Pilotenausbildung als Werbungskosten geltend. Hierdurch wurden die Einkünfte insgesamt negativ und er beantragte einen Verlustvortragsbescheid. Das Finanzamt lehnte dies ab, weil der Einkommensteuerbescheid bereits rechtskräftig war.

Der Bundesfinanzhof<sup>1</sup> folgte unter Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung<sup>2</sup> dem Antrag des Piloten. Das Finanzamt muss jetzt einen Verlustvortragsbescheid zum 31.12.2001 erlassen, so dass der Verlust seine Einkommensteuerbelastung 2002 mindert.

### ***Keine erweiterte Kürzung des Gewerbeertrags einer grundstücksverwaltenden Personengesellschaft bei Verpachtung an ihren Gesellschafter***

Einzigster Unternehmensgegenstand der A-GmbH & Co. KG war die Verpachtung eines Grundstücks an ihre Komplementär-GmbH, die weder am Vermögen noch am Gewinn und Verlust der A beteiligt war. Die A beantragte die Kürzung des Gewerbeertrags um die aus der Grundstücksverpachtung erzielten Erträge (sog. erweiterte Kürzung). Das Finanzamt lehnte dies ab, weil der Grundbesitz dem Gewerbebetrieb der Komplementär-GmbH diene und die erweiterte Kürzung dann nicht gilt.

Der Bundesfinanzhof<sup>3</sup> gab dem Finanzamt Recht. Das Gericht betonte, es sei unerheblich, dass die GmbH weder am Vermögen noch am Gewinn und Verlust der A beteiligt gewesen war.

### ***Ausübung eines auf Grund eines Vermächtnisses bestellten dinglichen Vorkaufsrechts unterliegt der Grunderwerbsteuer***

Erwirbt jemand durch Erbfall oder auf Grund eines Vermächtnisses ein Grundstück, unterliegt dieser Erwerb nicht der Grunderwerbsteuer, sondern der Erbschaftsteuer.

Nach Auffassung des Bundesfinanzhofs<sup>4</sup> löst jedoch der Erwerb eines Grundstücks Grunderwerbsteuer aus, das jemand auf Grund eines im Grundbuch eingetragenen Vorkaufsrechts erwirbt, das ihm vom Erblasser vermächtnisweise zugewendet worden ist. Dem Vermächtnisnehmer ist vom Erblasser nicht das Grundstück, sondern der Anspruch auf Bestellung eines Vorkaufsrechts vermacht worden. Dieser Anspruch unterliegt der Erbschaftsteuer.<sup>5</sup> Der spätere Erwerb des Grundstücks durch Ausübung des Vorkaufsrechts ist ein eigenständiger Rechtsvorgang, der nicht der Erbschaftsteuer, sondern der Grunderwerbsteuer unterliegt.

<sup>1</sup> BFH, Urt. v. 17.9.2008, IX R 70/06, BFH/NV 2009, S. 65, DB 2009, S. 35, LEXinform 0588704.

<sup>2</sup> BFH, Urt. v. 9.5.2001, XI R 25/99, DStR 2001, S. 1932, LEXinform 0573171.

<sup>3</sup> BFH, Urt. v. 7.8.2008, IV R 36/07, BFH/NV 2009, S. 85, DStR 2008, S. 2361, LEXinform 0588763.

<sup>4</sup> BFH, Urt. v. 8.10.2008, II R 15/07, BFH/NV 2009, S. 88, DB 2008, S. 2744, LEXinform 0588153.

<sup>5</sup> BFH, Urt. v. 6.6.2001, II R 76/99, BStBl 2001 II, S. 605, BFH/NV 2001, S. 1344, DStR 2001, S. 1432, DB 2001, S. 1916, LEXinform 0572722.

### **Die entgeltliche Abtretung eines Angebots auf Abschluss eines Grundstückskaufvertrags unterliegt der Grunderwerbsteuer**

Die beim Erwerb eines Grundstücks anfallende Grunderwerbsteuer bemisst sich nach dem Wert der Gegenleistung. Als solche kommen der Kaufpreis, aber auch weitere Leistungen in Betracht. Eine Zahlung, die der Erwerber eines Grundstücks einem Dritten dafür zahlt, dass der Dritte auf den Erwerb des Grundstücks verzichtet, sind bei der Grunderwerbsteuer zu berücksichtigen.

Der Bundesfinanzhof<sup>1</sup> hat entschieden, dass die Abtretung eines Kaufangebots einem Verzicht des Grundstückserwerbs gleichzusetzen ist. Im entschiedenen Fall hatte der Grundstückseigentümer einem Dritten das notariell beurkundete Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrags über das Grundstück unterbreitet. Die Rechte aus diesem Angebot waren übertragbar. Der Dritte trat seine Rechte aus dem Angebot gegen eine Zahlung an den letztendlichen Erwerber ab. Nachdem der Erwerber das Grundstück vom Eigentümer erworben hatte, setzte das Finanzamt Grunderwerbsteuer fest und bezog sowohl den Kaufpreis an den Eigentümer als auch die Zahlung für die Abtretung des Kaufangebots an den Dritten in die Grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage ein. Zu Recht, wie der Bundesfinanzhof befand, denn die Abtretung des Kaufangebots, das der Abtretende selber hätte annehmen können, schließt bei der Besteuerung des Grundstückskaufvertrags einen Verzicht auf den Erwerb des Grundstücks in seiner eigenen Person ein.

### **Angemessene Geschäftsführervergütung bei mehrfacher Geschäftsführertätigkeit**

Bei Geschäftsführern einer GmbH, die gleichzeitig Gesellschafter sind, werden die Gesamtbezüge unter steuerlichen Aspekten auf ihre Angemessenheit untersucht. Der unangemessene Teil der Bezüge ist als verdeckte Gewinnausschüttung zu behandeln.

Ist ein Gesellschafter-Geschäftsführer für mehrere GmbHs tätig, ist ein Urteil des Finanzgerichts Berlin-Brandenburg<sup>2</sup> zu beachten: Arbeitet der Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH zusätzlich als Geschäftsführer für eine andere GmbH (sog. Mehrfach-Geschäftsführer), so ist dies bei der Bestimmung des angemessenen Gehalts in der Regel mindernd zu berücksichtigen. Eine vollständige oder teilweise Nichtberücksichtigung anderweitiger Tätigkeiten kommt ausnahmsweise in Betracht, wenn die anderweitige Tätigkeit für die zu beurteilende Gesellschaft Vorteile bringt, die den Verlust an zeitlichem Einsatz des Geschäftsführers ausgleichen.

Der Bundesfinanzhof muss abschließend entscheiden.

**Hinweis:** Will man die Gefahr einer verdeckten Gewinnausschüttung vermeiden, ist bei Mehrfach-Geschäftsführung zunächst das angemessene Gesamtgehalt für die Tätigkeit in allen Gesellschaften festzustellen. Dieses ist dann zeitanteilig auf jede GmbH aufzuteilen.

<sup>1</sup> BFH, Urt. v. 11.6.2008, II R 57/06, BFH/NV 2008, S. 2059, LEXinform 0587726.

<sup>2</sup> FG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 17.6.2008, 6 K 1807/04, (Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt, Az. BFH: I B 175/08), EFG 2008, S. 1660, LEXinform 5007052.

### ***Kommunales Krematorium als Betrieb gewerblicher Art***

Kommunen sind mit ihren Betrieben gewerblicher Art unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig. Werden solche Betriebe als Hoheitsbetriebe geführt und dienen sie überwiegend der Ausübung öffentlicher Gewalt, besteht keine Steuerpflicht.

Eine Kommune in Nordrhein-Westfalen betrieb ein Krematorium, das organisatorisch und wirtschaftlich als unselbstständiger Regiebetrieb geführt wurde. Eine Steuerpflicht wurde von Seiten der Kommune verneint, weil nach dem nordrhein-westfälischen Bestattungsrecht der Betrieb eines Krematoriums ausschließlich der öffentlichen Hand vorbehalten sei. Das Gesetz sieht zwar eine Übertragungsmöglichkeit vor, dies sei jedoch nicht entscheidend.

Anders beurteilte dies der Bundesfinanzhof.<sup>1</sup> Da Betreiber von Krematorien aus dem In- und Ausland überregional ihre Dienste anbieten, ist von einer Wettbewerbssituation auszugehen. Dieser Wettbewerb am Markt führt zwingend zur Steuerpflicht eines solchen Betriebs der öffentlichen Hand.

### ***Bei Mietrückstand werden Zahlungen auf die jeweils älteste Forderung angerechnet***

In einem vom Landgericht Münster<sup>2</sup> entschiedenen Fall forderte der Vermieter rückständigen Mietzins. Bei der Klageforderung verrechnete er aktuelle Zahlungen mit der ältesten noch offenen Forderung. Hiergegen wandte sich der Mieter mit dem Hinweis, dass die letzten Mietzinszahlungen jeweils mit der aktuell geschuldeten Miete zu verrechnen gewesen wären.

Diese Auffassung des Mieters teilte das Gericht nicht. Aus dem Umstand der letzten monatlichen Zahlungen kann nicht geschlossen werden, dass der Mieter die jeweils aktuell fällige Miete zahlen wollte. Vielmehr gilt die gesetzliche Tilgungsbestimmung<sup>3</sup>, dass Zahlungen mit der ältesten Forderung verrechnet werden. Dem Mieter bleibt es unbenommen, bei seinen monatlichen Zahlungen auf einfachem Wege, z. B. im angegebenen Verwendungszweck, eine ausdrückliche Tilgungsbestimmung<sup>4</sup> zu treffen. Mit der bloßen Zahlung zum Fälligkeitszeitpunkt bringt der Mieter zunächst nur zum Ausdruck, Mietforderungen begleichen zu wollen.

### ***Mieter von Geschäftsräumen muss Vermieter über beabsichtigten Verkauf von Waren mit zweifelhaftem Ruf informieren***

Der Vermieter von Geschäftsräumen kann die Räumung seines Ladenlokals verlangen, wenn er vom Mieter bei Vertragsabschluss nicht über den geplanten Verkauf der bei Rechtsradikalen beliebten Marke „Thor Steinar“ informiert worden ist und dieser bei den Verhandlungen lediglich angegeben hat, „junge Mode“ verkaufen zu wollen.

Nach Ansicht des Landgerichts Leipzig<sup>5</sup> hatte der Mieter den Vermieter bei Vertragsabschluss arglistig getäuscht, indem er eine unzutreffende Angabe über die beabsichtigte Geschäftstätigkeit machte. In Kenntnis des wahren Sachverhalts hätte der Vermieter den Mietvertrag nicht abgeschlossen. Das Gericht geht davon aus, dass Mitteilungspflichten nicht nur seitens des Vermieters gegenüber dem Mieter, sondern auch umgekehrt bestehen. Es genügt bereits, wenn eine Mietpartei bewusst Umstände verschweigt, die für den Vertragsabschluss bei der anderen Partei von ausschlaggebender Bedeutung sind, weil deren Vorliegen oder Nichtvorliegen den Vertragszweck gefährden oder gar vereiteln können. Im entschiedenen Fall wusste der Mieter um die öffentliche Diskussion um die Marke „Thor Steinar“. Die Konflikte, die sich durch den Verkauf dieser Marke aufbauen, sind generell geeignet, eine ungestörte Tätigkeit eines Vermieters erheblich zu beeinträchtigen.

<sup>1</sup> BFH, Urt. v. 29.10.2008, I R 51/07, DStR 2008, S. 2470, LEXinform 0588462.

<sup>2</sup> LG Münster, Urt. v. 22.10.2008, 9 S 242/07, LEXinform 1410874.

<sup>3</sup> § 366 Abs. 2 BGB.

<sup>4</sup> § 366 Abs. 1 BGB.

<sup>5</sup> LG Leipzig, Urt. v. 13.11.2008, 1 O 325/08, LEXinform 1411691.

### **Modernisierungsmaßnahmen sind dem Mieter vorher anzukündigen**

Ein Mieter muss Modernisierungsmaßnahmen nicht dulden, wenn zwischen der Ankündigung der Arbeiten und der tatsächlichen Ausführung über ein Jahr liegt.

In einem vom Amtsgericht Berlin-Schöneberg<sup>1</sup> entschiedenen Fall hatte der Vermieter umfassende Modernisierungsmaßnahmen in der Wohnung des Mieters schriftlich und in der gesetzlichen Form angekündigt. Da sich die Arbeiten verzögerten, hatte der Vermieter mehrfach auf den sich verschiebenden Beginn der Arbeiten hingewiesen. Letztendlich sollte mit den Arbeiten ein Jahr nach der ursprünglichen Ankündigung begonnen werden. Nach Ansicht des Gerichts ist die Modernisierungsmaßnahme nicht wirksam angekündigt, da sich der Vermieter nicht mehr auf das ursprüngliche Ankündigungsschreiben stützen konnte. Dieses ist durch Zeitablauf hinfällig geworden. Die späteren Schreiben, mit denen auf die Verzögerungen hingewiesen worden ist, entsprachen nicht den gesetzlichen Vorgaben<sup>2</sup>, da diese keine Angaben über die Art, den Umfang und die Dauer der Maßnahmen enthielten.

### **Abgrenzung von Lieferungen und sonstigen Leistungen bei der Abgabe von Speisen**

Das Bundesministerium der Finanzen<sup>3</sup> hat sich zum Dauerthema der Besteuerung der Abgabe von Speisen mit dem vollen bzw. ermäßigten Steuersatz geäußert. Nach der Rechtsprechung liegt eine sonstige Leistung vor, wenn aus Sicht des Durchschnittsverbrauchers die Dienstleistung bei der Speisenabgabe überwiegt. Dabei ist die ausschließliche Zubereitung der Speisen nicht zu berücksichtigen. Sonstige Leistungen unterliegen dem vollen Steuersatz.

Beschränkt sich der Unternehmer auf die Handels- und Verteilerfunktion des Lebensmittelhandels bzw. Lebensmittelhandwerks, sind die Speiseumsätze mit dem ermäßigten Steuersatz zu besteuern. Dabei sind die folgenden Elemente im Rahmen der Gesamtbetrachtung nicht zu berücksichtigen:

- Portionieren und Abgabe über die Verkaufstheke, Verpacken, Anliefern auch in Einweggeschirr,
- Bereitstellung von Papierservietten, Senf, Ketchup, Mayonnaise, Apfelmus,
- Bereitstellung von Abfalleimern an Kiosken, Würstchenbuden,
- Bereitstellung von Verkaufstheken und -tresen, Ablagebretter an Kiosken, Würstchenbuden,
- bloße Erstellung von z. B. Speisekarten.

Dies gilt auch für die Umsätze von Catering-Unternehmen und Mahlzeitendiensten.

Schädlich (die Leistungen unterliegen dem vollen Steuersatz) sind dagegen

- Zur Verfügungstellung von Räumlichkeiten, Stehtischen, Tischen, Bänken und Stühlen, (Werden die Verzehreinrichtungen nicht genutzt und die Speisen „zum Mitnehmen“ abgegeben, unterliegt die Lieferung dem ermäßigten Steuersatz.)
- das Servieren von Speisen und/oder Gestellung von Service- oder Kochpersonal oder das Portionieren und die Ausgabe der Speisen vor Ort,
- Überlassung von Geschirr und Besteck und/oder die Reinigung bzw. Entsorgung der überlassenen Gegenstände.

<sup>1</sup> AG Berlin-Schöneberg, Urt. v. 11.11.2008, 15a C 112/08, LEXinform 1411670.

<sup>2</sup> § 554 Abs. 3 Satz 1 BGB.

<sup>3</sup> BMF, Schr. v. 16.10.2008, IV B 8 – S 7100/07/10050, BStBl 2008 I, S. 949, DStR 2008, S. 2111, DB 2008, S. 2396, LEXinform 5231660.

## **Allgemeine Leistungen bei der Vermittlung von Fondsanteilen und Versicherungen sind nicht steuerfrei**

Erbringt ein Vermittler nur allgemeine Leistungen beim Vertrieb von Anteilen an Gesellschaften und anderen Vereinigungen, sind diese nicht steuerfrei. Denn die Vermittlung muss sich auf einzelne Geschäftsabschlüsse beziehen.

Ein Handelsvertreter sollte Fonds der R-GmbH vermitteln. Der Handelsvertreter bediente sich dafür zahlreicher Regionaldirektoren, die er aussuchte, auf ihre Aufgaben vorbereitete und bei der Vermittlung laufend unterstützte. Für die Auswahl, Schulung und Unterstützung erhielt er keine Vergütung. Provisionen erhielt er nur, wenn der Letztvermittler tatsächlich Abschlüsse an die R-GmbH weiterleitete, die diese annahm. Das Finanzamt meinte, die Tätigkeit des Handelsvertreters sei umsatzsteuerpflichtig.

Der Bundesfinanzhof<sup>1</sup> folgte der Auffassung des Finanzamts. Die Vermittlung von Anteilen an Gesellschaften ist steuerfrei.<sup>2</sup> Vermittlung ist die Tätigkeit einer Mittelsperson, die nicht Vertragspartei ist. Zweck der Vermittlungstätigkeit ist, das Erforderliche zu tun, damit zwei Parteien einen Vertrag schließen, an dessen Inhalt der Vermittler kein Eigeninteresse hat. Die Mittlertätigkeit kann darin bestehen, einer Vertragspartei Gelegenheiten zum Abschluss eines Vertrags nachzuweisen, mit der anderen Partei Kontakt aufzunehmen oder über die Einzelheiten der gegenseitigen Leistungen zu verhandeln. Der Nachweis von Gelegenheiten zum Abschluss eines Vertrags, die Kontaktaufnahme mit der anderen Partei oder das Verhandeln über die Einzelheiten der gegenseitigen Leistungen setzt aber voraus, dass sich die Mittlertätigkeit auf ein einzelnes Geschäft, das vermittelt werden soll, bezieht.

Daran fehlte es im Streitfall. Denn die Tätigkeit des Handelsvertreters war durch die Anwerbung, Schulung und Fortbildung sowie Betreuung, Unterstützung, Überwachung, Koordination und Organisation der Regionaldirektoren und Abschlussvertreter geprägt und nicht durch die Teilnahme an Kundenveranstaltungen und Verkaufsgesprächen mit Kunden. Damit wies er der R-GmbH keine Gelegenheiten zum Abschluss von Verträgen nach, nahm nicht mit Interessenten Kontakt auf oder führte Verhandlungen.

## **Anforderungen an die Leistungsbeschreibung in einer Rechnung für Zwecke des Vorsteuerabzugs**

Um den Vorsteuerabzug in Anspruch nehmen zu können, ist u. a. der Gegenstand der Lieferung oder Leistung präzise zu beschreiben. Ungenaue Angaben können zum Verlust des Vorsteuerabzugs führen, wie eine Entscheidung des Bundesfinanzhofs<sup>3</sup> zeigt.

Ein Unternehmen hatte eine Rechnung „für technische Beratung und Kontrolle im Jahr 1996“ ausgestellt. Das Finanzamt versagte dem Empfänger der Rechnung den Vorsteuerabzug, weil die abgerechnete Leistung nicht eindeutig zu identifizieren war.

Der Bundesfinanzhof stimmte dem Finanzamt zu. Rechnungen müssen die gesetzlich vorgeschriebenen Angaben enthalten. Dazu gehört auch, dass die Angaben über die erbrachte Leistung eindeutig und leicht nachprüfbar sind. Diese Angaben können auch durch Verträge usw. erbracht werden, wobei dies in der Rechnung anzugeben ist.

## **Gutachtertätigkeit einer Krankenschwester für die Pflegeversicherung unterliegt der Umsatzsteuer**

Einnahmen einer Krankenschwester aus Gutachten, die sie für Zwecke der Pflegeversicherung über Art und Umfang der Pflegebedürftigkeit von Versicherten erstellt, sind umsatzsteuerpflichtig.

Dies hat der Bundesfinanzhof<sup>4</sup> entschieden. Die Umsätze sind auch nicht umsatzsteuerfrei, wenn die Krankenschwester im Auftrag des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung tätig wird. Die Umsatzsteuerpflicht entfällt nur, wenn die Krankenschwester Kleinunternehmerin ist.

<sup>1</sup> BFH, Urt. v. 30.10.2008, V R 44/07, DStR 2008, S. 2474, LEXinform 0588408.

<sup>2</sup> § 4 Nr. 8 f UStG.

<sup>3</sup> BFH, Urt. v. 8.10.2008, V R 59/07, LEXinform 0588814.

<sup>4</sup> BFH, Urt. v. 8.10.2008, V R 32/07, BFH/NV 2009, S. 100, DB 2008, S. 2812, LEXinform 0588170.

### **Keine steuerfreie Geschäftsveräußerung im Ganzen bei Verkauf eines noch zu bebauenden Grundstücks**

A kaufte von B ein Grundstück, das B mit einer Gaststätte und vier Bowlingbahnen bebauen sollte. Zur Zeit des Verkaufs bestand nur ein Mietvorvertrag. B wies beim Verkauf Umsatzsteuer gesondert aus, die A als Vorsteuer geltend machte. Das Finanzamt sah in der Veräußerung eine nicht umsatzsteuerbare Geschäftsveräußerung im Ganzen.

Dem folgte der Bundesfinanzhof<sup>1</sup> nicht. Eine Geschäftsveräußerung im Ganzen setzt voraus, dass ein Unternehmen oder ein in der Gliederung eines Unternehmens gesondert geführter Betrieb im Ganzen entgeltlich oder unentgeltlich übereignet oder in eine Gesellschaft eingebracht wird. Dafür muss ein Geschäftsbetrieb übertragen werden, mit dem eine selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit fortgeführt werden kann. Der Erwerber muss beabsichtigen, den übertragenen Geschäftsbetrieb zu betreiben. Das übertragene Unternehmensvermögen muss die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit ermöglichen, die vor und nach der Übertragung ausgeübten Tätigkeiten müssen übereinstimmen oder sich hinreichend ähneln. Bei Grundstücksgeschäften führt die Übertragung eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks zu einer Geschäftsveräußerung, wenn der Erwerber eine bereits vom Veräußerer ausgeübte selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit fortführt. Hieran fehlt es, wenn der Veräußerer ein Gebäude nur errichtet und versucht, Mieter zu finden, um es sofort nach der Fertigstellung gewinnbringend zu veräußern.

So war es im Streitfall: Nach dem Grundstückskaufvertrag war ein noch zu bebauendes Grundstück zu übertragen. Die Finanzierung der Gebäudeerrichtung war nicht gesichert. Die unternehmerische Tätigkeit der Veräußerin war daher nicht durch ein Handeln in Vermietungs-, sondern durch ein Handeln in Veräußerungsabsicht geprägt.

### **Private Kfz-Nutzung: Besteuerung der unentgeltlichen Wertabgabe bei der Umsatzsteuer**

Ermittelt der Unternehmer für Ertragsteuerzwecke den Wert der Nutzungsentnahme (des Privatanteils des privat genutzten betrieblichen Fahrzeugs) nach der sog. 1 %-Regelung, kann er von diesem Wert aus Vereinfachungsgründen bei der Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuerberechnung der nichtunternehmerischen (privaten) Nutzung ausgehen. Für die nicht mit Vorsteuer belasteten Kosten (z. B. Kfz-Steuer und Kfz-Versicherung) kann er einen pauschalen Abschlag von 20 % vornehmen. Es unterliegen folglich nur 80 % des nach der 1 %-Methode ermittelten Betrags der Umsatzsteuer.<sup>2</sup>

Nach einem Urteil des Finanzgerichts Köln<sup>3</sup> ist der Unternehmer berechtigt, den Abschlag für die nicht mit Vorsteuer behafteten Kosten des Kfz konkret zu berechnen. Legt der Unternehmer konkret dar, dass z. B. 35 % der gesamten Kfz-Kosten nicht mit Vorsteuer belastet sind, muss das Finanzamt die so ermittelte umsatzsteuerliche Bemessungsgrundlage übernehmen und darf nur 65 % des nach der 1 %-Methode ermittelten Betrags bei der Berechnung der Umsatzsteuer zu Grunde legen. Für die ausschließliche Schätzung mit 20 % gibt es nach Auffassung des Finanzgerichts keine Rechtsgrundlage.

Der Bundesfinanzhof muss abschließend entscheiden.

<sup>1</sup> BFH, Urt. v. 18.9.2008, V R 21/07, DB 2008, S. 2811, UR 2009, S. 15, LEXinform 0588226.

<sup>2</sup> BMF, Schr. v. 27.8.2004, IV B 7 - S 7300 - 70/04, Tz. 2.1, BStBl 2004 I, S. 864, LEXinform 0578547.

<sup>3</sup> FG Köln, Urt. v. 2.6.2008, 15 K 2935/05, (Revision eingelegt, Az. BFH: XI R 32/08), EFG 2008, S. 1670, LEXinform 5007265.

## **Sondermaßnahmen der Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung nach Ausbruch der Schweinepest führen nicht zu deren Unternehmereigenschaft**

Die Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung führt als juristische Person des öffentlichen Rechts nur unternehmerische Tätigkeiten aus, wenn sie auf privatrechtlicher Grundlage im eigenen Namen gegen Entgelt Lieferungen oder sonstige Leistungen erbringt. Soweit sie hoheitlich tätig wird, ist sie nicht Unternehmerin im Sinne des Umsatzsteuerrechts. Die hoheitliche Tätigkeit schließt damit den Vorsteuerabzug aus.

Der Bundesfinanzhof<sup>1</sup> hat entschieden, dass die Bundesanstalt bei der Übernahme von Schweinen im Rahmen von Sondermaßnahmen nach Ausbruch der Schweinepest nicht unternehmerisch tätig wird, wenn sie die Schweine lediglich in Tierkörperbeseitigungsanstalten entsorgen lässt. Eine unternehmerische Tätigkeit läge nur vor, wenn die Bundesanstalt die Schweine an die Tierkörperbeseitigungsanstalten verkaufen würde.

## **Toilettengroschen sind umsatzsteuerliches Entgelt**

Geldbeträge, die Benutzer einer Toilette auf einen dafür aufgestellten Teller ablegen, gehören zum umsatzsteuerlichen Entgelt des Reinigungsunternehmens. Dies ist das vorläufige Ergebnis eines Steuerstreits.

Der dem Bundesfinanzhof vorgelegte Fall betraf einen Unternehmer, der sich gegenüber einem Kaufhausbetreiber vertraglich verpflichtet hatte, dessen Toiletten zu reinigen. Dem Unternehmer war es gestattet, von den Benutzern der Toilette Trinkgelder oder freiwillige Beträge entgegenzunehmen. Die Erhebung einer direkten Benutzungsgebühr war dagegen nicht erlaubt. Bei einer Betriebsprüfung wurde festgestellt, dass die Arbeitnehmer die Toilettengroschen an den Unternehmer abliefern.

Der Unternehmer behandelte die von den Toilettenbenutzern freiwillig entrichteten Beträge als nicht steuerbar. Der Betriebsprüfer dagegen vertrat die Auffassung, es handele sich um ein freiwillig gezahltes und damit steuerpflichtiges Entgelt der Nutzer. Dies hat der Bundesfinanzhof<sup>2</sup> in einem Aussetzungsverfahren bestätigt.

Es bleibt abzuwarten, ob das Gericht im Hauptverfahren zu demselben Ergebnis kommt.

## **Voraussetzungen der Änderung der Bemessungsgrundlage**

Der Bundesfinanzhof<sup>3</sup> hat unter Hinweis auf eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs<sup>4</sup> seine Rechtsprechung dahingehend geändert, dass sich die Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer erst in dem Zeitraum ändert, in dem das Entgelt tatsächlich zurückgezahlt wird.

Bisher war die Bemessungsgrundlage in dem Zeitraum zu ändern, in dem die Vereinbarung über die Herabsetzung z. B. eines Kaufpreises geschlossen wurde.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> BFH, Urt. v. 3.7.2008, V R 51/06, BFH/NV 2009, S. 93, DB 2009, S. 41, LEXinform 0587731.

<sup>2</sup> BFH, Beschl. v. 30.9.2008, XI B 74/08, DStRE 2008, S. 1517, BFH/NV 2008, S. 2066, LEXinform 5904657.

<sup>3</sup> BFH, Urt. v. 18.9.2008, V R 56/06, LEXinform 0588275.

<sup>4</sup> EuGH, Urt. v. 29.5.2001, C-86/99, UR 2001, S. 349, LEXinform 0164174.

<sup>5</sup> BFH, Urt. v. 30.11.1995, V R 57/94, BStBl 1996 II, S. 206, LEXinform 0132499.

### ***Vorlage eines internationalen Zulassungsscheins und Ausfuhrkennzeichens zum Nachweis einer steuerfreien Ausfuhrlieferung nicht erforderlich***

Die Ausfuhr eines Gegenstands in ein Land, das nicht zur Europäischen Union gehört (sog. Drittland), ist in der Regel umsatzsteuerfrei. Der Unternehmer muss allerdings nachweisen, dass der Gegenstand ausgeführt wurde. Der Bundesfinanzhof<sup>1</sup> hat entgegen der Auffassung der Finanzverwaltung<sup>2</sup> entschieden, dass ein Unternehmer, der ein Kraftfahrzeug in ein Drittland liefert, zum Nachweis der Ausfuhr nicht einen internationalen Zulassungsschein und ein Ausfuhrkennzeichen vorlegen muss. Zum Nachweis ist lediglich ein Beleg erforderlich, der Folgendes enthält:

- Name und Anschrift des Unternehmers,
- handelsübliche Bezeichnung und Menge des ausgeführten Gegenstands,
- Ort und Tag der Ausfuhr,
- Ausfuhrbestätigung der den Ausgang des Gegenstands aus dem Gemeinschaftsgebiet überwachenden Grenzzollstelle eines EU-Mitgliedstaats.

### ***Ein mit „mein letzter Willi“ überschriebenes Testament muss nicht unwirksam sein***

Das Landgericht Düsseldorf<sup>3</sup> hatte über die Wirksamkeit eines Testaments zu befinden, das mit „mein letzter Willi“ überschrieben war.

Nach Meinung des Gerichts wird ein Testament nicht dadurch unwirksam, wenn es offenbar durch ein Versehen des Erblassers mit „mein letzter Willi“ überschrieben ist. Dies gelte vor allem, wenn keine weiteren Anzeichen für einen Scherz vorliegen und alle Beteiligten von der Ernsthaftigkeit des Testaments ausgehen.

### ***Hohe Anforderungen an das konkludente Zustandekommen eines Maklervertrags***

Ein Maklervertrag kommt nicht bereits dadurch zu Stande, dass der Interessent auf eine Internetanzeige hin beim Maklerbüro anruft und die Adresse des zu vermittelnden Objekts erfragt.

Dies hat das Brandenburgische Oberlandesgericht<sup>4</sup> entschieden. Nach der Entscheidung sind an das konkludente Zustandekommen eines Maklervertrags strenge Anforderungen zu stellen. Ein Interessent darf, soweit ihm Gegenteiliges nicht bekannt ist, davon ausgehen, dass der Makler vom Verkäufer einen Vermittlungsauftrag erhalten hat und von diesem eine Provision bekommt.

<sup>1</sup> BFH, Urt. v. 31.7.2008, V R 21/06, BFH/NV 2009, S. 95, DStR 2008, S. 2418, DB 2008, S. 2745, LEXinform 0587363.

<sup>2</sup> Abschn. 135 Abs. 10 UStR.

<sup>3</sup> LG Düsseldorf, Beschl. v. 7.11.2008, 19 T 130/08, LEXinform 1411425.

<sup>4</sup> Brandenburgisches OLG, Urt. v. 13.11.2008, 12 U 90/08, LEXinform 7011385.

### ***Recht des Auftraggebers zur Ablehnung der Mängelbeseitigung durch Werkunternehmer nach Fristsetzung***

In einem vom Brandenburgischen Oberlandesgericht<sup>1</sup> entschiedenen Fall ging es um verschiedene Mängel an einem Neubau, deren Beseitigung der Auftraggeber unter Fristsetzung gegenüber dem Werkunternehmer gerügt hatte.

Erst nach Verstreichen der gesetzten Frist unterbreitete der Werkunternehmer ein Angebot zur Mängelbeseitigung, welches der Auftraggeber zunächst prüfte, schließlich aber als unzulänglich zurückwies, weil es nicht der vertraglich geschuldeten Leistung entsprach.

Nach Auffassung des Gerichts erfolgte die Zurückweisung zu Recht. Signalisiert der Auftraggeber nach Ablauf der von ihm gesetzten Frist zur Mängelbeseitigung weiterhin Bereitschaft, eine Mängelbeseitigung durch den Werkunternehmer in Erwägung zu ziehen, verliert er dadurch nicht sein Recht, die Mängelbeseitigung durch den Auftragnehmer abzulehnen und Vorschuss zu verlangen.

---

<sup>1</sup> Brandenburgisches OLG, Urt. v. 19.11.2008, 4 U 78/08, LEXinform 7011391.