

## Recht und Steuern aktuell

### Erläuterungen und Kommentare Ausgabe August 2012

Die nächste Ausgabe der Kanzleinachrichten wird u. a. folgende Themen behandeln:

- Schuldzinsenabzug bei auf ein Kontokorrentkonto ausgezahltem Investitionsdarlehen
- Projektgewinn als Entgelt für Mitwirken an TV-Sendeformat
- Sonn- und Feiertagszuschläge eines Gesellschaftergeschäftsführers
- Auskunftsanspruch zur Vorbereitung einer Konkurrentenklage
- Verfassungswidrigkeit der Hinzurechnung von Zinsen, Mieten und Pachten bei der Gewerbesteuer

Redaktionsschluss für die Kanzleinachrichten August 2012 war der 2. Juli 2012.

Ihre  
Redaktion Kanzleinachrichten

## Inhaltsverzeichnis

Termine August 2012	6	Mindestanforderung an ordnungsgemäßes	
Termine September 2012	7	Fahrtenbuch	17
Neuregelung des Erlasses von Grundsteuer wegen wesentlicher Ertragsminderung ist verfassungsgemäß	7	Übernachungskosten und regelmäßige Arbeitsstätte bei Lkw-Fahrern	17
Zahlungsverzug: Höhe der Verzugszinsen	8	Volljährige geistig behinderte Person als Pflegekind	18
Anwendbarkeit tariflicher Ausschlussfristen auf Abgeltungsanspruch	9	Zeitliche Geltung eines Kindergeldantrags	18
Außerordentliche Kündigung wegen „Stalking“ kann auch ohne Abmahnung gerechtfertigt sein	9	Beim Kumulationsverbot im Investitionszulagerecht können einzelne Baumaßnahmen getrennt zu betrachten sein	19
Betriebsübergang bei Rettungszweckverband	9	Steuerfreiheit von Sanierungsgewinnen	19
Erstmalige Anwendung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf GmbH-Geschäftsführer	10	Bundesfinanzhof äußert ernstliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der sog. Zinsschranke	20
Frage nach Schwerbehinderung im Arbeitsverhältnis nach Ablauf von sechs Monaten zulässig	10	Voraussetzung für den Verlustabzug bei Verschmelzung oder Spaltung vor dem 12.12.2006	20
Frist zur Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen nach dem Antidiskriminierungsgesetz	11	Lohnsteuerliche Behandlung der Übernahme von Studiengebühren für ein berufsbegleitendes Studium durch den Arbeitgeber	21
Kündigung wegen Verletzung von Anzeige- und Nachweispflichten bei Arbeitsunfähigkeit	11	Benennung von Vergleichswohnungen bei einem Mieterhöhungsverlangen	22
Kein Auskunftsanspruch nicht berücksichtigter Stellenbewerber, aber Beweislastvorteil	12	Grundstückserwerber muss fällige Mietsicherheiten an Mieter zurückzahlen	22
Einkommensteuerschulden im Todesjahr des Erblassers sind als Nachlassverbindlichkeiten abziehbar	13	Die Lieferung von Speisen an Kindertagesstätten unterliegt dem Regelsteuersatz, wenn Dienstleistungselemente überwiegen	23
Festsetzung von Schenkungsteuer gegenüber dem Schenker nach Entrichtung der Steuer durch Bedachten nicht mehr zulässig	13	Einfuhrumsatzsteuer ohne vorherige Entrichtung als Vorsteuer abzugsfähig, wenn Steuerschuldner und Vorsteuerabzugsberechtigter identisch sind	23
Ablehnung der Zusammenveranlagung von eingetragenen Lebenspartnerschaften auf dem rechtlichen Prüfstand	14	Heileurythmische Leistungen nur unter bestimmten Voraussetzungen umsatzsteuerfrei	24
Bei Verzicht auf Pachteinahmen im Rahmen einer Betriebsaufspaltung sind die Betriebsausgaben zu kürzen	14	Kein Vorsteuerabzug für Waren zum Selbstverbrauch	24
Abschreibungen auf Windkraftanlagen auch vor Inbetriebnahme möglich	14	Leistungsbeschreibung in einer zum Vorsteuerabzug geeigneten Rechnung	24
Aufwendungen für Tankausbau keine nachträglichen Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung	15	Übergangsregelung zu Belegnachweispflichten bei innergemeinschaftlichen Lieferungen ab 1.1.2012	25
Berechnung von Unterhaltsleistungen von Selbstständigen ist auf Grundlage eines Dreijahreszeitraums vorzunehmen	15	Verkauf einer Vielzahl von Gegenständen über mehrere Jahre bei eBay kann umsatzsteuerpflichtig sein	25
Degressive Abschreibung ist auch bei Inanspruchnahme durch einen Rechtsnachfolger mit dem Jahresbetrag zu berücksichtigen	15	Vorsteuer musste wegen bis zum 15.12.2004 außerhalb einer Lieferkette gewährter Rabatte nicht berichtet werden	25
Freiwilligendienste im Ausland sind keine Berufsausbildung	16	Verwendung des von einem Steuerpflichtigen errichteten Gebäudes für private Zwecke des Personals ist keine steuerfreie Vermietung	26
Keine Berücksichtigung von Kinderbetreuungskosten bei der Ermittlung der kindergeldrelevanten Einkünfte eines Kindes	16	Vorsteuerabzug auch dann, wenn der erworbene Gegenstand zunächst nicht genutzt wird	26
Keine Veranlagung nach bestandskräftiger Ablehnung	16	Keine Vorsteuerberichtigung wegen Entnahme aus dem Betriebsvermögen bei Einbringung einer vermieteten Wohnung in das Sonderbetriebsvermögen einer GbR	27
Kindergeld für ein zum Selbstunterhalt unfähiges, studierendes Kind	17	Tagesordnungspunkte sind in der Einladung zu einer Wohnungseigentümer-Versammlung nur schlagwortartig zu bezeichnen	28

**Mandantenbrief:  
Erläuterungen und Kommentare Ausgabe August 2012**

---

Höheres monatliches Entgelt für das Führen eines Pfändungsschutzkontos	28	Möglichkeit der Bestellung eines Betreuers trotz Vorsorgevollmacht	29
Anspruch auf Vereinbarung eines Versorgungsrechts	28	Schadensersatzpflicht des Bankkunden als Opfer von „Pharming“	29
Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks in das Handelsregister	29	Während des Insolvenzverfahrens begründete aber erst danach entstandene Steuererstattungsansprüche gehören zur Insolvenzmasse	30

## Alphabetisches Inhaltsverzeichnis

Ablehnung der Zusammenveranlagung von eingetragenen Lebenspartnerschaften auf dem rechtlichen Prüfstand.....	14	Frist zur Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen nach dem Antidiskriminierungsgesetz .....	11
Abschreibungen auf Windkraftanlagen auch vor Inbetriebnahme möglich .....	14	Grundstückserwerber muss fällige Mietsicherheiten an Mieter zurückzahlen.....	22
Anspruch auf Vereinbarung eines Versorgungsrechts.....	28	Heileurythmische Leistungen nur unter bestimmten Voraussetzungen umsatzsteuerfrei...	24
Anwendbarkeit tariflicher Ausschlussfristen auf Abgeltungsanspruch .....	9	Höheres monatliches Entgelt für das Führen eines Pfändungsschutzkontos.....	28
Aufwendungen für Tankausbau keine nachträglichen Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung.....	15	Kein Auskunftsanspruch nicht berücksichtigter Stellenbewerber, aber Beweislastvorteil .....	12
Außerordentliche Kündigung wegen 'Stalking' kann auch ohne Abmahnung gerechtfertigt sein .....	9	Kein Vorsteuerabzug für Waren zum Selbstverbrauch .....	24
Bei Verzicht auf Pachteinahmen im Rahmen einer Betriebsaufspaltung sind die Betriebsausgaben zu kürzen .....	14	Keine Berücksichtigung von Kinderbetreuungskosten bei der Ermittlung der kindergeldrelevanten Einkünfte eines Kindes.....	16
Beim Kumulationsverbot im Investitionszulagerecht können einzelne Baumaßnahmen getrennt zu betrachten sein .....	19	Keine Veranlagung nach bestandskräftiger Ablehnung.....	16
Benennung von Vergleichswohnungen bei einem Mieterhöhungsverlangen.....	22	Keine Vorsteuerberichtigung wegen Entnahme aus dem Betriebsvermögen bei Einbringung einer vermieteten Wohnung in das Sonderbetriebsvermögen einer GbR .....	27
Berechnung von Unterhaltsleistungen von Selbstständigen ist auf Grundlage eines Dreijahreszeitraums vorzunehmen.....	15	Kindergeld für ein zum Selbstunterhalt unfähiges, studierendes Kind.....	17
Betriebsübergang bei Rettungszweckverband.....	9	Kündigung wegen Verletzung von Anzeige- und Nachweispflichten bei Arbeitsunfähigkeit.....	11
Bundesfinanzhof äußert ernstliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der sog. Zinsschranke .....	20	Leistungsbeschreibung in einer zum Vorsteuerabzug geeigneten Rechnung .....	24
Degressive Abschreibung ist auch bei Inanspruchnahme durch einen Rechtsnachfolger mit dem Jahresbetrag zu berücksichtigen .....	15	Lohnsteuerliche Behandlung der Übernahme von Studiengebühren für ein berufsbegleitendes Studium durch den Arbeitgeber.....	21
Die Lieferung von Speisen an Kindertagesstätten unterliegt dem Regelsteuersatz, wenn Dienstleistungselemente überwiegen .....	23	Mindestanforderung an ordnungsgemäßes Fahrtenbuch.....	17
Einfuhrumsatzsteuer ohne vorherige Entrichtung als Vorsteuer abzugsfähig, wenn Steuerschuldner und Vorsteuerabzugsberechtigter identisch sind .....	23	Möglichkeit der Bestellung eines Betreuers trotz Vorsorgevollmacht.....	29
Einkommensteuerschulden im Todesjahr des Erblassers sind als Nachlassverbindlichkeiten abziehbar.....	13	Neuregelung des Erlasses von Grundsteuer wegen wesentlicher Ertragsminderung ist verfassungsgemäß.....	7
Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks in das Handelsregister.....	29	Schadensersatzpflicht des Bankkunden als Opfer von 'Pharming' .....	29
Erstmalige Anwendung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf GmbH-Geschäftsführer .....	10	Steuerfreiheit von Sanierungsgewinnen .....	19
Festsetzung von Schenkungsteuer gegenüber dem Schenker nach Entrichtung der Steuer durch Bedachten nicht mehr zulässig.....	13	Tagesordnungspunkte sind in der Einladung zu einer Wohnungseigentümer-Versammlung nur schlagwortartig zu bezeichnen .....	28
Frage nach Schwerbehinderung im Arbeitsverhältnis nach Ablauf von sechs Monaten zulässig .....	10	Termine August 2012 .....	6
Freiwilligendienste im Ausland sind keine Berufsausbildung .....	16	Termine September 2012 .....	7
		Übergangsregelung zu Belegnachweispflichten bei innergemeinschaftlichen Lieferungen ab 1.1.2012.....	25
		Übernachungskosten und regelmäßige Arbeitsstätte bei Lkw-Fahrern .....	17
		Verkauf einer Vielzahl von Gegenständen über mehrere Jahre bei eBay kann umsatzsteuerpflichtig sein.....	25

Verwendung des von einem Steuerpflichtigen errichteten Gebäudes für private Zwecke des Personals ist keine steuerfreie Vermietung.....	26
Volljährige geistig behinderte Person als Pflegekind.....	18
Voraussetzung für den Verlustabzug bei Verschmelzung oder Spaltung vor dem 12.12.2006 .....	20
Vorsteuer musste wegen bis zum 15.12.2004 außerhalb einer Lieferkette gewährter Rabatte nicht berichtigt werden .....	25

Vorsteuerabzug auch dann, wenn der erworbene Gegenstand zunächst nicht genutzt wird.....	26
Während des Insolvenzverfahrens begründete aber erst danach entstandene Steuererstattungsansprüche gehören zur Insolvenzmasse .....	30
Zahlungsverzug - Höhe der Verzugszinsen .....	8
Zeitliche Geltung eines Kindergeldantrags.....	18

## Termine August 2012

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

Steuerart	Fälligkeit	Ende der Schonfrist bei Zahlung durch	
		Überweisung <sup>1</sup>	Scheck <sup>2</sup>
Lohnsteuer, Kirchensteuer, Solidaritätszuschlag <sup>3</sup>	10.8.2012	13.8.2012	7.8.2012
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>	10.8.2012	13.8.2012	7.8.2012
Gewerbsteuer <sup>5</sup>	15.8.2012	20.8.2012	10.8.2012
Grundsteuer <sup>5</sup>	15.8.2012	20.8.2012	10.8.2012
Sozialversicherung <sup>6</sup>	29.8.2012	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; bei Vierteljahreszahlern mit Dauerfristverlängerung für das vorangegangene Kalendervierteljahr.

<sup>5</sup> In Bundesländern, in denen der 15.8.2012 ein Feiertag ist, gilt der 16.8.2012 als Fälligkeitstermin mit einer Schonfrist 20.8.2012.

<sup>6</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 27.8.2012) 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 September 2012

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>	10.9.2012	13.9.2012	7.9.2012
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	10.9.2012	13.9.2012	7.9.2012
Körperschaftsteuer, Solidaritätszuschlag	10.9.2012	13.9.2012	7.9.2012
Umsatzsteuer <sup>4</sup>	10.9.2012	13.9.2012	7.9.2012
Sozialversicherung <sup>5</sup>	26.9.2012	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 dann bis spätestens zwei Arbeitstage vor Fälligkeit (d. h. am 24.9.2012) 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.

## Neuregelung des Erlasses von Grundsteuer wegen wesentlicher Ertragsminderung ist verfassungsgemäß

Bis zum 31.12.2007 bestand ein Anspruch auf Teilerlass der Grundsteuer, wenn der tatsächliche Rohertrag aus der Vermietung oder Verpachtung eines bebauten Grundstücks in einem Jahr um mehr als 20% niedriger war als der normale Rohertrag. Voraussetzung war auch, dass die Mindereinnahmen nicht vom Grundstückseigentümer zu vertreten waren. Ab 2008 besteht ein Anspruch erst dann, wenn der tatsächliche Rohertrag in einem Jahr um mehr als 50% niedriger ist als der normale Rohertrag. In diesen Fällen ist die Grundsteuer nur in Höhe von 25% zu erlassen, es sei denn, es wird kein Rohertrag erzielt. Dann ist die Grundsteuer um 50% zu erlassen.

Der Bundesfinanzhof<sup>1</sup> hält diese Neuregelung nicht für verfassungswidrig.

<sup>1</sup> BFH, Urt. v. 18.4.2012, II R 36/10, LEXinform 0927896.

### **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 1.1.2010:

<b>Zeitraum</b>	<b>Basiszinssatz</b>	<b>Verzugszinssatz</b>	<b>Verzugszinssatz für Rechtsgeschäfte ohne Verbraucherbeteiligung</b>
1.1. bis 30.6.2010	0,12 %	5,12 %	8,12 %
1.7. bis 31.12.2010	0,12 %	5,12 %	8,12 %
1.1. bis 30.6.2011	0,12 %	5,12 %	8,12 %
1.7. bis 31.12.2011	0,37 %	5,37 %	8,37 %
1.1. bis 30.6.2012	0,12 %	5,12 %	8,12 %
1.7. bis 31.12.2012	0,12 %	5,12 %	8,12 %

<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.



### **Anwendbarkeit tariflicher Ausschlussfristen auf Abgeltungsanspruch**

Auch der Anspruch auf Abgeltung des Schwerbehindertenzusatzurlaubs kann aufgrund tariflicher Ausschlussfristen verfallen. Der Grundsatz, dass der Übertragungszeitraum (in dem der Urlaubsanspruch bei durchgängiger Arbeitsunfähigkeit nicht verfallen kann) deutlich länger sein muss als der Bezugszeitraum, gilt hier nicht.

So entschied das Bundesarbeitsgericht<sup>1</sup> im Falle eines schwerbehinderten Arbeitnehmers, der aufgrund durchgängiger Arbeitsunfähigkeit bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses und darüber hinaus bis zum Beginn seiner vollen Erwerbsminderung insgesamt 49 Urlaubstage nicht nehmen konnte. Ansprüche machte der Arbeitnehmer erst nach Ablauf der im Tarifvertrag vorgesehenen Ausschlussfrist von zwei Monaten geltend. Er berief sich auf die Auslegung der Arbeitszeitrichtlinie durch den Europäischen Gerichtshof, wonach Urlaubsansprüche bei andauernder Arbeitsunfähigkeit nicht verfallen sollen.

Nach Auffassung des Gerichts stand die tarifliche Regelung in Einklang mit den Vorgaben der Arbeitszeitrichtlinie, da im Unterschied zum Urlaubsanspruch die Arbeitsunfähigkeit der Geltendmachung eines reinen Geldanspruchs nicht entgegensteht. Dies gilt auch für die Abgeltung des Schwerbehindertenzusatzurlaubs.

### **Außerordentliche Kündigung wegen „Stalking“ kann auch ohne Abmahnung gerechtfertigt sein**

Ein Arbeitnehmer, der die Privatsphäre und den deutlichen Wunsch einer Arbeitskollegin, nicht-dienstliche Kontaktaufnahmen mit ihr zu unterlassen, nicht respektiert, begeht einen schwerwiegenden Verstoß gegen seine vertragliche Nebenpflicht. Dieser Verstoß kann die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen. Ob es zuvor einer einschlägigen Abmahnung bedarf, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. (Quelle: Urteil des Bundesarbeitsgerichts<sup>2</sup>)

### **Betriebsübergang bei Rettungszweckverband**

Wird einer mit der Notfallrettung beauftragten privaten Hilfsorganisation dieser Auftrag gekündigt, so gehen die Arbeitsverhältnisse ihrer Arbeitnehmer infolge Betriebsübergangs nur dann auf den Träger des öffentlichen Rettungsdienstes über, wenn dieser die Notfallrettung selbst übernimmt, nicht jedoch, wenn er andere private Hilfsorganisationen damit betraut.

(Quelle: Urteil des Bundesarbeitsgerichts<sup>3</sup>)

<sup>1</sup> BAG, Urt. v. 13.12.2011, 9 AZR 399/10, DB 2012, S. 923, LEXinform 1578956.

<sup>2</sup> BAG, Urt. v. 19.4.2012, 2 AZR 258/11, Pressemitteilung Nr. 32/12, LEXinform 0437825.

<sup>3</sup> BAG, Urt. v. 10.5.2012, 8 AZR 639/10, Pressemitteilung Nr. 33/12, LEXinform 0437899

## **Erstmalige Anwendung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf GmbH-Geschäftsführer**

Ein auf eine bestimmte Dauer bestellter Geschäftsführer einer GmbH, der nach Ablauf seines Vertrags nicht als Geschäftsführer weiterbeschäftigt wird, fällt in den Schutzbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG).

Der medizinische Geschäftsführer einer städtischen Klinik hatte mit dieser einen Anstellungsvertrag über fünf Jahre vereinbart. Zum Ablauf des Vertrags war der Geschäftsführer 62 Jahre alt. Sein Vertrag wurde nicht verlängert. Die Stelle bekam ein 41-jähriger Mitbewerber.

Der Bundesgerichtshof<sup>1</sup> sah darin eine unzulässige Altersdiskriminierung. Das AGG ist auf Geschäftsführer einer GmbH anwendbar, soweit es um den Zugang zu dem Geschäftsführeramt und um den beruflichen Aufstieg geht. Die Nichtverlängerung des Vertrags war eine Entscheidung über den Zugang zu dem Amt. Außerdem ist die Beweislastregel des AGG<sup>2</sup> anwendbar. Danach muss der Bewerber nur Indizien beweisen, aus denen sich eine Diskriminierung ergibt. Das Unternehmen hat dann zu beweisen, dass der Bewerber nicht wegen seines Alters oder aus anderen unzulässigen Gründen benachteiligt worden ist. Hier hatte der Aufsichtsratsvorsitzende gegenüber der Presse erklärt, dass der Kläger wegen seines Alters nicht weiterbeschäftigt worden sei. Man habe wegen des „Umbruchs auf dem Gesundheitsmarkt“ einen Bewerber gewählt, der das Unternehmen „langfristig in den Wind stellen“ könne. Das hat der Bundesgerichtshof als ausreichend für die Beweislastumkehr angesehen. Die Klinik konnte das Gegenteil nicht beweisen.

## **Frage nach Schwerbehinderung im Arbeitsverhältnis nach Ablauf von sechs Monaten zulässig**

Ein schwerbehinderter Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis sechs Monate bestanden hat, und der deshalb den besonderen Kündigungsschutz für Schwerbehinderte<sup>3</sup> genießt, ist verpflichtet, dem Arbeitgeber auf Befragen seine Schwerbehinderteneigenschaft zu offenbaren. Andernfalls darf er sich im Kündigungsschutzprozess nicht mehr auf seine Schwerbehinderteneigenschaft berufen, sodass ihm leichter gekündigt werden kann. Dies hat das Bundesarbeitsgericht<sup>4</sup> entschieden.

Es ging um den Fall eines Schwerbehinderten, der für zwei Jahre in einem Unternehmen gearbeitet hatte. Als das Unternehmen in wirtschaftliche Schwierigkeiten geriet und der Insolvenzverwalter die Beschäftigten in einem Fragebogen um die Überprüfung bzw. Vervollständigung der ihm vorliegenden Daten bat, u. a. zum Vorliegen einer Schwerbehinderung, wies der Schwerbehinderte auf seine Schwerbehinderteneigenschaft nicht hin. Daraufhin kündigte der Insolvenzverwalter das Arbeitsverhältnis. Erst danach teilte der Schwerbehinderte dem Insolvenzverwalter die Schwerbehinderteneigenschaft mit.

Die Kündigungsschutzklage des Schwerbehinderten hatte keinen Erfolg. Das Bundesarbeitsgericht entschied, dass es ihm infolge der wahrheitswidrigen Beantwortung der ihm rechtmäßig gestellten Frage nach seiner Schwerbehinderteneigenschaft verwehrt sei, sich im Kündigungsschutzprozess auf diese Eigenschaft zu berufen. Es liege ein Fall des so genannten widersprüchlichen Verhaltens vor. Die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft, die im Vorfeld einer vom Arbeitgeber beabsichtigten Kündigung gestellt wird, müsse vor dem Hintergrund der dem Arbeitgeber obliegenden Pflichten nach dem Kündigungsschutzgesetz<sup>5</sup> und dem Schwerbehindertengesetz<sup>6</sup> gesehen werden. Eine wahrheitsgemäße Beantwortung der Frage sei erforderlich, damit sich der Arbeitgeber rechtstreuhaltend verhalten könne. Wer eine solche Frage wahrheitswidrig beantwortet, verliere den besonderen Kündigungsschutz, wie er sich aus der Schwerbehinderteneigenschaft normalerweise ergibt.

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 23.4.2012, II ZR 163/10, Pressemitteilung Nr. 49/2012, LEXinform 0437834.

<sup>2</sup> § 22 AGG.

<sup>3</sup> § 85 i. V. m. § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX.

<sup>4</sup> BAG, Urt. v. 16.2.2012, 6 AZR 553/10, Pressemitteilung 12/12, DB 2012, S. 1042, LEXinform 0437563.

<sup>5</sup> § 1 Abs. 3 KSchG (Sozialauswahl).

<sup>6</sup> § 85 SGB IX.

## ***Frist zur Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen nach dem Antidiskriminierungsgesetz***

Ansprüche auf Entschädigung oder Schadensersatz nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) müssen innerhalb von zwei Monaten ab Kenntnis der Benachteiligung geltend gemacht werden, weil sie sonst verfallen. Dies hat das Bundesarbeitsgericht<sup>1</sup> in letzter Instanz entschieden und folgte damit den Urteilen der unteren Instanzen, die zu dem gleichen Ergebnis gekommen waren.

Das Verfahren betraf einen Schwerbehinderten, der sich im Jahr 2008 unter Hinweis auf seine Schwerbehinderteneigenschaft um eine von drei Stellen für Lehrkräfte an einer Justizvollzugsanstalt beworben hatte. Mit Schreiben vom 29.8.2008, welches ihm am 2.9.2008 zuzuging, lehnte das beklagte Land die Bewerbung ab. Das Schreiben, mit dem der Schwerbehinderte Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche wegen Diskriminierung gegen das Land geltend machte, ging dort erst am 4.11.2008 ein.

Dies war nach der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zu spät. Nach Ansicht des Gerichts begann die maßgebliche Frist<sup>2</sup> bereits in dem Moment, in dem der Kläger das Ablehnungsschreiben erhielt. Aus der Tatsache, dass er entgegen gesetzlicher Vorschriften<sup>3</sup> trotz des Hinweises auf seine Schwerbehinderung von dem öffentlichen Arbeitgeber nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen wurde, habe er erkennen können, dass er diskriminiert worden sei. Ab diesem Zeitpunkt verblieben ihm nur zwei Monate, um seine Ansprüche bei dem potenziellen Arbeitgeber geltend zu machen. Diese seien vorliegend überschritten.

## ***Kündigung wegen Verletzung von Anzeige- und Nachweispflichten bei Arbeitsunfähigkeit***

Ein Kundendiensttechniker hatte entgegen ausdrücklicher Weisung seines Arbeitgebers Fahrtenbuch und Schlüssel des Dienstwagens nicht im Betrieb hinterlegt sowie Arbeitsunfähigkeitszeiten nicht nahtlos angezeigt bzw. nachgewiesen. Er wurde daraufhin abgemahnt und schließlich gekündigt. Im anschließenden Kündigungsschutzprozess hatte er vorgetragen, aufgrund einer akuten depressiven Episode mit völliger Antriebsschwäche nicht zur Erfüllung seiner Pflichten imstande gewesen zu sein.

Eine verhaltensbedingte Kündigung ist sozial gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer seine Vertragspflichten erheblich und in der Regel schuldhaft verletzt hat, eine dauerhaft störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft nicht mehr zu erwarten ist und die Auflösung des Arbeitsverhältnisses in Abwägung der Interessen beider Vertragsteile angemessen erscheint.<sup>4</sup> Werden dem Arbeitnehmer - wie in diesem Fall - Ordnungsverstöße ohne besondere schwerwiegende Folgen vorgeworfen, ist Voraussetzung, dass die Nichterfüllung der vertraglichen Pflichten dem Arbeitnehmer vorwerfbar ist, dieser also seine Handlungsweise steuern konnte. Ist ihm die Pflichterfüllung vorübergehend subjektiv nicht möglich, ist er für diese Zeit von der Pflichterfüllung befreit. Berufet sich der Arbeitnehmer in einem solchen Fall auf eine Krankheit, muss er substantiiert darlegen, woran er erkrankt war und weshalb ihm die Erfüllung seiner Pflichten nicht möglich war.

Das Bundesarbeitsgericht<sup>5</sup> hat die Sache an das Landesarbeitsgericht zurück verwiesen, um dem Arbeitgeber Gelegenheit zu geben, das Vorbringen des Arbeitnehmers zu seiner Erkrankung zu entkräften.

<sup>1</sup> BAG, Urt. v. 15.3.2012, 8 AZR 160/11, Pressemitteilung 21/12, LEXinform 0437684.

<sup>2</sup> § 15 Abs. 4 AGG.

<sup>3</sup> § 82 SGB IX.

<sup>4</sup> z. B. BAG, Urt. v. 9.6.2011, 2 AZR 284/10, DB 2011, S. 2724, LEXinform 1575403.

<sup>5</sup> BAG, Urt. v. 3.11.2011, 2 AZR 748/10, DB 2012, S. 926, LEXinform 1578686.

## **Kein Auskunftsanspruch nicht berücksichtigter Stellenbewerber, aber Beweislastvorteil**

Arbeitgeber müssen zukünftig verstärkt damit rechnen, von nicht berücksichtigten Stellenbewerbern auf Schadenersatz nach dem Antidiskriminierungsgesetz<sup>1</sup> in Anspruch genommen zu werden, falls sie ihnen die Gründe für ihre Nichtberücksichtigung nicht mitteilen und erläutern. Zwar hat der Europäische Gerichtshof<sup>2</sup> entschieden, ein abgelehnter Stellenbewerber habe keinen Anspruch darauf, dass ihm der potenzielle Arbeitgeber mitteilt, wer stattdessen eingestellt wurde und nach welchen Kriterien. Eine vollständige Verweigerung von Auskünften könne aber den Verdacht einer Diskriminierung begründen, so dass der Arbeitgeber beweispflichtig dafür werde, dass eine solche nicht vorgelegen hat.

In diesem Zusammenhang legte der Europäische Gerichtshof dar, dass die Antidiskriminierungsrichtlinien des europäischen Rechts<sup>3</sup> eine zweigeteilte Beweislast vorsähen: Der abgelehnte Stellenbewerber müsse Tatsachen nennen und gegebenenfalls beweisen, die den Verdacht einer Diskriminierung begründen. Gelingt ihm dies, sei es Sache des potenziellen Arbeitgebers, diesen Verdacht durch Angabe von Tatsachen zu entkräften.

Im vorliegenden Fall ging es um eine 45-jährige Ingenieurin russischer Herkunft, die sich auf eine Stelle als Softwareentwicklerin beworben hatte. Als sie keine Einladung zu einem Vorstellungsgespräch erhielt, dann aber feststellte, dass die Stelle ein weiteres Mal ausgeschrieben wurde und sie wiederum keine Einladung erhielt, verlangte sie von dem potenziellen Arbeitgeber Schadenersatz, weil sie wegen ihres Geschlechts, ihres Alters und ihrer ethnischen Herkunft benachteiligt worden sei. Darüber hinaus verlangte sie, dass der potenzielle Arbeitgeber ihr die Bewerbungsunterlagen des eingestellten Konkurrenten zur Verfügung stelle, damit sie beweisen könne, dass sie über eine bessere Qualifikation verfüge. Das Arbeitsgericht und das Landesarbeitsgericht haben die Klage abgewiesen, das Bundesarbeitsgericht<sup>4</sup> legte das Verfahren dem Europäischen Gerichtshof vor, damit dieser über die Auslegung des höherrangigen europäischen Rechts entscheide.

Der Europäische Gerichtshof stellte fest, die deutschen Gerichte hätten die in den Antidiskriminierungsrichtlinien vorgeschriebenen Gleichbehandlungsziele zu beachten. Bei der Frage, ob genügend Indizien für eine Diskriminierung vorliegen, müssten daher alle Umstände berücksichtigt werden. Dazu zählte der Europäische Gerichtshof im vorliegenden Fall den Umstand, dass der potenzielle Arbeitgeber nicht bestritt, dass die Qualifikation der Bewerberin den Anforderungen der Stellenanzeige entsprach und dass die Stellenbewerberin von dem potenziellen Arbeitgeber nach Veröffentlichung der beiden Stellenausschreibungen nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen wurde. Diese Umstände könnten in Verbindung mit der Tatsache, dass der potenzielle Arbeitgeber der Stellenbewerberin überhaupt keine Auskünfte gegeben habe, den Verdacht einer Diskriminierung begründen mit der Folge, dass dann der potenzielle Arbeitgeber überzeugende Tatsachen vortragen müsse, weshalb er sich für einen anderen Bewerber entschieden habe. Gelingt ihm dies nicht, könnten Schadenersatzansprüche der abgelehnten Bewerberin begründet sein.

<sup>1</sup> § 7 Abs. 1 i. V. m. § 1 AGG.

<sup>2</sup> EuGH, Urt. v. 19.4.2012, C-415/10, DB 2012, S. 980, LEXinform 0589823.

<sup>3</sup> Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43/EG v. 29.6.2000, Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG v. 27.11.2000 und Art. 19 Abs. 1 der Richtlinie 2006/54/EG v. 5.7.2006.

<sup>4</sup> BAG, Beschl. v. 20.5.2010, 8 AZR 287/08, LEXinform 1564764.

### ***Einkommensteuerschulden im Todesjahr des Erblassers sind als Nachlassverbindlichkeiten abziehbar***

Die Erbschaftsteuer ist eine sog. Erbanfallsteuer. Der Besteuerung unterliegt nicht der Nachlass, sondern die jeweils beim Erben eingetretene Bereicherung. In den Fällen des Erwerbs von Todes wegen ist deshalb der Vermögensanfall um die Nachlassverbindlichkeiten zu mindern. Nachlassverbindlichkeiten sind insbesondere die Schulden des Erblassers und die durch den Sterbefall entstandenen Kosten. Abzugsfähig sind auch Steuerschulden des Erblassers, sofern sie spätestens zum Zeitpunkt der Entstehung der Erbschaftsteuer entstanden, aber noch nicht getilgt sind. Nicht entscheidend ist, dass die Steuern gegen den Erblasser bereits festgesetzt waren.

Das Finanzgericht Düsseldorf<sup>1</sup> hat entschieden, dass auch die in der Person des Erblassers bis zu seinem Todestag entstandenen Einkommensteuerschulden als Nachlassverbindlichkeiten zu berücksichtigen sind.

Mit dieser Entscheidung weicht das Finanzgericht von der Auffassung der Finanzverwaltung ab. Der Bundesfinanzhof muss nun Klarheit schaffen.

### ***Festsetzung von Schenkungsteuer gegenüber dem Schenker nach Entrichtung der Steuer durch Bedachten nicht mehr zulässig***

Bei einer Schenkung sind sowohl der Beschenkte als auch der Schenker Schuldner der Steuer. Zahlt der Beschenkte die Steuer nicht, kann das Finanzamt den Schenker in Anspruch nehmen. Der folgende Fall zeigt, dass dabei auch Besonderheiten zu beachten sind:

Eine Frau schenkte ihrer Freundin einen Betrag von 2 Mio. €. Die Freundin entrichtete zunächst die Schenkungsteuer. Ein Jahr später ließ sie den Antrag stellen, den Schenkungsteuerbescheid aufzuheben. Den Antrag begründete sie damit, dass die Schenkung widerrufen worden war, obwohl dies nicht der Wahrheit entsprach. Das Finanzamt folgte dem Antrag und erstattete die Steuer. Nachdem es bemerkt hatte, dass dem Antrag unrichtige Angaben zugrunde lagen, setzte es die Steuer erneut fest. Da die Beschenkte die Steuer nicht vollständig entrichtete, setzte das Finanzamt auch gegen die Schenkerin Schenkungsteuer fest.

Dies war nicht mehr möglich, weil die Steuerschuld bereits getilgt und die spätere Erstattung an die Beschenkte nicht mehr in der Person der Schenkerin lag, sodass sie auch nicht mehr als Gesamtschuldnerin in Anspruch genommen werden konnte.

(Quelle: Urteil des Bundesfinanzhofs<sup>2</sup>).

<sup>1</sup> FG Düsseldorf, Urt. v. 2.11.2011, 4 K 2263/11, (Revision eingelegt, Az. BFH: II R 56/11), EFG 2012, S. 259, DStRE 2012, S. 573, LEXinform 5012961.

<sup>2</sup> BFH, Urt. v. 29.2.2012, II R 19/10, DB 2012, S. 1188, LEXinform 0927776.

## ***Ablehnung der Zusammenveranlagung von eingetragenen Lebenspartnerschaften auf dem rechtlichen Prüfstand***

Nach einer Entscheidung des Bundesfinanzhofs<sup>1</sup> steht das Recht auf eine Zusammenveranlagung nur Ehegatten zu. Für gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften ist eine analoge Anwendung gesetzlich nicht vorgesehen. Grundgesetzlich ist lediglich die Ehe zu schützen und zu fördern. Eine Ausdehnung des Splittingverfahrens auf eingetragene Lebenspartnerschaften würde auch zu einer verfassungsrechtlich bedenklichen Benachteiligung von nahen Verwandten führen, die eine Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft bilden.

Allerdings ist den Antragstellern vorläufiger Rechtsschutz dadurch gewährt worden, dass das beklagte Finanzamt Aussetzung der Vollziehung einräumen muss. Beim Bundesverfassungsgericht<sup>2</sup> liegen nämlich mehrere Verfahren, in denen auch über das Recht auf eine Zusammenveranlagung für eingetragene Lebenspartnerschaften zu entscheiden ist.

## ***Bei Verzicht auf Pachteinnahmen im Rahmen einer Betriebsaufspaltung sind die Betriebsausgaben zu kürzen***

Das Finanzgericht Münster<sup>3</sup> hat über folgenden Fall entschieden: Ein mehrheitlich an einer GmbH beteiligter Gesellschafter vermietete Teile eines Grundstücks und bewegliche Wirtschaftsgüter an die GmbH. Es lag eine Betriebsaufspaltung vor. Zur Vermeidung der Insolvenz der GmbH (Betriebsgesellschaft) verzichtete der Gesellschafter auf die ursprünglich vereinbarten Pachteinnahmen.

Das Finanzgericht entschied, dass der Verzicht auf die Pachteinnahmen gesellschaftsrechtlich veranlasst sei und in einem mittelbaren Zusammenhang mit Beteiligungserträgen des Gesellschafters aus der Betriebsgesellschaft stehe. Diese Beurteilung hat zur Folge, dass die Betriebsausgaben, die auf die vermieteten Wirtschaftsgüter (Grundstück, bewegliche Wirtschaftsgüter) entfallen, nur teilweise abzugsfähig sind. Es ist das sog. Teileinkünfteverfahren (ab 2009, bis einschließlich 2008 galt das Halbeinkünfteverfahren) anzuwenden. Das Teileinkünfteverfahren führt im Ergebnis dazu, dass Gewinnausschüttungen mit 60 % steuerpflichtig werden und in dieser Höhe dem persönlichen Einkommensteuersatz des jeweiligen Gesellschafters unterliegen. Korrespondierend dazu werden alle Aufwendungen, die im wirtschaftlichen Zusammenhang mit einer solchen Gewinnausschüttung angefallen sind, nur mit 60 % steuermindernd berücksichtigt.

Einen mittelbaren Zusammenhang zwischen den Betriebsausgaben und der Gewinnausschüttung bzw. dem Gesellschaftsverhältnis schließt das Finanzgericht nur aus, wenn die Vereinbarung über den Pachtverzicht dem Fremdvergleich standhält, mithin ein fremder Dritter bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns ebenfalls auf die Forderung verzichtet hätte.

Der Bundesfinanzhof muss abschließend entscheiden.

## ***Abschreibungen auf Windkraftanlagen auch vor Inbetriebnahme möglich***

Ein Windpark setzt sich aus folgenden selbstständigen Wirtschaftsgütern zusammen:

- Jede einzelne Windkraftanlage (WKA) mit Transformator und der inneren Verkabelung
- Externe Verkabelung vom Transformator bis zum Stromnetz sowie der Übergabestation, wenn dadurch mehrere WKA verbunden sind
- Zuwegung zur Anlage

Die Abschreibung kann vorgenommen werden, sobald Besitz, Gefahr, Nutzungen und Lasten der Anlage auf den Erwerber übergegangen sind (sog. wirtschaftliches Eigentum). Eine Inbetriebnahme ist nicht erforderlich.

(Quelle: Urteil des Bundesfinanzhofs<sup>4</sup>)

<sup>1</sup> BFH, Beschl. v. 5.3.2012, III B 6/12, LEXinform 5906723.

<sup>2</sup> BVerfG, 2 BvR 909/06, 2 BvR 1981/06 und 2 BvR 288/07.

<sup>3</sup> FG Münster, Urt. v. 11.1.2012, 10 K 4592/08, (Revision eingelegt, Az. BFH: X R 6/12), EFG 2012, S. 676, LEXinform 5013192.

<sup>4</sup> BFH, Urt. v. 1.2.2012, I R 57/10, DStR 2012, S. 841, DB 2012, S. 950, LEXinform 0928027.



### ***Aufwendungen für Tankausbau keine nachträglichen Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung***

Aufwendungen für den Ausbau eines Erdtanks nach Veräußerung des Grundstücks sind keine nachträglichen Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung. Dieser Entscheidung des Bundesfinanzhofs<sup>1</sup> lag folgender Fall zu Grunde:

Nach Veräußerung eines vermieteten Objekts stellte der Erwerber fest, dass sich auf dem Grundstück ein länger nicht mehr genutzter Erdtank befand. Drei Monate nach der Veräußerung ersetzte der Verkäufer dem Erwerber die dafür notwendigen Kosten und machte diese als nachträgliche Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung geltend.

Das Gericht hat dazu festgestellt, dass hier kein Veranlassungszusammenhang zwischen der früheren Vermietung und diesen nachträglich angefallenen Kosten besteht, sondern dass diese Kosten im Zusammenhang mit der Veräußerung zu sehen sind. Ein Abzug als nachträgliche Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung kommt deshalb nicht in Betracht. Die Kosten hätten allenfalls bei der Ermittlung eines Veräußerungsgewinns abgezogen werden können, wenn das Grundstück innerhalb der zehnjährigen Veräußerungsfrist verkauft worden wäre.

### ***Berechnung von Unterhaltsleistungen von Selbstständigen ist auf Grundlage eines Dreijahreszeitraums vorzunehmen***

Ein Gewerbetreibender machte in seiner Einkommensteuererklärung für 2008 Unterhaltsleistungen an seine bedürftige Mutter in Höhe von 4.284 € geltend. Das Finanzamt berücksichtigte nur 1.379 €, die es auf Grundlage der Einkünfte 2008 abzüglich Steuern berechnete.

Der Bundesfinanzhof<sup>2</sup> hält diese Berechnung nicht für korrekt, weil sie Schwankungen, die bei Einkünften von Selbstständigen regelmäßig vorkommen, nicht berücksichtigt. Richtig ist deshalb eine Berechnung auf der Grundlage von drei Jahren. Dabei sind Steuerzahlungen in den Jahren zu berücksichtigen, in denen sie gezahlt werden.

### ***Degressive Abschreibung ist auch bei Inanspruchnahme durch einen Rechtsnachfolger mit dem Jahresbetrag zu berücksichtigen***

Eine Erblasserin hatte Mitte Dezember eine vom Bauträger errichtete Eigentumswohnung erworben. Die Wohnung sollte zu eigenen Wohnzwecken genutzt werden. Ende Dezember desselben Jahres verstarb die Erblasserin. Der Rechtsnachfolger vermietete die Wohnung ab dem 1. Juli des Folgejahres. Für das Jahr der Wohnungsübergabe machte er die degressive Abschreibung (AfA) in voller Höhe als Jahresbetrag geltend. Das Finanzamt gewährte die AfA nur zeitanteilig für drei Tage.

Die Ansicht des Finanzamts war rechtsfehlerhaft. Der Anspruch auf die degressive AfA besteht erstmals im Jahr der Anschaffung oder Herstellung. Es handelt sich um keine zeitanteilig zu berücksichtigende, sondern um eine Jahres-AfA.

Unerheblich war, dass die Erblasserin die Wohnung nicht vermieten, sondern selbst bewohnen wollte. Da die Erblasserin keine AfA in Anspruch genommen hatte und die Rechtsnachfolge noch im Laufe desselben Jahres eingetreten war, stand dem Rechtsnachfolger die volle Jahres-AfA zu.

(Quelle: Urteil des Bundesfinanzhofs<sup>3</sup>)

<sup>1</sup> BFH, Urt. v. 24.1.2012, IX R 16/11, LEXinform 0928440.

<sup>2</sup> BFH, Urt. v. 28.3.2012, VI R 31/11, DStR 2012, S. 1084, LEXinform 0928636.

<sup>3</sup> BFH, Urt. v. 7.2.2012, IX R 27/10, BFH/NV 2012, S. 736, LEXinform 0928052.

### ***Freiwilligendienste im Ausland sind keine Berufsausbildung***

Der Freiwilligendienst ist grundsätzlich keine Berufsausbildung. Soweit er bei keiner nach dem Jugendfreiwilligendienstgesetz anerkannten Einrichtung abgeleistet wird, liegen auch nicht die sonstigen Voraussetzungen zur Gewährung eines Kinderfreibetrags vor.

Allerdings besteht die Möglichkeit der Anerkennung als Berufsausbildung durch einen im Ausland absolvierten Freiwilligendienst. Voraussetzung ist, dass die Auslandsdienstzeit durch einen angeschlossenen theoretisch-systematisch begleitend durchgeführten Sprachunterricht von mindestens 10 Wochenstunden ergänzt wird.

(Quelle: Urteil des Bundesfinanzhofs<sup>1</sup>)

### ***Keine Berücksichtigung von Kinderbetreuungskosten bei der Ermittlung der kindergeldrelevanten Einkünfte eines Kindes***

Die eigenen Einkünfte eines Kindes werden durch dessen Unterhaltsleistung an sein eigenes Kind grundsätzlich nicht gemindert. Auch eine Berücksichtigung von außergewöhnlichen Belastungen bei der Ermittlung dieser Einkünfte kommt nicht in Betracht. Eine Entscheidung des Bundesfinanzhofs<sup>2</sup> betraf einen Fall aus 2002. Zum damaligen Zeitpunkt konnten Kinderbetreuungskosten als außergewöhnliche Belastung abgezogen werden. Ab 2006 wurden dann erwerbsbedingte Kinderbetreuungskosten einkünftermindernd berücksichtigt und hatten somit auch Einfluss auf die Höhe der Einkünfte.

Mit Wirkung ab 2012 sind Kinderbetreuungskosten nur noch im Rahmen der Sonderausgaben abziehbar. Die Frage nach der Höhe der Einkünfte oder Bezüge des Kindes hat jedoch ab 2012 mit Wegfall der Einkommensgrenze keine Bedeutung mehr.

### ***Keine Veranlagung nach bestandskräftiger Ablehnung***

Ist bei Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit ein Antrag auf Veranlagung zur Einkommensteuer bestandskräftig abgelehnt worden, kommt eine spätere erneute Veranlagung nicht mehr in Betracht.

Eine solche Antragsveranlagung ist u. a. nur durchzuführen, wenn die positive Summe der einkommensteuerlichen Einkünfte, die nicht dem Lohnsteuerabzug unterliegen haben, mehr als 410 € beträgt. Nach der bis 2007 geltenden Regelung musste in diesen Fällen eine Einkommensteuererklärung bis zum Ablauf des auf den Veranlagungszeitraum folgenden zweiten Kalenderjahrs eingereicht werden. Durch das Jahressteuergesetz 2008 ist die Zweijahresfrist weggefallen. Diese Änderung gilt erstmals ab dem Veranlagungszeitraum 2005. Für frühere Jahre gibt es eine Übergangsregelung.

Weder nach der alten noch nach der neuen Regelung besteht die Möglichkeit, bei bestandskräftiger Ablehnung eine erneute Steuererklärung einzureichen. Auch durch Grundlagenbescheid später festgestellte negative Einkünfte rechtfertigen keine erneute Veranlagung.

(Quelle: Urteil des Bundesfinanzhofs<sup>3</sup>)

<sup>1</sup> BFH, Urt. v. 9.2.2012, III R 78/09, BFH/NV 2012, S. 940, LEXinform 0927457.

<sup>2</sup> BFH, Urt. v. 9.2.2012, III R 73/09, BFH/NV 2012, S. 1046, LEXinform 0927456.

<sup>3</sup> BFH, Urt. v. 9.2.2012, VI R 34/11, DB 2012, S. 1307, LEXinform 0928638.



### **Kindergeld für ein zum Selbstunterhalt unfähiges, studierendes Kind**

Bei der Prüfung, ob ein an Depressionen leidendes Kind über sein 27. bzw. 25. Lebensjahr hinaus als behindertes Kind zu berücksichtigen ist, bedarf es eines Nachweises dieser seelischen Behinderung. Allein ein wiederholter Studienfachwechsel lässt keine Schlüsse auf die Leistungs- und Ausbildungsfähigkeit des Kindes zu.

Eine solche Behinderung muss für die fehlende Fähigkeit des Kindes zum Selbstunterhalt ursächlich sein. Der Nachweis dafür kann in verschiedener Form geführt werden. Dazu reicht nicht nur die Vorlage eines entsprechenden Schwerbehindertenausweises oder eines Rentenbescheids. Auch Bescheinigungen oder Zeugnisse des behandelnden Arztes oder ein ärztliches Gutachten sind geeignet. Erst wenn eine solche behinderungsbedingte Verzögerung der Ausbildung über das 27. bzw. 25. Lebensjahr nachgewiesen ist, kann ein Anspruch auf Kindergeld bestehen.

(Quelle: Urteil des Bundesfinanzhofs<sup>1</sup>)

### **Mindestanforderung an ordnungsgemäßes Fahrtenbuch**

Wird ein ordnungsgemäßes Fahrtenbuch geführt, kann der Privatanteil nach diesem Fahrtenbuch berechnet werden, sodass die 1 %-Regelung nicht anzuwenden ist. Der Bundesfinanzhof hat inzwischen entschieden, wie ein ordnungsgemäßes Fahrtenbuch auszusehen hat, wobei insbesondere Datum und Ziel der jeweiligen Fahrten ausgewiesen werden müssen.

Eine GmbH hatte die Dienstwagenbesteuerung für ihren Gesellschaftergeschäftsführer nach der 1 %-Regelung vorgenommen und später beim Finanzamt den Antrag gestellt, die private Nutzung für die Vergangenheit nach dem geführten Fahrtenbuch zu ermitteln. Das Finanzamt erkannte das Fahrtenbuch als nicht ordnungsgemäß an und lehnte den Antrag ab, weil nur die Orte und Straßennamen, nicht aber z. B. die Hausnummer oder der Name des Kunden angegeben waren.

Der Bundesfinanzhof<sup>2</sup> bestätigte die Ansicht des Finanzamts. Es reichte auch nicht aus, dass der Geschäftsführer weitere Daten in seinem persönlichen Kalender aufgezeichnet und diese später in das Fahrtenbuch übertragen hatte.

**Hinweis:** Zur Vermeidung von Schwierigkeiten sollte ein Fahrtenbuch sorgfältig und lesbar ausgefüllt werden. Es bietet sich an, die Richtigkeit und Vollständigkeit der Eintragungen von Zeit zu Zeit mit dem Steuerberater abzustimmen.

### **Übernachungskosten und regelmäßige Arbeitsstätte bei Lkw-Fahrern**

Ein im Fernverkehr tätiger Lkw-Fahrer machte in seiner Einkommensteuererklärung Übernachtungspauschalen von 5 € pro Übernachtung und wöchentliche Fahrten zum Lkw-Wechselplatz in Dänemark als Reisekosten geltend. Das Finanzamt lehnte den Ansatz von Übernachtungspauschalen ab und berücksichtigte die Fahrten nur als Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte.

Der Bundesfinanzhof<sup>3</sup> ist allerdings großzügiger. Übernachtet ein Lkw-Fahrer in der Schlafkabine eines Lkw, sind keine Pauschalen für Übernachtungen auf Auslandsdienstreisen anzusetzen. Allerdings können pauschal Kosten für Benutzung der Duschen, Toiletten usw. auf Raststätten angesetzt werden. Dementsprechend sah das Gericht einen Satz von 5 € für angemessen an. Da weder Lkw noch der Lkw-Wechselplatz eine ortsfeste Einrichtung sind, handelt es sich auch nicht um eine regelmäßige Arbeitsstätte. Die Fahrten von der Wohnung zum Lkw-Wechselplatz können deshalb in tatsächlicher Höhe berücksichtigt werden.

<sup>1</sup> BFH, Urt. v. 9.2.2012, III R 47/08, BFH/NV 2012, S. 939, LEXinform 0179275.

<sup>2</sup> BFH, Urt. v. 1.3.2012, VI R 33/10, DStR 2012, S. 1011, DB 2012, S. 1185, LEXinform 0927919.

<sup>3</sup> BFH, Urt. v. 28.3.2012, VI R 48/11, DStR 2012, S. 1074, DB 2012, S. 1306, LEXinform 0928869.

### ***Volljährige geistig behinderte Person als Pflegekind***

Für die Annahme eines kindergeldberechtigten Pflegekindschaftsverhältnisses wird vorausgesetzt, dass die Pflegeperson „durch ein familienähnliches, auf längere Dauer berechnetes Band“ mit dem Pflegekind verbunden ist. Bei einer volljährigen Person, die nach Eintritt der Volljährigkeit in den Haushalt aufgenommen wird, ist dies nur unter ganz besonderen Umständen der Fall.

Hat das Pflegekind eine geistige oder seelische Behinderung, muss die Behinderung so schwer sein, dass der geistige Zustand dem einer minderjährigen Person entspricht. Außerdem müssen die Wohn- und Lebensverhältnisse des Pflegekindes mit den Verhältnissen leiblicher Kinder vergleichbar sein. Die Beziehung zwischen Pflegekind und Pflegeeltern muss zudem auf längere Dauer ausgerichtet sein und es muss die Absicht bestehen, diese Bindung auch zukünftig langjährig aufrecht zu erhalten.

(Quelle: Urteil des Bundesfinanzhofs<sup>1</sup>)

### ***Zeitliche Geltung eines Kindergeldantrags***

Auch wenn ein Kindergeldantrag keine konkreten Angaben dazu enthält, ab wann Kindergeld beansprucht wird, kann dies an Hand der mit dem Antrag vorgelegten Unterlagen beurteilt werden.

Ein aus Vietnam stammender Vater hatte für seine Kinder Kindergeld ab 1997 beantragt. Dem Antrag war eine Kopie der kurz zuvor erteilten Aufenthaltserlaubnis beigefügt. Die Familienkasse zahlte das Kindergeld ab diesem Zeitpunkt, weil nach der geltenden Rechtslage die ausländerrechtlichen Voraussetzungen erfüllt waren.

Der Vater stellte 2008 erneut einen Kindergeldantrag, diesmal für die Zeiträume vor 1997. Er berief sich dabei auf einen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts.<sup>2</sup> Danach war die Regelung der Kindergeldberechtigung für freizügigkeitsberechtigte Ausländer verfassungswidrig. Die erneute Antragstellung begründete er auch damit, dass sein Erstantrag keine konkreten Angaben enthalten hätte, ab wann er Kindergeld beanspruchte. Dieser Antrag hätte somit auch für die früheren Jahre berücksichtigt werden müssen. Die Familienkasse lehnte dies jedoch mit der Begründung ab, es sei Festsetzungsverjährung eingetreten.

Dies hat der Bundesfinanzhof<sup>3</sup> mit der Begründung bestätigt, dass die seinerzeit beigefügte Aufenthaltserlaubnis richtig dahin gehend ausgelegt worden sei, dass auch ab diesem Zeitpunkt Kindergeld beansprucht werden sollte.

<sup>1</sup> BFH, Urt. v. 9.2.2012, III R 15/09, BFH/NV 2012, S. 1043, LEXinform 0179629.

<sup>2</sup> BVerfG, Beschl. v. 6.7.2004, 1 BvL 4/97, LEXinform 0175275.

<sup>3</sup> BFH, Urt. v. 9.2.2012, III R 45/10, BFH/NV 2012, S. 1048, LEXinform 0927903.

### **Beim Kumulationsverbot im Investitionszulagerecht können einzelne Baumaßnahmen getrennt zu betrachten sein**

Der Eigentümer eines Mietwohnhauses in den neuen Bundesländern führte im Jahr 2000 folgende Baumaßnahmen aus: Außenarbeiten, Innenarbeiten und Neubau von Balkonen. Für die Außenarbeiten machte er erhöhte Absetzungen<sup>1</sup> geltend, für die anderen Arbeiten beantragte er eine Investitionszulage. Das Finanzamt lehnte den Antrag ab, weil sich wegen des sog. Kumulationsverbots erhöhte Abschreibungen und Investitionszulagen gegenseitig ausschließen.

Der Bundesfinanzhof<sup>2</sup> entschied zugunsten des Grundstückseigentümers, dass die Baukosten für die Außenarbeiten und Innenarbeiten getrennt zu betrachten sind und somit die Investitionszulage grundsätzlich gewährt werden konnte. Allerdings konnte das Gericht nicht abschließend urteilen, weil nicht feststand, ob die Innenarbeiten zu den nachträglichen Herstellungsarbeiten gehörten, für die eine Investitionszulage gewährt werden konnte.

**Hinweis:** Die Investitionszulage für Modernisierungsmaßnahmen an vermieteten Wohngebäuden in den neuen Bundesländern konnte nur gewährt werden, wenn die Investitionen vor dem 1.1.2005 abgeschlossen waren.

### **Steuerfreiheit von Sanierungsgewinnen**

Kann die Finanzverwaltung einen Sanierungsgewinn, der einem Unternehmer aus dem sanierungsbedingten Erlass eines Gläubigers auf dessen Forderungen entstanden war, als sachlich unbillige Härte<sup>3</sup> qualifizieren und den Sanierungsgewinn damit steuerfrei stellen? Die Frage stellt sich deshalb, weil der Gesetzgeber eine entsprechende gesetzliche Vorschrift<sup>4</sup> mit Wirkung ab 1998 aufgehoben hatte.

Ein klärendes Wort der oberen Rechtsprechung ist zunächst nicht zustande gekommen, weil der anliegende Rechtsstreit sich erledigt hat, nachdem dem Unternehmer im Rahmen eines Insolvenzverfahrens Restschuldbefreiung gewährt worden war.

(Quelle: Beschluss des Bundesfinanzhofs<sup>5</sup>)

<sup>1</sup> nach § 7h EStG.

<sup>2</sup> BFH, Urt. v. 22.12.2011, III R 37/09, DB 2012, S. 1010, DStR 2012, S. 899, LEXinform 0179883.

<sup>3</sup> §§ 163, 227 AO.

<sup>4</sup> § 3 Nr. 66 EStG a. F.

<sup>5</sup> BFH, Beschl. v. 28.2.2012, VIII R 2/08, DStR 2012, S. 943, LEXinform 0179024.

## ***Bundesfinanzhof äußert ernsthafte Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der sog. Zinsschranke***

Um missbräuchliche Steuergestaltungen zu verhindern, hat der Gesetzgeber die sog. Zinsschranke geschaffen. Danach sind bei Kapitalgesellschaften Schuldzinsen unter bestimmten Voraussetzungen nicht sofort als Betriebsausgaben abzugsfähig.

Der Bundesfinanzhof<sup>1</sup> hat ernsthafte Zweifel, ob die Regelung insoweit verfassungsgemäß ist, als sie auch übliche Fremdfinanzierungen von Kapitalgesellschaften bei Banken erfasst. Insoweit gehe die Regelung über das hinaus, was zur Vermeidung von auf Gewinnverlagerung gerichtete Finanzierungsgestaltungen zwischen der Körperschaft und ihrem Anteilseigner notwendig sei. Er hat deshalb Körperschaftsteuerbescheide, in denen die Zinsschranke auf Zinsen aus üblichen Finanzierungsgeschäften zwischen Körperschaft und Bank angewendet wurde, von der Vollziehung ausgesetzt.

## ***Voraussetzung für den Verlustabzug bei Verschmelzung oder Spaltung vor dem 12.12.2006***

Die C-GmbH hatte 2002 von der A-GmbH im Wege der Abspaltung durch Neugründung den Teilbetrieb „X-Technik“ übertragen bekommen. Die A-GmbH hatte Verlustvorträge, die die C-GmbH steuerlich geltend machen wollte (sog. Verlustabzug). Die A-GmbH war 1995 durch Verschmelzung der B-GmbH mit der X-GmbH entstanden. Die B-GmbH hatte in den Bereichen „Y-Technik“ und „Z-Technik“ Verluste erzielt, die im Rahmen der Verschmelzung von der A-GmbH übernommen worden waren. Im Jahr 2000 hatte die A-GmbH den Bereich „Y-Technik“ an die D-GmbH verkauft, den Bereich „Z-Technik“ auf die E-GmbH ausgegliedert. Das Finanzamt ließ den von der C-GmbH geltend gemachten Verlustabzug nicht zu, weil die B-GmbH, die die ursprünglichen Verluste erzielt hatte, zum Zeitpunkt der Abspaltung im Jahr 2002 nicht mehr existierte.

Der Bundesfinanzhof<sup>2</sup> gab dem Finanzamt Recht, weil Voraussetzung für den Verlustabzug ist, dass der Betrieb oder Betriebsteil, der den Verlust verursacht hat, über den Umwandlungsstichtag hinaus in einem nach dem Gesamtbild der wirtschaftlichen Verhältnisse vergleichbaren Umfang in den folgenden fünf Jahren fortgeführt wird. Die verlustverursachende B-GmbH war aber durch die Verschmelzung 1995 untergegangen.

**Hinweis:** Das Urteil hat nur für Umwandlungsvorgänge bis zum 12.12.2006 Bedeutung. Ein Verlustabzug ist nicht mehr möglich, wenn die Umwandlung nach dem 12.12.2006 zum inländischen Handelsregister, bzw. einem entsprechenden ausländischen Register angemeldet worden ist oder bei der die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums nach diesem Datum erfolgt ist.

<sup>1</sup> BFH, Beschl. v. 13.3.2012, I B 111/11, BFH/NV 2012, S. 1073, DStR 2012, S. 955, DB 2012, S. 1071, LEXinform 5013475.

<sup>2</sup> BFH, Urt. v. 14.3.2012, I R 13/11, DStR 2012, S. 962, DB 2012, S. 1248, LEXinform 0928401.

## **Lohnsteuerliche Behandlung der Übernahme von Studiengebühren für ein berufsbegleitendes Studium durch den Arbeitgeber**

Das Bundesministerium der Finanzen<sup>1</sup> hat sich zur lohnsteuerlichen Behandlung der Übernahme von Studiengebühren für ein berufsbegleitendes Studium durch den Arbeitgeber geäußert.

Grundsätzlich führt die Übernahme von Studiengebühren für ein berufsbegleitendes Studium zu Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit.

### **Ausbildungsdienstverhältnis**

Ein berufsbegleitendes Studium findet im Rahmen eines Ausbildungsdienstverhältnisses statt, wenn die Teilnahme an dem berufsbegleitenden Studium zu den Pflichten des Arbeitnehmers aus dem Dienstverhältnis gehört. Ist der Arbeitgeber Schuldner der Studiengebühren, überwiegt das eigenbetriebliche Interesse des Arbeitgebers, und es liegt kein Vorteil mit Arbeitslohncharakter vor. So sind auch Studiengebühren kein Arbeitslohn, die der Arbeitgeber bei einer im dualen System durchgeführten Ausbildung aufgrund einer Vereinbarung mit der Bildungseinrichtung als unmittelbarer Schuldner trägt.

Ist der Arbeitnehmer Schuldner der Studiengebühren und übernimmt der Arbeitgeber die Studiengebühren, wird ein ganz überwiegend eigenbetriebliches Interesse des Arbeitgebers unterstellt und steuerrechtlich kein Vorteil mit Arbeitslohncharakter angenommen, wenn sich der Arbeitgeber arbeitsvertraglich zur Übernahme der Studiengebühren verpflichtet und der Arbeitgeber die übernommenen Studiengebühren vom Arbeitnehmer arbeitsvertraglich oder aufgrund einer anderen arbeitsrechtlichen Rechtsgrundlage zurückfordern kann, sofern der Arbeitnehmer das ausbildende Unternehmen auf eigenen Wunsch innerhalb von zwei Jahren nach dem Studienabschluss verläßt.

### **Berufliche Fort- und Weiterbildungsleistung**

Ein berufsbegleitendes Studium kann auch eine berufliche Fort- und Weiterbildungsleistung des Arbeitgebers sein, wenn es die Einsatzfähigkeit des Arbeitnehmers im Betrieb erhöhen soll. Ist dies der Fall, führt die Übernahme von Studiengebühren durch den Arbeitgeber nicht zu Arbeitslohn, weil das eigenbetriebliche Interesse des Arbeitgebers überwiegt. Ist der Arbeitnehmer Schuldner der Studiengebühren, ist nur insoweit die Annahme eines ganz überwiegend eigenbetrieblichen Interesses des Arbeitgebers möglich, wie der Arbeitgeber vorab die Übernahme der zukünftig entstehenden Studiengebühren schriftlich zugesagt hat.<sup>2</sup>

Der Arbeitgeber hat auf der ihm vom Arbeitnehmer zur Kostenübernahme vorgelegten Originalrechnung die Kostenübernahme sowie deren Höhe anzugeben. Eine Ablichtung der insoweit ergänzten Originalrechnung ist als Beleg zum Lohnkonto aufzubewahren.

### **Übernahme von Studienkosten durch den Arbeitgeber im Darlehensweg**

Bei einer Übernahme von Studienkosten durch den Arbeitgeber im Darlehensweg, bei der marktübliche Vereinbarungen über Verzinsung, Kündigung und Rückzahlung getroffen werden, führt weder die Hingabe noch die Rückzahlung der Mittel zu lohnsteuerlichen Folgerungen.

<sup>1</sup> BMF, Schr. v. 13.4.2012, IV C 5 - S 2332/07/0001, BStBl 2012 I, S. 531, DStR 2012, S. 800, LEXinform 5233927.

<sup>2</sup> R 19.7 Abs. 1 S. 3 und 4 LStR 2011.

### **Benennung von Vergleichswohnungen bei einem Mieterhöhungsverlangen**

Ein Mieterhöhungsverlangen kann der Vermieter entweder mit Hinweis auf einen Mietspiegel, ein Sachverständigengutachten oder Vergleichswohnungen begründen. Stützt er sich auf Vergleichswohnungen,<sup>1</sup> muss er mindestens drei Wohnungen benennen, in denen schon eine so hohe Miete gezahlt wird, wie er jetzt mit seiner Mieterhöhung fordert. Bietet er mehr als drei Wohnungen zur Begründung an, ist das Begehren nicht unwirksam, selbst wenn eine der Wohnungen eine geringere Miete als verlangt aufweist.

In dem vom Bundesgerichtshof<sup>2</sup> entschiedenen Fall hatte der Vermieter sieben Vergleichswohnungen angeboten, von denen eine eine geringere als die geforderte Miete aufwies. Das Gericht hielt die Benennung von mehr als drei Wohnungen für die formale Wirksamkeit eines Mieterhöhungsverlangens für unbeachtlich. Ebenso ist es unschädlich, dass für eine dieser Wohnungen eine geringere als die begehrte Miete gezahlt wird. Dadurch werden die Vergleichsmöglichkeiten des Mieters nicht verringert. Dieser ist bei einer hinreichenden Identifizierbarkeit der Vergleichswohnungen durchaus in der Lage, sich von den Umständen selbst ein Bild zu machen.

Als Fazit dieser Entscheidung ist festzuhalten, dass die Benennung von mehr als drei Vergleichswohnungen noch nichts über die Begründetheit des Mieterhöhungsverlangens aussagt. Ob eine Vergleichbarkeit tatsächlich vorliegt, ist ungeachtet der formellen Wirksamkeit gesondert zu prüfen. Die Benennung von mehr als drei Wohnungen ist zumindest kein Nachteil für den Vermieter.

### **Grundstückserwerber muss fällige Mietsicherheiten an Mieter zurückzahlen**

Endet ein Mietverhältnis, muss der aktuelle Eigentümer und Vermieter eines Grundstücks die Mietkaution an den Mieter zurückzahlen. Dies gilt auch dann, wenn der jetzige Eigentümer das Haus in der Zwangsversteigerung erworben und der frühere insolvente Eigentümer die Mietsicherheit zwar vom Mieter erhalten, aber nicht insolvenzfest auf einem Sonderkonto angelegt hatte. Ob der Ersteigerer der Immobilie den Kautionsbetrag erhalten hat, spielt dabei keine Rolle.

Diese Entscheidung hat der Bundesgerichtshof<sup>3</sup> getroffen. Damit hat das Gericht seine bisherige Rechtsprechung geändert. Bisher stand dem Mieter erst dann ein Rückzahlungsanspruch der Mietkaution zu, wenn der neue Eigentümer seinerseits seinen Anspruch gegenüber dem vorherigen Eigentümer geltend machen konnte. Nunmehr geht auf den Erwerber eines vermieteten Grundstücks die Verpflichtung zur Rückzahlung der Mietsicherheit an den Mieter kraft Gesetzes auch dann über, wenn der insolvent gewordene Voreigentümer die vom Mieter erhaltene Sicherheit nicht getrennt von seinem sonstigen Vermögen angelegt hatte. Ein Immobilienerwerber übernimmt damit auch das Insolvenzrisiko des früheren Vermieters, wenn dieser die Mietsicherheit weder insolvenzfest angelegt noch an den Erwerber ausgehändigt hat.

Dies hat zur Konsequenz, dass bei einem Immobilieninvestment Mietsicherheiten so lange als zusätzlicher Kaufpreis anzusehen sind, bis diese dem Erwerber übergeben oder ausgezahlt werden.

<sup>1</sup> § 558a Abs. 2 Nr. 4 BGB.

<sup>2</sup> BGH, Urt. v. 28.3.2012, VIII ZR 79/11, NJW-Spezial 2012, S. 323, LEXinform 1578885.

<sup>3</sup> BGH, Urt. v. 7.3.2012, XII ZR 13/10, MDR 2012, S. 573, LEXinform 1578634.

### ***Die Lieferung von Speisen an Kindertagesstätten unterliegt dem Regelsteuersatz, wenn Dienstleistungselemente überwiegen***

Die Abgabe von Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle ist keine Lieferung, sondern eine sonstige Leistung, die bei der Umsatzsteuer dem Regelsteuersatz von 19 % unterliegt. Eine Abgabe zum Verzehr an Ort und Stelle liegt vor, wenn die Speisen nach den Umständen der Abgabe dazu bestimmt sind, an einem Ort verzehrt zu werden, der mit dem Abgabeort in einem räumlichen Zusammenhang steht und besondere Vorrichtungen für den Verzehr an Ort und Stelle bereitgehalten werden.

Das Finanzgericht des Landes Sachsen-Anhalt<sup>1</sup> hat entschieden, dass die Lieferung von Speisen an Kindertagesstätten dem Regelsteuersatz unterliegt, wenn der Unternehmer neben der Lieferung der Speisen weitere Dienstleistungen erbringt. Zu diesen weiteren Dienstleistungen gehören u. a. die Erstellung von Speiseplänen, die zeitgerechte Anlieferung der Speisen in Thermobehältern, die Vorportionierung der Speisen und die Reinigung des Geschirrs. Unerheblich ist, dass die Essensausgabe unter Verwendung von kindergarteneigenem Geschirr und Besteck durch die Erzieherinnen erfolgt.

Der Bundesfinanzhof muss abschließend entscheiden.

### ***Einfuhrumsatzsteuer ohne vorherige Entrichtung als Vorsteuer abzugsfähig, wenn Steuerschuldner und Vorsteuerabzugsberechtigter identisch sind***

Führt ein Unternehmer Waren aus Staaten ein, die nicht Mitglied der EU sind, fällt regelmäßig Einfuhrumsatzsteuer an. In bestimmten Fällen ist der Einführende Schuldner der Einfuhrumsatzsteuer. Nach nationalem Recht kann der Unternehmer die Einfuhrumsatzsteuer unter der Voraussetzung als Vorsteuer abziehen, dass er die Einfuhrumsatzsteuer zuvor entrichtet hat.

Der Europäische Gerichtshof<sup>2</sup> hat entschieden, dass der Vorsteuerabzug nicht davon abhängig gemacht werden darf, dass der Unternehmer die Vorsteuer zuvor entrichtet hat. Sind Schuldner der Einfuhrumsatzsteuer und Vorsteuerabzugsberechtigter dieselbe Person, kann der Vorsteuerabzug unabhängig von der Bezahlung der Einfuhrumsatzsteuer geltend gemacht werden. Ansonsten müsste der Unternehmer in Vorleistung gehen, was durch die Gemeinschaftsregeln gerade vermieden werden soll.

Die Entscheidung ist zwar zum französischen Recht ergangen, betrifft aber auch Deutschland. Auch hier ist nach derzeitiger Gesetzeslage der Vorsteuerabzug von der vorherigen Entrichtung der Einfuhrumsatzsteuer abhängig. Diese Einschränkung gilt nun nicht mehr.

<sup>1</sup> FG des Landes Sachsen-Anhalt, Urt. v. 24.10.2011, 4 K 1582/09, (Revision eingelegt, Az. BFH: XI R 28/11), EFG 2012, S. 758, LEXinform 5013116.

<sup>2</sup> EuGH, Urt. v. 29.3.2012, Rs. C-414/10, BFH/NV 2012, S. 908, DStR 2012, S. 697, DB 2012, S. 843, LEXinform 0589296.



## **Heileurythmische Leistungen nur unter bestimmten Voraussetzungen umsatzsteuerfrei**

Heileurythmische Leistungen sind ab 2006 unter bestimmten Voraussetzungen von der Umsatzsteuer befreit:

- Es muss ein zwischen einem Berufsverband von Leistungserbringern und gesetzlichen Krankenkassen abgeschlossener sog. Integrierter Versorgungsvertrag vorliegen. Diese Voraussetzung ist erfüllt, da der Berufsverband Heileurythmie e. V. (BVHE) 2006 entsprechende Verträge abgeschlossen hat.
- Die Verträge müssen konkrete Qualifikationsanforderungen an die Leistungserbringer enthalten. Die vom BVHE abgeschlossenen Verträge erfüllen auch diese Voraussetzung.
- Die Leistungen sind erst ab dem Zeitpunkt umsatzsteuerfrei, ab dem der Leistungserbringer von dem Berufsverband eine Berechtigung erhalten hat, an dem Integrierten Versorgungsvertrag teilzunehmen.

Für Jahre vor 2006 scheidet eine Umsatzsteuerfreiheit aus.

(Quelle: Urteil des Bundesfinanzhofs<sup>1</sup>)

## **Kein Vorsteuerabzug für Waren zum Selbstverbrauch**

Voraussetzung für den Vorsteuerabzug ist, dass die Lieferungen oder sonstigen Leistungen für das Unternehmen des Leistungsempfängers ausgeführt worden sind.

Das Niedersächsische Finanzgericht<sup>2</sup> entschied, dass keine Vorsteuerabzugsberechtigung besteht, wenn der Unternehmer bereits bei Leistungsbezug beabsichtigt, die bezogenen Waren nicht für seine unternehmerische Tätigkeit, sondern ausschließlich und unmittelbar für unentgeltliche Entnahmen (Eigenkonsum) zu verwenden. Das Urteil hat Bedeutung für das sog. Empfehlungsmarketing. Das System des Empfehlungsmarketings beruht darauf, dass die Empfänger der Waren diese selbst verbrauchen und durch ihre Empfehlung andere dazu animieren, diese Waren selbst unmittelbar und direkt vom Hersteller zu beziehen.

Der Bundesfinanzhof muss abschließend entscheiden.

## **Leistungsbeschreibung in einer zum Vorsteuerabzug geeigneten Rechnung**

Ein Unternehmer erhielt eine Rechnung mit dem Text: „Wir berechnen Ihnen für die von unserem Hause erbrachten Leistungen vereinbarungsgemäß 4 Mio. € + 19 % MwSt. 760.000 € = 4.760.000 €“. Das Finanzamt und ihm folgend der Bundesfinanzhof<sup>3</sup> lehnten den Vorsteuerabzug aus dieser Rechnung ab, weil es an einer hinreichend konkreten Leistungsbeschreibung fehlte. Diese ergab sich weder aus dem Rechnungstext noch aus einer Ergänzungsvereinbarung.

Für den Vorsteuerabzug muss die Rechnung Angaben enthalten, welche die Identifizierung der abgerechneten Leistung ermöglichen. Und zwar so, dass die abgerechnete Leistung eindeutig und leicht nachprüfbar nachvollziehbar ist. Dies setzt voraus, dass entweder der Rechnungstext selbst eine hinreichende Leistungsbeschreibung enthält oder auf andere, eindeutig gekennzeichnete Unterlagen Bezug genommen wird. Eine umgekehrte Bezugnahme in einem Vertrag auf eine zukünftig zu erstellende Rechnung macht den Vertrag noch nicht zur Abrechnung.

<sup>1</sup> BFH, Urt. v. 8.3.2012, V R 30/09, DB 2012, S. 1251, LEXinform 0179941.

<sup>2</sup> Niedersächsisches FG, Urt. v. 29.11.2011, 5 K 262/10, (Revision eingelegt, Az. BFH. V R 37/11), EFG 2012, S. 762, LEXinform 5013186.

<sup>3</sup> BFH, Beschl. v. 14.3.2012, V B 111/10, LEXinform 5906734.



## **Übergangsregelung zu Belegnachweispflichten bei innergemeinschaftlichen Lieferungen ab 1.1.2012**

Inneregemeinschaftliche Warenlieferungen sind umsatzsteuerfrei, wenn alle Voraussetzungen dafür erfüllt sind. Unternehmer müssen die Voraussetzungen<sup>1</sup> u. a. durch sog. Buch- und Belegnachweise erbringen. Die Bundesregierung hatte grundlegende Änderungen beschlossen, die mit Wirkung zum 1.1.2012 in Kraft treten sollten. Die Verordnung sah dabei die Gelangensbestätigung als einzigen Belegnachweis vor.

Nach massiver Kritik hat das Bundesministerium der Finanzen<sup>2</sup> eingelenkt und die Vorschrift bis zur Änderung der Umsatzsteuer-Durchführungsverordnung (UStDV) ausgesetzt. Die Anpassung der UStDV ist zum 1.1.2013 geplant.

Mindestens bis zu diesem Zeitpunkt kann der Nachweis mit den bis zum 31.12.2011 anerkannten Belegen geführt werden.

## **Verkauf einer Vielzahl von Gegenständen über mehrere Jahre bei eBay kann umsatzsteuerpflichtig sein**

Ist der Verkauf einer Vielzahl von Gegenständen über mehrere Jahre auf der Internet-Plattform eBay eine nachhaltige, unternehmerische und damit umsatzsteuerpflichtige Tätigkeit? Dieses kann nur aufgrund des Gesamtbildes der Verhältnisse entschieden werden.

Eine bereits beim Einkauf der Gegenstände bestehende Wiederverkaufsabsicht muss nicht gegeben sein. Eine nachhaltige Tätigkeit ist zu bejahen, wenn in drei Jahren aus insgesamt 841 Verkäufen 83.500 € erzielt und dabei ein erheblicher Organisationsaufwand, z. B. durch die genaue und werbemäßige Bezeichnung des Artikels, die Platzierung in einer Produktgruppe, die Zuweisung eines Mindestgebots, die Anfertigung von Fotos, die Überwachung des Versteigerungsvorgangs und des Zahlungseingangs sowie der unverzügliche Versand, betrieben wurde.

(Quelle: Urteil des Bundesfinanzhofs<sup>3</sup>)

## **Vorsteuer musste wegen bis zum 15.12.2004 außerhalb einer Lieferkette gewährter Rabatte nicht berichtigt werden**

Ein Unternehmer hatte von seinem Lieferanten C Zement bezogen. Der wiederum kaufte den Zement bei seinem Lieferanten Z ein. Z gewährte dem C vor dem 15.12.2004 einen Rabatt und minderte deswegen seine Umsatzsteuerzahllast. Das Finanzamt verlangte von C, dass er seine Vorsteuer entsprechend minderte.

Der Bundesfinanzhof<sup>4</sup> entschied, dass C seine Vorsteuer nicht mindern musste, weil der Gesetzeswortlaut in der bis zum 15.12.2004 gültigen Fassung keine Kürzungspflicht vorsah.

**Hinweis:** Für Gutschriften ab dem 16.12.2004 muss auch C seine Vorsteuer berichtigen.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> §§ 17a, 17c UStDV.

<sup>2</sup> BMF, Schr. v. 1.6.2012, IV D 3 - S 7141/11/10003-06, DStR 2012, S. 1140, DB 2012, S. 1301, LEXinform 5233992.

<sup>3</sup> BFH, Urt. v. 26.4.2012, V R 2/11, DB 2012, S. 1189, DStR 2012, S. 965, LEXinform 0928321.

<sup>4</sup> BFH, Urt. v. 15.2.2012, XI R 24/09, DStR 2012, S. 903, DB 2012, S. 1015, LEXinform 0927334.

<sup>5</sup> § 17 Abs. 1 Satz 4 UStG.

## **Verwendung des von einem Steuerpflichtigen errichteten Gebäudes für private Zwecke des Personals ist keine steuerfreie Vermietung**

Ist ein Gebäude von einer steuerpflichtigen Person errichtet worden, stellt die Überlassung zur privaten Nutzung durch das Personal keine von der Mehrwertsteuer befreite Dienstleistung dar. Es kommt zu keiner Kürzung der bei den Baukosten angefallenen und in Anspruch genommenen abzugsfähigen Vorsteuer.

Zur Begründung führt der Europäische Gerichtshof<sup>1</sup> aus:

Der Mehrwertsteuer unterliegen Lieferungen von Gegenständen und Dienstleistungen, die ein Unternehmer im Inland gegen Entgelt ausführt.<sup>2</sup>

Als Unternehmer gilt, wer eine wirtschaftliche Tätigkeit selbstständig und unabhängig von ihrem Ort ausübt, gleichgültig zu welchem Zweck und mit welchem Ergebnis.<sup>3</sup>

Den Dienstleistungen gegen Entgelt werden gleichgestellt

- die Verwendung eines dem Unternehmen zugeordneten Gegenstands für den privaten Bedarf des Steuerpflichtigen, seines Personals oder allgemein für unternehmensfremde Zwecke. Voraussetzung ist, dass der Gegenstand zum vollen oder teilweisen Vorsteuerabzug berechtigte.
- die unentgeltliche Erbringung von Dienstleistungen zu den vorgenannten Zwecken.<sup>4</sup>

Soweit Gegenstände und Dienstleistungen folglich für steuerpflichtige Umsätze verwendet werden, ist der Unternehmer zum Vorsteuerabzug berechtigt.<sup>5</sup>

Aufgrund der vorgenannten Rechtsvorschriften kann die Verwendung eines insgesamt dem Unternehmen zugeordneten Gebäudes für den privaten Bedarf des Unternehmers nicht als Vermietung oder Verpachtung des Grundstücks behandelt werden. Gleiches gilt, wenn das Grundstück dem Personal zur Privatnutzung überlassen wird.

## **Vorsteuerabzug auch dann, wenn der erworbene Gegenstand zunächst nicht genutzt wird**

Erwirbt ein Unternehmer, der steuerpflichtige Ausgangsleistungen ausführt, einen Gegenstand von einem anderen Unternehmer, kann er die in Rechnung gestellte Umsatzsteuer sofort als Vorsteuer abziehen, wenn er den Gegenstand seinem Unternehmensvermögen zuordnet. Für den Vorsteuerabzug reicht die Absicht aus, später mit dem Gegenstand steuerpflichtige Umsätze auszuführen. Es ist nicht erforderlich, dass der Gegenstand sofort nach Erwerb für unternehmerische Zwecke verwendet wird.

Steht z. B. ein Gebäude nach Erwerb zunächst einige Zeit leer und wird erst später zur Ausführung steuerpflichtiger Umsätze verwendet, kann der Unternehmer den Vorsteuerabzug bereits in dem Zeitpunkt geltend machen, in dem ihm eine ordnungsgemäße Rechnung mit Umsatzsteuerausweis vorliegt.

(Quelle: Urteil des Europäischen Gerichtshofs<sup>6</sup>)

<sup>1</sup> EuGH, Urt. v. 29.3.2012, C-436/10, DB 2012, S. 954, BFH/NV 2012, S. 908, LEXinform 0589301.

<sup>2</sup> Art. 2 Nr. 1 der 6. EG-Umsatzsteuer-Richtlinie.

<sup>3</sup> Art. 4 Abs. 1 der 6. EG-Umsatzsteuer-Richtlinie.

<sup>4</sup> Art. 6 Abs. 2 der 6. EG-Umsatzsteuer-Richtlinie.

<sup>5</sup> Art. 17 Abs. 2 der 6. EG-Umsatzsteuer-Richtlinie.

<sup>6</sup> EuGH, Urt. v. 22.3.2012, Rs. C-153/11, BFH/NV 2012, S. 908, DStR 2012, S. 653, DB 2012, S. 956, LEXinform 0589340.

## ***Keine Vorsteuerberichtigung wegen Entnahme aus dem Betriebsvermögen bei Einbringung einer vermieteten Wohnung in das Sonderbetriebsvermögen einer GbR***

Der Eigentümer eines Grundstücks stockte das bisher eingeschossige Gebäude um zwei Stockwerke auf und machte die daraus resultierenden Vorsteuerbeträge geltend. Erd- und erstes Obergeschoss wurden einer GmbH zur Nutzung überlassen, die vier Jahre später in die Insolvenz geriet. Daraufhin sind Erd- und erstes Obergeschoss als Sonderbetriebsvermögen in eine Grundstücks-GbR, bestehend aus dem Grundstückseigentümer und seiner Ehefrau, eingebracht worden. Das erste Obergeschoss wurde zu einer Wohnung umgebaut und an einen Fremden, vier Jahre später an die Tochter des Grundstückseigentümers vermietet. Das Finanzamt sah in der Einbringung der Grundstücksteile als Sonderbetriebsvermögen in die GbR eine Entnahme. Es kam zu einer Vorsteuerberichtigung mit einem Anteil von 6/10 der vier Jahre vorher in Anspruch genommenen Vorsteuer.

Dieser Auffassung war nach Ansicht des Bundesfinanzhofs<sup>1</sup> nicht zu folgen. In der Überführung des Grundstücksteils in das Sonderbetriebsvermögen der GbR lag keine Entnahme aus dem Unternehmen des Grundstückseigentümers vor. Entnahme im Sinne des Umsatzsteuerrechts ist eine Wertabgabe, die

- tatsächlich durchgeführt und willentlich gesteuert wird,
- nicht auf eine Gegenleistung abzielt und zu unternehmensfremden Zwecken erfolgt.

Diese Voraussetzungen lagen nicht vor, da das gesamte Gebäude von Anfang an unverändert zu Vermietungszwecken im Rahmen des von dem Eigentümer betriebenen Vermietungsunternehmens genutzt wurde. Durch die Vermietung zu Wohnzwecken konnte es lediglich zu einer Vorsteuerberichtigung in dem Umfang kommen, der auf das erste Obergeschoss entfiel.

---

<sup>1</sup> BFH, Urt. v. 18.1.2012, XI R 13/10, BFH/NV 2012, S. 1012, GmbHR 2012, S. R 144, LEXinform 0927884.

### **Tagesordnungspunkte sind in der Einladung zu einer Wohnungseigentümer-Versammlung nur schlagwortartig zu bezeichnen**

Der Bundesgerichtshof<sup>1</sup> hat klargestellt, dass die Gültigkeit des Beschlusses einer Wohnungseigentümer-Versammlung voraussetzt, dass der Gegenstand der Beschlussfassung bei Einberufung der Versammlung<sup>2</sup> bezeichnet ist. Was dazu erforderlich ist, bestimmt sich nach dem Zweck der gesetzlichen Regelung. Dieser besteht darin, den Wohnungseigentümer vor überraschenden Beschlüssen zu schützen. Dieser soll die Möglichkeit haben, sich an Hand der Tagesordnung auf die Versammlung vorzubereiten und entscheiden zu können, ob er daran teilnehmen will oder nicht.

Dazu ist es nach Ansicht des Gerichts erforderlich, aber auch ausreichend, wenn die Tagesordnungspunkte und die vorgesehenen Beschlüsse so genau bezeichnet sind, dass die Wohnungseigentümer verstehen und überblicken können, was in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erörtert und beschlossen werden soll und welche Auswirkungen der vorgesehene Beschluss insoweit auf die Gemeinschaft und sie selbst hat. Regelmäßig reicht dafür eine schlagwortartige Bezeichnung aus.

Dies gilt auch für den Beschluss einer Sonderumlage und zwar selbst dann, wenn den Eigentümern mit der Einladung keine Unterlagen zur Verfügung gestellt werden. Voraussetzung ist lediglich, dass die Wohnungseigentümer in sonstiger Weise ausreichend informiert worden sind. Im entschiedenen Fall wurde bereits früher eine Sonderumlage beschlossen, um eine Finanzierungslücke für Instandhaltungs- und Sanierungsmaßnahmen zu schließen. Deshalb waren Beratungsunterlagen für die Beschlussfassung einer weiteren Sonderumlage zur Schließung der immer noch bestehenden Finanzierungslücke nach Ansicht des Gerichts nicht erforderlich.

### **Höheres monatliches Entgelt für das Führen eines Pfändungsschutzkontos**

Eine Entgeltklausel, nach der für das Führen eines Pfändungsschutzkontos ein (deutlich) höheres monatliches Entgelt verlangt wird als für das Führen des allgemeinen Girokontos, stellt eine unangemessene Benachteiligung der privaten Kunden dar.<sup>3</sup> Beim Führen eines Girokontos auf entsprechendes Verlangen des Kunden als Pfändungsschutzkonto<sup>4</sup> handelt es sich um eine Dienstleistung zur Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht, für die eine Bank auch dann kein Entgelt verlangen kann, wenn sie dadurch höhere Aufwendungen hat.

(Quelle: Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt/Main<sup>5</sup>)

### **Anspruch auf Vereinbarung eines Versorgungsrechts**

Bietet der Arbeitgeber vorbehaltlos über Jahre hinweg seinen Arbeitnehmern bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen den Abschluss eines Versorgungsvertrags an, der u. a. eine Versorgung nach beamtenähnlichen Grundsätzen vorsieht, so ist er aufgrund betrieblicher Übung verpflichtet, allen anderen Arbeitnehmern, die die Voraussetzungen erfüllen, den Abschluss eines inhaltsgleichen Versorgungsvertrags anzubieten.

Das hat das Bundesarbeitsgericht<sup>6</sup> entschieden. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte eine Landesbank über eine Personalvereinbarung Mitarbeitern mit mehr als zehnjähriger Betriebszugehörigkeit und mehr als zwanzigjähriger Beschäftigung im Kreditgewerbe bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen einen Rechtsanspruch auf Versorgung nach beamtenähnlichen Grundsätzen eingeräumt.

<sup>1</sup> BGH, Urte. v. 13.1.2012, V ZR 129/11, LEXinform 1577308.

<sup>2</sup> § 23 Abs. 2 WEG.

<sup>3</sup> § 307 Abs. 1 BGB.

<sup>4</sup> § 850k Abs. 7 S. 2 ZPO.

<sup>5</sup> OLG Frankfurt/Main, Urte. v. 28.3.2012, 19 U 238/11, LEXinform 1579161.

<sup>6</sup> BAG, Urte. v. 15.5.2012, 3 AZR 128/11, Pressemitteilung 34/2012, LEXinform 0437939.

### ***Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks in das Handelsregister***

Ist über den Nachlass eines Kommanditisten Dauertestamentsvollstreckung angeordnet, so ist auf Antrag des Testamentsvollstreckers ein Testamentsvollstreckervermerk in das Handelsregister einzutragen.

Das hat der Bundesgerichtshof<sup>1</sup> entschieden und damit eine bislang umstrittene Frage höchstrichterlich geklärt. Nach Auffassung des Gerichts hat der Rechtsverkehr ein berechtigtes Interesse, nicht nur die Namen der Kommanditisten zu erfahren, sondern auch über die angeordnete Testamentsvollstreckung unterrichtet zu werden.

### ***Möglichkeit der Bestellung eines Betreuers trotz Vorsorgevollmacht***

In einem vom Bundesgerichtshof<sup>2</sup> entschiedenen Fall hatte ein Gerichtsvollzieher die Bestellung eines Betreuers mit umfassendem Aufgabenkreis im Bereich der Vermögenssorge für einen Schuldner beantragt, dessen Generalbevollmächtigter die Liquidation einer Forderung über 39 € und die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung verhinderte. Das Gericht hob die Anordnung der Betreuung durch die Vorinstanzen auf. Zwar stehe eine Vorsorgevollmacht der Bestellung eines Betreuers dann nicht entgegen, wenn der Bevollmächtigte ungeeignet ist, die Angelegenheiten des Betroffenen zu besorgen. Die Bestellung eines Betreuers müsse aber verhältnismäßig sein, weshalb weniger einschneidende Maßnahmen nicht in Betracht kommen dürfen; dabei gelte der Grundsatz der Erforderlichkeit auch im Bereich der Vermögenssorge. Der Begriff „Aufgabenkreis“<sup>3</sup> schließe nicht aus, dem Betreuer ggf. nur eine einzige Angelegenheit zuzuweisen.

### ***Schadensersatzpflicht des Bankkunden als Opfer von „Pharming“***

Ein Kunde nahm seine Bank auf Rückzahlung von 5.000 € wegen einer im Online-Banking ausgeführten, von ihm nicht veranlassten Überweisung von seinem Konto in Anspruch. Er war Opfer eines Pharming-Angriffs geworden, bei dem der korrekte Aufruf der Website der Bank technisch in den Aufruf einer betrügerischen Seite umgeleitet worden ist. Der betrügerische Dritte hat die so erlangte Transaktionsnummer (TAN) genutzt, um der Bank unbefugt den Überweisungsauftrag zu erteilen.

Der Bundesgerichtshof<sup>4</sup> wies die Klage ab, weil der Kunde sich gegenüber der Bank durch seine Reaktion auf diesen Pharming-Angriff schadensersatzpflichtig gemacht hat. Er hat die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen, weil er schon beim Log-In-Vorgang trotz eines ausdrücklichen Warnhinweises der Bank gleichzeitig zehn TANs eingegeben hatte.

**Hinweis:** Seit 31.10.2009 haftet der Kunde bei missbräuchlicher Nutzung eines Zahlungsauthentifizierungsinstrumentes unbegrenzt nur noch bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> BGH, Beschl. v. 14.2.2012, II ZB 15/11, DStR 2012, S. 866, LEXinform 1578171.

<sup>2</sup> BGH, Beschl. v. 7.3.2012, XII ZB 583/11, LEXinform 1578825.

<sup>3</sup> § 1896 Abs. 1 S. 1 BGB.

<sup>4</sup> BGH, Urt. v. 24.4.2012, XI ZR 96/11, Pressemitteilung 50/2012, LEXinform 0437842.

<sup>5</sup> § 675v Abs. 2 BGB.

### ***Während des Insolvenzverfahrens begründete aber erst danach entstandene Steuererstattungsansprüche gehören zur Insolvenzmasse***

Mit Beschluss vom 31.7. eines Jahres wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Schuldners aufgehoben. Aufgrund der für dieses Jahr abgegebenen Einkommensteuererklärung ergaben sich Einkommensteuererstattungsansprüche. Sie wurden vom Finanzamt nicht ausgezahlt, sondern mit seinen Insolvenzforderungen verrechnet. Der Insolvenzverwalter verlangte jedoch 7/12 des Erstattungsbetrags zur Nachtragsverteilung an die Insolvenzgläubiger zurück. Das Finanzamt lehnte den Anspruch ab.

Der Bundesfinanzhof<sup>1</sup> sah den Anspruch des Insolvenzverwalters als rechtmäßig an. Der Anspruch auf eine Steuererstattung wird bereits mit der Zahlung von Einkommensteuervorauszahlungen begründet. Bedingung ist lediglich, dass sich am Ende des Jahres eine geringere Steuerschuld ergibt als Vorauszahlungen geleistet wurden. Auf die Entstehung des Erstattungsanspruchs durch Festsetzung und Abrechnung der Steuer im Einkommensteuerbescheid kommt es nicht an. Mit dieser Begründung wurde im Streitfall der Rechtsgrund für die Erstattungsansprüche zumindest teilweise während des Insolvenzverfahrens gelegt. Folglich gehörten sie insoweit zur Insolvenzmasse, falls im insolvenzrechtlichen Schlusstermin eine Nachtragsverteilung vorbehalten wurde.

---

<sup>1</sup> BFH, Urt. v. 28.2.2012, VII R 36/11, BFH/NV 2012, S. 1022, DB 2012, S. 1018, LEXinform 0928596.

