

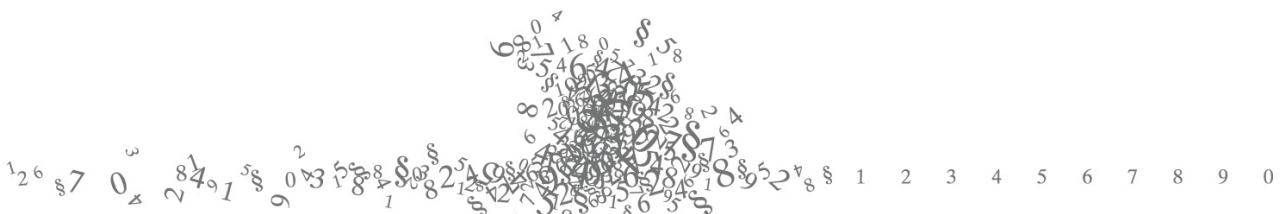
## Rundschreiben Oktober 2013

### Privatbereich

1. Zweitwohnung näher am Familienheim als am Arbeitsplatz: was nun?
2. Keine Bescheidänderung trotz nachträglicher Erteilung einer Spendenbescheinigung
3. Werbungskosten bei beruflich veranlasster Krankheit
4. Abtretung ändert öffentlich-rechtliche Rechtsnatur der abgetretenen Forderung nicht
5. Zur Feststellung des Grundbesitzwertes für Schenkungsteuerzwecke
6. Ausschließliche Ersatzerbeinsetzung ist keine Nacherbeinsetzung
7. Zur Nichtigkeit eines Bedarfswertbescheids
8. Miteigentumsfiktion bei Zwangsvollstreckung aus Erbrecht
9. Probezeitkündigung am 1. Tag wegen Zigarettengeruchs unwirksam
10. Vorabverwaltungsgebühr als Umgehung des Werbungskosten-Abzugsverbots
11. Dienstwagen: 1 %-Regel trotz fehlender Privatnutzung?
12. Einbeziehung von abgefundenen Erbprätendenten in Gewinnfeststellung
13. Kein Abzug von Strafverteidigerkosten als außergewöhnliche Belastungen
14. Wann dürfen Medikamente steuerlich geltend gemacht werden?
15. Abfindung für Verzicht auf Pflichtteil ist nicht als Zuwendung besteuert

### Unternehmer und Freiberufler

1. Neues zur Geschäftsveräußerung im Ganzen
2. Porto, durchlaufender Posten oder Entgelt?
3. Vorsteuervergütung: Neue Länderlisten
4. Vorsteuerberichtigung bei Umlaufvermögen
5. Demnächst Organschaft auch für Personengesellschaften?
6. Wie ist ein Liquidationsverlust steuerlich zu beurteilen?
7. Grunderwerbsteuer: Rohbaukauf mit anschließendem Innenausbau
8. Voraussetzungen für Einfirmenvertreterschaft
9. Fahrgestellung führt zu lohnsteuerrechtlich erheblichem Vorteil



10. Wann ist eine GmbH nach Eigenkapitalersatzrecht überlassungsunwürdig?
11. Haftung des Alleingesellschafters nach Zustimmung des Finanzamts zum Insolvenzplan
12. § 613a: Freiwerden von Tarifbindung bei Betriebsübergang
13. Arbeitgeber darf Hund im Büro verbieten
14. Keine Heilung v. Ermessensfehlern bei erstmaliger Ermessenserwägung
15. Betriebsbedingte Kündigung trotz freien Arbeitsplatzes im Ausland?
16. Nachträgliche Herstellungskosten auch bei nicht genutzter Fläche
17. Keine Bilanzierungspflicht bei Realteilung einer Freiberufler-GbR
18. Dokumentationspflicht für Verrechnungspreise ist europarechtskonform
19. Rechnungsabgrenzungsposten für Handy-Subventionen
20. Kein Anspruch auf bestimmten rechtmäßigen Inhalt einer verbindlichen Auskunft

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

1. Zufluss von Urlaubs- und Weihnachtsgeld als Arbeitslohn bei Aufhebung der Zusage an einen Gesellschafter-Geschäftsführer

#### **Privatbereich**

#### **1. Zweitwohnung näher am Familienheim als am Arbeitsplatz: was nun?**

##### **Kernaussage**

Für die Annahme einer Zweitwohnung am Beschäftigungsort ist nicht allein die Entfernung zur Arbeitsstätte ausschlaggebend. Entscheidend ist, dass die Zweitwohnung im Einzugsbereich der Arbeitsstätte liegt.

##### **Sachverhalt**

Der klagende Universitätsprofessor unterhielt eine Zweitwohnung, die 83 km von seiner Arbeitsstätte und 47 km vom Familienwohnsitz entfernt lag. Zudem befanden sich im Umkreis von 4 km zur Zweitwohnung 2 Bibliotheken, deren Ausstattung für die Arbeit des Klägers von großer Bedeutung war. Die gute Autobahnanbindung von der Zweitwohnung zur Arbeitsstätte ermöglichte das Erreichen der Arbeitsstätte in weniger als einer Stunde. Die Aufwendungen für doppelte Haushaltsführung machte der Kläger in den Einkommensteuererklärungen 2010 und 2011 als Werbungskosten geltend. Diese wurden vom Finanzamt nicht berücksichtigt, da der Familienwohnsitz näher an der Zweitwohnung lag als die Arbeitsstätte. Hiergegen klagte der Professor vor dem Finanzgericht.

##### **Entscheidung**

Das Finanzgericht (FG) entschied für den Kläger, ließ aber die Revision zu. Zur Begründung führten die Richter aus, dass der Beschäftigungsort auch das Einzugsgebiet umfasst. Entscheidend ist, dass die Arbeitsstätte in zumutbarer Weise zu erreichen ist und dies vom Familienwohnsitz aus nicht möglich ist. Vorliegend war dies der Fall, da der Kläger durch die gute Verkehrsanbindung von dem



mit nachträglichen Bescheinigungen, auch wenn es sich um rückwirkende Ereignisse handelt, keine Änderung herbeigeführt werden kann.

### 3. **Werbungskosten bei beruflich veranlasster Krankheit**

#### **Kernaussage**

Werbungskosten sind beruflich veranlasst, wenn ein objektiver Zusammenhang mit dem Beruf besteht und Aufwendungen subjektiv zur Förderung des Berufs getätigt werden. Aufwendungen zur Wiederherstellung der Gesundheit können dann beruflich veranlasst sein, wenn es sich um eine typische Berufskrankheit handelt oder der Zusammenhang zwischen der Erkrankung und dem Beruf eindeutig feststeht.

#### **Sachverhalt**

Die Klägerin ist eine nichtselbstständige, als Geigerin tätige Berufsmusikerin. Mit ihrer Einkommensteuererklärung 2009 machte sie 2.516 EUR für Krankengymnastik und eine Bewegungsschulung (Dispokinese) als Werbungskosten geltend. Das Finanzamt berücksichtigte die Krankengymnastik als außergewöhnliche Belastung, eine Berücksichtigung der Dispokinese wurde abgelehnt. Hiergegen führt die Klägerin an, dass sie durch die Einschränkungen im Schulterbereich nicht ihrer Erwerbstätigkeit als Berufsmusikerin nachgehen können und dass die Dispokinese eine Fortbildungsmaßnahme sei, die der ganzheitlich orientierten Schulung zur Verbesserung der Haltung, Bewegung sowie der Erfahrungs- und Bewusstseinsprozesse und damit der Spiel- und Ausdrucksfähigkeit professioneller Musiker diene. Das Finanzgericht wies die Klage der Geigerin ab. Hiergegen ging die Geigerin in Revision und hatte Erfolg.

#### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof (BFH) hob das Urteil des Finanzgerichts auf und verwies die Sache zur erneuten Entscheidung zurück. Werbungskosten liegen nach Ansicht des BFH vor, wenn sie durch den Beruf oder durch die Erzielung steuerpflichtiger Einnahmen veranlasst sind. Sie sind beruflich veranlasst, wenn ein objektiver Zusammenhang mit dem Beruf besteht und die Aufwendungen subjektiv zur Förderung des Berufs getätigt werden. Unabhängig davon, ob es sich hier um Fortbildungsmaßnahmen handelt, können Aufwendungen zur Wiederherstellung der Gesundheit beruflich veranlasst und damit als Werbungskosten abziehbar sein, wenn es sich um eine typische Berufskrankheit handelt oder der Zusammenhang zwischen der Erkrankung und dem Beruf eindeutig feststeht.

#### **Konsequenz**

Das Finanzgericht wird nun durch ein Sachverständigengutachten feststellen müssen, ob die Dispokinese als Fortbildungsmaßnahme oder unter dem Gesichtspunkt der typischen Berufskrankheit als Werbungskosten abziehbar ist.

### 4. **Abtretung ändert öffentlich-rechtliche Rechtsnatur der abgetretenen Forderung nicht**

#### **Kernaussage**

Die Abtretung einer Forderung vermag die öffentlich-rechtliche Rechtsnatur der abgetretenen Forderung nicht zu ändern und den Zivilrechtsweg zu eröffnen. Der für den Besoldungsanspruch des Beamten nach dem Beamtenrechtsrahmengesetz gegebene Verwaltungsrechtsweg bleibt daher auch

nach der Abtretung des Besoldungsanspruchs für den Rechtsstreit des Zessionars gegen den Dienstherrn als Drittschuldner eröffnet.

#### **Sachverhalt**

Die Klägerin, ein Kreditinstitut, macht mit der vor dem Amtsgericht erhobenen Klage aus abgetretenem Recht Besoldungsansprüche eines Beamten des beklagten Landes in Höhe der Restforderung aus einem Darlehensvertrag geltend. Über das Vermögen des Beamten wurde das vorläufige Insolvenzverfahren eröffnet und ein Treuhänder bestellt. Dieser vertrat die Auffassung, dass die Abtretung der Besoldungsansprüche unwirksam sei. Daraufhin zahlte der Beklagte die pfändbaren Bezüge an den Treuhänder aus, weshalb die Klägerin Klage erhob. Das Amtsgericht hat den Rechtsstreit zu den Verwaltungsgerichten verwiesen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Klägerin, die meint, dass der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet sei.

#### **Entscheidung**

Der Bundesgerichtshof (BGH) wies die Rechtsbeschwerde zurück, weil der Verwaltungsrechtsweg für den geltend gemachten Anspruch eröffnet ist. Durch die Abtretung der pfändbaren Gehaltsanteile eines Beamten ändert sich nicht an dem Charakter des abgetretenen Anspruchs. Das Rechtsverhältnis, aus dem der Anspruch hergeleitet wird, ist weiterhin das öffentlich-rechtliche Beamtenverhältnis. Die Abtretung der Forderung vermag die öffentlich-rechtliche Rechtsnatur der abgetretenen Forderung nicht zu ändern und den Zivilrechtsweg zu eröffnen. Es hat lediglich ein Gläubigeraustausch stattgefunden, d. h. die Klägerin ist an die Stelle des Beamten getreten. Auch ist unerheblich, welche Einwendungen der Beklagte erhebt. Ob sich diese aus bürgerlich-rechtlichen oder aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften ergeben, spielt für den Rechtsweg keine Rolle.

#### **Konsequenz**

Bei Beamten gibt es in Bezug auf die Lohnabtretung eine Besonderheit. Nach der einschlägigen gesetzlichen Bestimmung (§ 411 BGB) gelten den Zahlstellen der Beamten Lohnabtretungen als nicht bekannt, sofern diese nicht beurkundet sind. Aus diesem Grunde sollte die Abtretung von Besoldungsansprüchen notariell beurkundet werden.

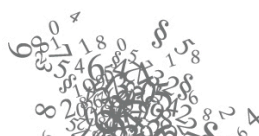
### 5. **Zur Feststellung des Grundbesitzwertes für Schenkungsteuerzwecke**

#### **Kernaussage**

Das Lagefinanzamt ist für die Feststellung des Grundbesitzwertes zuständig und dies nur auf Anfrage des Erbschaftsteuerfinanzamtes hin. Dieses entscheidet mithin, ob ein Feststellungsbescheid zu erlassen ist.

#### **Sachverhalt**

Streitig ist, ob Aussetzung der Vollziehung zu gewähren ist. Die Bewertungsstelle des Lagefinanzamts stellte den Grundbesitzwert für eine wirtschaftliche Einheit aufgrund einer Anfrage der Betriebsprüfungsstelle des Finanzamts fest. Die Betriebsprüfungsstelle wurde durch das für die Erbschaft- und Schenkungsteuer zuständige weitere Finanzamt beauftragt. Dieser Prüfungsauftrag beinhaltet die Befugnis zur Erteilung von Prüfungsanordnungen. Aus diesem Grunde ist das Lagefinanzamt der Auffassung, dass die Betriebsprüfungsstelle wegen der vorliegenden Auftragsprüfung berechtigt sei, eine Anfrage zur Feststellung von Grundbesitzwerten an die Bewertungsstelle zu richten.



### **Entscheidung**

Die Aussetzung der Vollziehung ist anzuordnen, da vorliegend ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Steuerbescheids bestehen. Die Grundbesitzwerte sind gesondert festzustellen, wenn die Werte für die Erbschaftsteuer oder eine andere Feststellung von Bedeutung sind. Für das Lage- bzw. Feststellungsfinanzamt ist die Wertfeststellung nur dann erforderlich, wenn ein Finanzamt um die Feststellung zum Zwecke einer beabsichtigten Steuerfestsetzung nachsucht. Das bedeutet, dass die Entscheidung, ob ein Feststellungsbescheid zu erlassen ist, nicht bei dem Lage- bzw. Feststellungsfinanzamt liegt, sondern bei dem dafür zuständigen Finanzamt, das ist bei Schenkungen das Erbschaftsteuerfinanzamt. Im Streitfall liegt allerdings eine Anfrage der Betriebsprüfungsstelle des unzuständigen Finanzamts vor.

### **Konsequenz**

Die Bedarfswertfeststellungen der Lagefinanzämter entfalten in Bezug auf die Grundbesitzwerte für die Erbschaft- und Schenkungsteuer als Grundlagenbescheide Bindungswirkung. Entsprechend erscheint es als logische Konsequenz, dass die Entscheidung, ob ein Feststellungsbescheid zu erlassen ist, dem Erbschaftsteuerfinanzamt obliegt.

## **6. Ausschließliche Ersatzerbeinsetzung ist keine Nacherbeinsetzung**

### **Kernfrage**

Testamente müssen, insbesondere dann, wenn sie privatschriftlich und ohne Beratung verfasst worden sind, entsprechend dem tatsächlichen Erblasserwillen, der gegebenenfalls durch Nachforschung zu ermitteln ist, ausgelegt werden. Das Oberlandesgericht (OLG) Hamm hatte im Rahmen eines Erbscheinsverfahrens die Grenzen dieser Auslegungsfähigkeit zu bestimmen.

### **Sachverhalt**

Die Mutter von 4 Kindern hatte in einem eigenhändig verfassten Testament ihre ältesten Sohn zum Alleinerben eingesetzt. Darüber hinaus enthielt das Testament die Regelung, dass der zweitälteste Sohn Ersatzerbe werden solle, wenn der älteste Sohn kinderlos versterben sollte. Die Mutter wurde zunächst vom ältesten Sohn beerbt, der keine Kinder hatte. Nach dem Tode des ältesten Sohns beantragte der Zweitälteste einen Erbschein, der ihn als Nacherbe nach der Mutter auswies. Diesen Erbscheinsantrag lehnte das OLG Hamm ab.

### **Entscheidung**

Die Ersatzerbeinsetzung des zweitältesten Sohnes könne nicht in eine Nacherbeinsetzung (und damit verbunden in einer Vorerbeneinsetzung des ältesten Sohnes) umgedeutet werden. Ohne weitere Anhaltspunkte im Testament, insbesondere ohne dem ersten Erben auferlegte Verfügungsbeschränkungen, müsse davon ausgegangen werden, dass selbst der rechtliche Laie unter einer Ersatzerbeinsetzung lediglich eine Erbeinsetzung für den Fall verstehe, dass der eigentliche Erbe im Erbfall nicht vorhanden war. Dies war aber nicht der Fall. Der älteste Sohn war Erbe nach der Mutter geworden; und zwar als Vollerbe. Für seine Einsetzung als Vorerbe bestand kein Indiz.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung zeigt die Probleme, die bei privatschriftlichen Testamenten auftreten können. Hätte der Zweitälteste Sohn Recht bekommen, wäre er alleiniger Nacherbe bezogen auf das Vermögen geworden, das der Älteste von seiner Mutter geerbt hatte. Nunmehr kommt es nach dem ältesten Sohn



zur gesetzlichen Erbfolge; und zwar nicht nur bezogen auf das Vermögen des Sohnes, sondern auf bezogen auf den Nachlass der Mutter, der im Vermögen des Ältesten aufgegangen ist.

## 7. **Zur Nichtigkeit eines Bedarfswertbescheids**

### **Kernaussage**

Ein Bescheid über die Feststellung des Grundbesitzwerts für Erbschaftsteuerzwecke muss alle Miterben bezeichnen. Nennt er als Inhaltsadressatin lediglich eine Erbengemeinschaft, ist er nichtig.

### **Sachverhalt**

Die Kläger sind Mitglieder einer Erbengemeinschaft. Das beklagte Finanzamt bewertete das zum Nachlass gehörende Grundstück und stellte den Grundbesitzwert einheitlich und gesondert fest. Der Bescheid erging "mit Wirkung für und gegen die Erbengemeinschaft und alle Miterben". Er wurde gegenüber der Ehefrau des Erblassers und zwar als Empfangsbevollmächtigte der Erbengemeinschaft bekannt gegeben. Die Kläger sind der Auffassung, dass der Bescheid nichtig sei, denn es sei nicht ersichtlich, aus welchen Miterben die Erbengemeinschaft bestehe. Zudem sei der Bescheid nicht gegenüber allen Inhaltsadressaten bekannt gegeben. Das Finanzgericht gab der Klage statt, ließ aber die Revision zum Bundesfinanzhof (BFH) wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache zu.

### **Entscheidung**

Die Angabe des Inhaltsadressaten ist ein konstituierender Bestandteil jedes Verwaltungsaktes. Ist die Angabe nicht hinreichend bestimmt, ist der Verwaltungsakt nichtig. Zwar ist die Erbengemeinschaft vorliegend Feststellungsbeteiligte gemäß den Vorschriften zum Bewertungsgesetz geworden; das macht sie aber nicht zugleich zum Inhaltsadressaten. Denn die Zurechnung des Grundstücks zur Erbengemeinschaft erfolgt lediglich deshalb, weil die Erbquote nicht vom Lagefinanzamt, sondern vom Erbschaftsteuerfinanzamt zu ermitteln ist. Die Erbengemeinschaft hat verfahrensrechtlich keine Beteiligtenstellung und auch nicht die damit verbundene Rechtsbehelfsbefugnis. Sie ist rechtlich ein "Nullum", denn sie ist nicht handlungsfähig im Sinne der Abgabenordnung. Vorliegend ist der Inhaltsadressat somit nicht ausreichend bezeichnet und der Bescheid daher nichtig.

### **Konsequenz**

Das vorliegende Urteil verdeutlicht, dass bei einer Mehrheit von Adressaten stets zu überprüfen ist, ob der Inhaltsadressat des Bescheids zutreffend und hinreichend bezeichnet wurde.

## 8. **Miteigentumsfiktion bei Zwangsvollstreckung aus Erbrecht**

### **Kernfrage**

Das Erbrecht eröffnet Ansprüche des erbrechtlichen Anspruchsinhabers gegen den Empfänger einer Schenkung; und zwar dergestalt, dass der Schenkungsempfänger verpflichtet ist, die erbrechtlichen Ansprüche aus dem Geschenk heraus zu bedienen. Insbesondere dann, wenn die Schenkung dazu geführt hat, dass beim Schenkungsempfänger Alleineigentum entstanden ist, stellt sich die Frage, ob der Schenkungsgegenstand, den der Schenkungsempfänger zur Bedienung der erbrechtlichen Ansprüche einsetzen muss, überhaupt noch vorhanden ist. Deutlich wird dies bei Grundstücken, wenn ein Miteigentumsanteil an einen Miteigentümer geschenkt wird. Im Grundbuch werden dann nämlich die Miteigentumsanteile gelöscht und lediglich noch Alleineigentum ausgewiesen. In dieser Konstellation hatte der Bundesgerichtshof (BGH) jetzt über die Zulässigkeit von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zu entscheiden.

### **Sachverhalt**

Ein Pflichtteilsberechtigter hatte gegen einen Schenkungsempfänger ein Urteil erstritten, dass ihm Zahlungsansprüche zusprach. Diese Zahlungsansprüche, die daraus resultierten, dass der Erblasser dem Schenkungsempfänger einen halben Miteigentumsanteil an einem Grundstück geschenkt hatte, wodurch der Schenkungsempfänger Alleineigentümer geworden war, wollte der Pflichtteilsberechtigte durch Eintragung einer Sicherungshypothek an dem geschenkten halben Miteigentumsanteil sichern. Das Grundbuchamt lehnte die Eintragung der Sicherungshypothek aber deshalb ab, weil der Miteigentumsanteil, dessen Verwertung der Schenkungsempfänger hätte dulden müssen, nicht mehr vorhanden war, nach dem jetzt Alleineigentum bestand.

### **Entscheidung**

Der BGH entschied nun, dass für Zwecke der Zwangsvollstreckung des erbrechtlichen Anspruchsinhabers das Fortbestehen des Miteigentumsanteils, in den die Zwangsvollstreckung zulässig gewesen wäre, wenn er nicht durch Vereinigung "untergegangen" wäre, fingiert wird, um die Zwangsvollstreckung zu ermöglichen. Begründung hierfür sei, dass eine solche Zwangsvollstreckung darauf gerichtet sei, die Zwangsvollstreckung als solche zu dulden.

### **Konsequenz**

Die Konsequenzen der Entscheidung können weitreichend sein, weil die Zwangsvollstreckung in einer vergleichbaren Grundbuch- bzw. Eigentumssituation nicht zwingend aus erbrechtlichen Ansprüchen erfolgen muss. Entscheidend ist, dass der BGH abweichend von der Eigentums- und Grundbuchlage eine dingliche Rechtsposition fingiert.

## 9. **Probezeitkündigung am 1. Tag wegen Zigarettengeruchs unwirksam**

### **Kernfrage**

Innerhalb der Probezeit können Arbeitsverhältnisse auch ohne Angabe von Gründen und grundsätzlich ohne weitere Begründungspflicht, soweit dies arbeitsvertraglich vereinbart worden ist, jedenfalls innerhalb der gesetzlichen Frist von 2 Wochen beendet werden. Allerdings kann eine solche Probezeitkündigung mit Kündigungsschutzklage angegriffen werden, wobei das Gericht die Kündigung dann nur darauf hin überprüfen kann, ob die Kündigung willkürlich ist bzw. gegen Treu und Glauben verstößt. Einen solchen Fall hat jetzt das Arbeitsgericht Saarlouis entschieden.

### **Sachverhalt**

Der Arbeitnehmer war unter Hinweis auf ein bestehendes Rauchverbot eingestellt worden. Als er zu seinem ersten Arbeitstag erschien, rauchte er vor Arbeitsantritt außerhalb des Betriebs noch eine Zigarette. Bei Arbeitsantritt wurde er vom Geschäftsführer danach gefragt, ob er bereits geraucht habe. Diese Frage beantwortete der Arbeitnehmer wahrheitsgemäß und erhielt nach 2 Stunden die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses in der Probezeit.

### **Entscheidung**

Der gegen die Kündigung gerichteten Kündigungsschutzklage entsprach das Arbeitsgericht Saarlouis. Zwar sei die Kündigung als Probezeitkündigung grundsätzlich außerhalb des Kündigungsschutzgesetz zulässig, sie verstoße aber gegen die Grundsätze aus Treu und Glauben. Zum einen habe der Arbeitnehmer sich an die Vorgaben des geltenden Rauchverbots am Arbeitsplatz gehalten, zum anderen und dies sei entscheidend, sei auch das Probearbeitsverhältnis auf eine dauerhafte



Zusammenarbeit angelegt. Aus diesem Grund hätte der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Gelegenheit geben müssen, sein Verhalten zu ändern.

#### **Konsequenz**

Die Entscheidung ist zutreffend. Unabhängig davon, ob ein Arbeitgeber nicht rauchende Mitarbeiter bevorzugt, kann ein Probezeit-Arbeitsverhältnis, ohne dass es zu einer echten Pflichtverletzung gekommen wäre, nicht nach 2 Stunden beendet werden. Es bleibt abzuwarten, ob die Berufung gegen das Urteil zum Landesarbeitsgericht geführt wird.

### 10. **Vorabverwaltungsgebühr als Umgehung des Werbungskosten-Abzugsverbots**

#### **Kernproblem**

Zum Jahr 2009 wurde die Abgeltungssteuer auf private Kapitalerträge eingeführt. Für viele hat die Abgeltungssteuer Vorteile gebracht, insbesondere wenn der persönliche Steuersatz höher als der Abgeltungssteuersatz von 25 % ist. Für andere verbleibt im Rahmen der Einkommensteuererklärung eine Veranlagungsoption. Einen großen Nachteil hat die Einführung jedoch mit sich gebracht: Ein Abzug tatsächlicher Werbungskosten ist nicht mehr möglich. Lediglich der Sparer-Pauschbetrag von 801 EUR je Person ist abzugsfähig. Derzeit mehren sich die Verfahren vor Finanzgerichten, in denen es um den Abzug von Werbungskosten und deren Zurechnung in die Zeit vor oder nach Einführung der Abgeltungssteuer geht.

#### **Sachverhalt**

Ein Kapitalanleger hatte im Juni 2007 einen Anlagevertrag abgeschlossen und sich zur Zahlung einer Einmaleinlage und eines monatlichen Anlagebetrages mit Laufzeit über 30 Jahre verpflichtet. Für die Vertragsbindung sollten ihm zum Ende der Laufzeit im Jahr 2037 zusätzlich 18.400 EUR gutgeschrieben werden. Mit der ersten Depoteinzahlung im November 2007 wurde dem Anleger eine Vorabverwaltungsgebühr von 17.339 EUR belastet, die er als Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen geltend machte. Das Finanzamt berücksichtigte die Gebühr nur zeitanteilig für 1 Jahr mit 578 EUR und vertrat die Auffassung, mit dem Anlageprogramm würde überwiegend eine Wertsteigerung angestrebt und die Zahlung der Vorabgebühr sei zur Umgehung (des im Mai 2007 vom Bundestag verabschiedeten) Werbungskostenabzugsverbots geleistet worden.

#### **Entscheidung**

Das Niedersächsische Finanzgericht hat die komplette Gebühr zum Werbungskostenabzug zugelassen und einen Gestaltungsmissbrauch verneint. Die Richter verglichen die Üblichkeit der gezahlten Gebühr mit anderen Kapitalanlage- und Versicherungsverträgen (oder Bausparkassen) sowie deren Informationspflichten zur Höhe und Laufzeit der eingeplanten Abschlusskosten. Zudem stehe die zu beurteilende Gebühr nach Auffassung des Finanzgerichts in einem wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Verwaltung der Anlage und diene der Einnahmeerzielung. Eine Kürzung der Aufwendungen mit Verweis auf steuerfreie Vorteile sei nicht zulässig, soweit der Steuerpflichtige einen Einnahmeüberschuss der Kapitalerträge anstrebe. Dagegen sei die Zuordnung zu den Anschaffungsnebenkosten abzulehnen, weil kein konkreter Bezug mit noch zu beschaffenden Kapitalanlagen erkennbar sei.

#### **Konsequenz**

Das Urteil steht im Widerspruch zu einer Entscheidung des Finanzgerichts Rheinland-Pfalz, das nicht



den Abfluss der Aufwendungen, sondern den Zeitpunkt des Zuflusses der damit zusammenhängenden Kapitalerträge als für die Zuordnung entscheidend ansieht. Mit einer ähnlichen Begründung hat das Finanzgericht Köln zugunsten des Steuerpflichtigen die Aufwendungen einer Selbstanzeige für vor dem Jahr 2009 liegende Kapitalerträge als Werbungskosten zugelassen. Die Revision der Finanzverwaltung zum Urteil aus Niedersachsen ist bereits beim Bundesfinanzhof (BFH) anhängig.

#### 11. **Dienstwagen: 1 %-Regel trotz fehlender Privatnutzung?**

##### **Kernproblem**

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat in den letzten Monaten die Rechtsprechung zur 1 %-Regel bei der Überlassung von Firmenwagen kräftig durcheinander gewirbelt. Mittlerweile muss zwischen der Behandlung bei Arbeitnehmern (zu denen steuerlich neben den Fremdgeschäftsführern auch Gesellschafter-Geschäftsführer gehören) und den Unternehmern strikt unterschieden werden. Nach neuer Rechtsprechung hat der Unternehmer die Möglichkeit, die Privatnutzung eines betrieblichen Fahrzeugs durch im Status und Gebrauchswert gleichwertige Fahrzeuge des Privatvermögens zu widerlegen. Wir erinnern uns an den Rechtsanwalt, der so die 1 %-Regel bei seinem betrieblichen Sportwagen vermeiden konnte, weil er privat einen Wagen gleichen Fabrikats nutzte. Beim Arbeitnehmer kommt es jetzt nach einem neuen Urteil auf die tatsächliche Privatnutzung nicht mehr an und erschwert die Lage für den Steuerpflichtigen. Dafür kann sich das Finanzamt nicht mehr darauf berufen, dass der Beweis des ersten Anscheins immer für die Privatnutzung des Dienstwagens spricht.

##### **Sachverhalt**

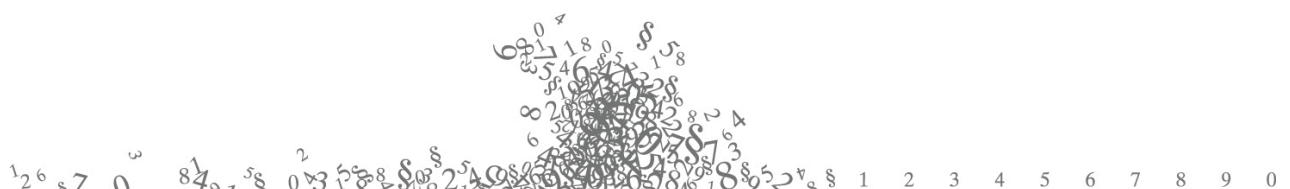
Der Geschäftsführer einer Steuerberatungs-GmbH konnte nach seinem Anstellungsvertrag den Dienstwagen auch privat nutzen. Dafür versteuerte die GmbH eine monatliche Kostenpauschale für 250 km als geldwerten Vorteil. Im Rahmen einer Lohnsteuer-Prüfung wurde das vom Geschäftsführer geführte Fahrtenbuch verworfen und die GmbH auf Basis der 1 %-Regel (abzüglich der bisher versteuerten Kostenpauschale) zur Lohnsteuer in Haftung genommen. Der Geschäftsführer verwies darauf, für private Fahrten nur ein Motorrad und das Auto der Lebensgefährtin genutzt zu haben. Nachdem die Berufung auf den Anscheinsbeweis nicht mehr ausreichend ist, konnte man auf die Entscheidung des BFH gespannt sein.

##### **Entscheidung**

Der BFH änderte hier seine Rechtsprechung: Allein die vom Arbeitgeber gewährte Möglichkeit der Privatnutzung des Dienstwagens führt bei einem Arbeitnehmer zu einem geldwerten Vorteil. Ob der Arbeitnehmer von der Möglichkeit Gebrauch macht, ist dafür unerheblich. Den Vorteil sieht der BFH in der Ersparnis nutzungsunabhängiger Kosten, die ohne das Vorhalten eines betriebsbereiten Fahrzeugs verausgabt werden müssten. Bei solchen Fallgestaltungen kommt es zukünftig nicht mehr darauf an, ob der Arbeitnehmer den Beweis des ersten Anscheins durch einen Gegenbeweis widerlegen kann.

##### **Konsequenz**

Will man die zuletzt positive Entwicklung beim BFH nutzen und ist eine Privatnutzung des Dienstwagens auch nicht beabsichtigt, darf der Steuerpflichtige dazu auch nicht länger befugt sein. Tut er es dann trotz Verbots und ist zugleich Gesellschafter-Geschäftsführer, liegt kein Arbeitslohn vor, sondern eine verdeckte Gewinnausschüttung. Das hat der BFH in weiteren Entscheidungen ebenso



klargestellt und sich gegen die Annahme verwehrt, dass ein Privatnutzungsverbot beim Gesellschafter-Geschäftsführer nur zum Schein ausgesprochen würde.

## 12. Einbeziehung von abgefundenen Erbprätendenten in Gewinnfeststellung

### **Kernaussage**

Oftmals beenden potentiellen Erben des verstorbenen Gesellschafters einer Personengesellschaft einen zwischen ihnen herrschenden Streit darüber, wer als Erbe Gesellschafter geworden ist, durch Vergleich. In diesem Fall erzielt derjenige, der im Vergleich gegen Geld auf die Geltendmachung seiner Rechte verzichtet und nach den Regeln des Gesellschaftsrechts Gesellschafter hätte werden können, einen Veräußerungsgewinn, der bei der Personengesellschaft festgestellt werden muss. Dies hat der Bundesfinanzhof (BFH) aktuell entschieden.

In dem vom BFH zu entscheidenden Fall hatten sich die potentiellen Erben des Gesellschafters einer Personengesellschaft vergleichsweise über die Erbfolge geeinigt. Die Vergleichsbeteiligten, die gegen Entgelt auf ihre Rechtsposition verzichtet hatten, machten geltend, sie seien als Vermächtnisnehmer nicht am Feststellungsverfahren der Personengesellschaft zu beteiligen. Dies sah das Finanzamt anders und bezog die Betroffenen in die Gewinnfeststellung ein.

Anders als das Finanzgericht folgte der BFH der Auffassung des Finanzamtes. Die Abfindungszahlungen hätten die Betroffenen deshalb nicht als Vermächtnisse erhalten, weil ein Vermächtnis nur vom Erblasser eingeräumt und nicht nachträglich durch Vergleich geregelt werden könne. Vielmehr seien die Abfindungen den betroffenen Vergleichsbeteiligten als Veräußerungsgewinne zuzurechnen, weil der entgeltliche Verzicht auf die Durchsetzung ihrer Rechtsposition als vermeintliche Erben wie die Veräußerung eines Mitunternehmeranteils zu behandeln sei. Es gebe keinen vernünftigen Grund dafür, die Abgefundenen anders zu besteuern als einen unangefochtenen Miterben oder Mitgesellschafter, der aus der Gesellschaft gegen Abfindung ausscheide.

Das Verfahren wurde an das Finanzgericht zurückverwiesen, weil noch Unklarheit darüber bestand, ob die vermeintlichen Erben gesellschaftsrechtlich Rechtsnachfolger des verstorbenen Gesellschafters hätten werden können.

## 13. Kein Abzug von Strafverteidigerkosten als außergewöhnliche Belastungen

### **Kernaussage**

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit neuerem Urteil die Kosten, die einem wegen einer vorsätzlichen Tat Verurteilten für seine Strafverteidigung entstanden sind, nicht zum Abzug als außergewöhnliche Belastungen zugelassen.

### **Sachverhalt**

Der Kläger war rechtskräftig wegen Beihilfe zur Untreue zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 3 Jahren und 9 Monaten verurteilt worden. Er machte seine Rechtsanwaltskosten (ca. 50.000 EUR für 2007 und 160.000 EUR für 2008) steuermindernd geltend. Sie wurden weder vom Finanzamt noch vom Finanzgericht anerkannt; insbesondere auch nicht als außergewöhnliche Belastungen.

### **Entscheidung**

Der BFH hat den Abzug der Strafverteidigungskosten als Betriebsausgaben oder Werbungskosten

versagt, weil die Tat nicht eindeutig der beruflichen oder sonstigen steuerbaren Sphäre zuzuordnen war. Auch den Abzug als außergewöhnliche Belastungen hat er mit der allgemeinen Meinung verneint. Dem steht nach Ansicht der erkennenden Richter auch die neuere Rechtsprechung des BFH nicht entgegen, wonach sich die Unausweichlichkeit von Prozesskosten daraus ergibt, dass der Steuerpflichtige zur Durchsetzung seines Rechts den Rechtsweg beschreiten muss. Im Streitfall fehlt es aber schon an der Unausweichlichkeit der Aufwendungen. Die Strafverteidigungskosten hat der Kläger gerade wegen seiner rechtskräftigen Verurteilung zu tragen. Die Straftat ist aber nicht unausweichlich.

#### **Konsequenz**

Das Urteil überzeugt. Die neuere BFH-Rechtsprechung erging zu Zivilprozesskosten. Hier wurde argumentiert, der Steuerpflichtige könne den Prozesskosten wegen des staatlichen Gewaltmonopols, dessen er sich bedienen müsse, nicht ausweichen. Das Argument trägt im Strafverfahren aber nicht, weil es gerade nicht um Situationen geht, in denen der Steuerpflichtige keine andere Wahl hat, als zur Durchsetzung seiner Rechte auf die Gerichte zurückzugreifen, sondern um den umgekehrten Fall: der Beschuldigte, der wissentlich und vorwerfbar gegen die strafbewehrten Regeln des Gemeinwesens verstößt, hat den daraus resultierenden staatlichen Eingriff zu dulden. Soweit seine Rechtsunterworfenheit neben der verhängten Strafe auch zu Kosten führt, hat der Verurteilte diese durch sein Verhalten selbst verursacht und sie deshalb ebenso zu tragen wie er den von ihm verursachten Schaden gegenüber seinem Opfer wiedergutzumachen hat. Es ist nicht Zweck des Abzugs außergewöhnlicher Belastungen, dem Steuerpflichtigen die Kostenlast zu erleichtern, wenn sich ein übernommenes Risiko realisiert.

#### **14. Wann dürfen Medikamente steuerlich geltend gemacht werden?**

##### **Kernaussage**

Eine gut sortierte Hausapotheke ist oftmals der Retter in der Not. Allerdings hat das Finanzgericht (FG) Rheinland-Pfalz aktuell entschieden, dass Medikamente für die Hausapotheke (wie z. B. Schmerzmittel oder Erkältungspräparate) ohne ärztliche Verordnung nicht als sog. "außergewöhnliche Belastungen" steuerlich geltend gemacht werden können.

##### **Sachverhalt**

Die klagenden Eheleute machten in ihrer Einkommensteuererklärung für 2010 (u. a.) Aufwendungen für Medikamente in Höhe von 1.418,03 EUR als außergewöhnliche Belastungen geltend und führten dazu aus, viele Medikamente würden wegen der Gesundheitsreform nicht mehr verschrieben, obwohl sie notwendig seien. Dies gelte z. B. auch für vorbeugende Medikamente wie Schmerz-, Erkältungs- und Grippemittel. Das Finanzamt berücksichtigte nur die Aufwendungen, für die eine ärztliche Verordnung vorgelegt worden war, die übrigen Kosten (für die ohne Verordnung erworbenen Präparate) erkannte das Finanzamt nicht an. Einspruchs- und Klageverfahren blieben erfolglos.

##### **Entscheidung**

Auch das Finanzgericht vertrat die Auffassung, dass die Kläger die Zwangsläufigkeit der streitigen Aufwendungen "formalisiert" hätten nachweisen müssen. Denn – so das Finanzgericht – dies sei in der Einkommensteuer-Durchführungsverordnung (EStDV) ausdrücklich angeordnet. Danach habe ein Steuerpflichtiger den Nachweis der Zwangsläufigkeit von Aufwendungen im Krankheitsfall durch eine Verordnung eines Arztes oder Heilpraktikers zu führen. Diese Vorschrift sei zwar erst mit der

Verkündung des Steuervereinfachungsgesetzes 2011 in Kraft getreten. Dabei sei aber ausdrücklich angeordnet worden, dass die Vorschrift in allen Fällen, in denen die Einkommensteuer noch nicht bestandskräftig festgesetzt sei, anzuwenden sei. Die rückwirkende Geltung der Vorschrift auch für die Vergangenheit sei unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden, denn der Gesetzgeber habe insoweit die Rechtslage lediglich so geregelt, wie sie bis zu diesem Zeitpunkt bereits einer gefestigten Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes (BFH) entsprochen habe.

#### **Konsequenz**

Einen Steuerbonus für die Hausapotheke gibt es also nicht. Das Urteil ist in der Praxis zu beachten; es ist rechtskräftig. "Außergewöhnlich belastend" und damit steuerlich abziehbar sind nur Kosten für verordnete Arznei- oder Verbandmittel. Das können z. B. sein die Zuzahlung für ein von der Krankenversicherung bezahltes Medikament; der Aufpreis, wenn die Versicherung nur ein günstigeres Medikament bezahlt oder der volle Preis, wenn die Krankenkasse bestimmte Arzneimittel gar nicht zahlt.

#### 15. **Abfindung für Verzicht auf Pflichtteil ist nicht als Zuwendung beststeuerbar**

##### **Kernfrage**

In besonders gelagerten Ausnahmefällen können Abfindungszahlungen Dritter an einen gesetzlichen Erben, der auf eine erbrechtliche Position verzichtet, wie eine (fiktive) Schenkung des zukünftigen Erblassers an den Abfindungsempfänger angesehen werden. Der Bundesfinanzhof (BFH) hatte nunmehr darüber zu entscheiden, ob die Konstellation einer (fiktiven) Schenkung des zukünftigen Erblassers auch dann Anwendung finden kann, wenn Geschwister untereinander Abfindungszahlungen an den Geschwisterteil leisten, der einen Pflichtteils- und Pflichtteilsverzicht erklärt.

##### **Sachverhalt**

Der Kläger hatte in einem notariellen Erbvertrag gegenüber seinen Geschwistern den Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsverzicht gegen eine Abfindungszahlung erklärt, wenn er von der Erbfolge nach der Mutter ausgeschlossen sein sollte. Diese Abfindungszahlungen sollten auch in jedem Fall Bestand haben. Hierin sah die Finanzverwaltung eine fiktive Schenkung der Mutter an den Kläger.

##### **Entscheidung**

Der BFH urteilte zugunsten des Klägers. Zwar stellten die Abfindungsleistungen der Geschwister an den Kläger jeweils selbstständige freigiebige Zuwendungen an den Kläger dar; es handele sich aber nicht um eine fiktive Zuwendung der Mutter an den Kläger. Entscheidend hierfür sei insbesondere, dass die Abfindung gerade nicht aus dem Vermögen des zukünftigen Erblassers, sondern des Verzichtsbegünstigten geleistet worden sei, der bei Eintritt des Erbfalls die geleistete Abfindung als Nachlassverbindlichkeit erbschaftsteuerermindernd berücksichtigen könne.

##### **Konsequenz**

Verständigen sich die Abkömmlinge untereinander auf den Verzicht erbrechtlicher Ansprüche und leisten hierfür Ausgleichszahlungen, dann werden die schenkungsteuerlichen Konsequenzen ausschließlich im Verhältnis der Abkömmlinge untereinander gezogen; der Erblasser ist hiervon nicht betroffen.

## Unternehmer und Freiberufler

### 16. Neues zur Geschäftsveräußerung im Ganzen

#### Kernaussage

Die Veräußerung eines Grundstückes ist grundsätzlich steuerfrei. Erfolgt der Verkauf an einen Unternehmer, so kann auch zur Umsatzsteuer optiert werden. Diese Rechtsfolgen treten aber nicht ein, wenn es sich bei dem Verkauf um eine Geschäftsveräußerung im Ganzen handelt (GiG), die nicht steuerbar ist. Die Abgrenzung zwischen Geschäftsveräußerung im Ganzen und "normalem" Verkauf bereitet in der Praxis Schwierigkeiten, ist aber wichtig, da die steuerlichen Folgen für den Verkäufer sowie auch für den Erwerber erheblich sein können.

#### Sachverhalt

Der Kläger veräußerte ein Grundstück, das er zuvor an ca. 50 Parteien zu gewerblichen bzw. Wohnzwecken vermietet hatte. Hinsichtlich der gewerblichen Mieter hatte der Kläger bei Anschaffung des Grundstückes 3 Jahre zuvor zur Umsatzsteuer optiert und dementsprechend ca. 500.00 EUR Vorsteuern geltend gemacht. In einem zweiten Vertrag mietete der Kläger die gesamte Immobilie vom Erwerber an (Generalmietvertrag). Die Mietverträge zwischen Kläger und Endnutzer wurden nicht geändert, sie wurden vom Erwerber als Untermietverhältnisse übernommen. Im Gegensatz zum Kläger sah das Finanzamt hierin keine Geschäftsveräußerung im Ganzen, da es an der Übertragung eines Unternehmens fehle, wenn der Kläger die Mietverträge fortführe.

#### Entscheidung

Dem Finanzgericht Düsseldorf zur Folge liegt keine Geschäftsveräußerung im Ganzen vor. Denn der Erwerber führt das Mietunternehmen des Klägers nicht fort, da umsatzsteuerlich die Mietverhältnisse weiterhin dem Kläger zuzurechnen sind. Dem steht auch nicht entgegen, dass durch den Kaufvertrag die Mietverträge gegebenenfalls zivilrechtlich auf den Erwerber übergegangen sind (§ 566 BGB). Die Vermietung durch den Erwerber stellt zwar auch ein Vermietungsunternehmen dar, aber ein neues zusätzliches, das dem des Klägers nicht ausreichend ähnelt (1 Mieter statt bisher 50 Mieter).

#### Konsequenz

Das Urteil bestätigt einmal mehr, dass das Umsatzsteuerrecht unabhängig von Wertungen anderer Gesetze, so z. B. dem Zivilrecht ist. Dies macht es für die Praxis nicht einfacher. Insbesondere wenn der Erwerber die Mietverträge nicht 1:1 übernimmt, besteht immer das Risiko, dass keine Geschäftsveräußerung im Ganzen vorliegt. Der Fall liegt nun aber dem Bundesfinanzhof (BFH) vor, so dass abzuwarten bleibt, ob er der Entscheidung des Finanzgerichts folgt.

### 17. Porto, durchlaufender Posten oder Entgelt?

#### Kernproblem

Werbeagenturen, Lettershops etc. versenden Briefe, Prospekte, Flyer usw. für ihre Kunden. Dabei wird das Porto zunächst verauslagt und den Kunden anschließend weiterberechnet. Wirtschaftlich stellt das Porto einen durchlaufenden Posten dar. Umsatzsteuerlich hingegen kann es auch einen steuerpflichtigen Bestandteil des Entgelts darstellen.

#### Neue Verwaltungsanweisung

Nach Ansicht der Oberfinanzdirektion (OFD) Niedersachsen kann das Porto nur als durchlaufender



Posten behandelt werden, wenn der Kunde in Rechtsbeziehungen zur Deutschen Post AG tritt. Nach den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Deutschen Post AG bestehen Rechtsbeziehungen zwischen ihr und den auf den Sendungen genannten Absendern. Dementsprechend muss der Kunde als Absender auf dem Brief bzw. Paket aufgeführt sein, damit die Weiterbelastung des Portos auch umsatzsteuerlich als durchlaufender Posten zu behandeln ist. Verwenden die Agenturen einen eigenen Freistempler, so stellt die Weiterbelastung des Portos einen durchlaufenden Posten dar, wenn das Unternehmen in den Stempel das sogenannte "Klischee" des Auftraggebers einsetzt oder auf andere Weise den Kunden, z. B. durch Absenderaufkleber oder Aufdruck des Absenders auf den Umschlag, als eigentlichen Absender kennzeichnet. Kein durchlaufender Posten liegt dagegen vor, wenn die Agentur in ihren Rechnungen die Verauslagung im fremden Namen und auf fremde Rechnung nicht offen legt oder die Agentur Rabatte der Deutschen Post AG nicht an ihre Kunden weitergibt, also mehr Porto weiterbelastet als sie selbst gezahlt hat oder bei Porto von Versandhandelsunternehmen.

#### **Konsequenzen**

Betroffene Unternehmen sollten prüfen, ob ihre Deklaration und Rechnungsstellung den Grundsätzen der Verfügung entspricht. Zu beachten ist, dass die generelle Steuerbefreiung der Post mit Wirkung vom 1.7.2010 entfallen ist. Geschäftsbriefe unterliegen daher regelmäßig der Umsatzsteuer. Stellt die Weiterbelastung dann einen durchlaufenden Posten dar, so gilt dies auch für die Umsatzsteuer. In diesem Fall darf nur der Bruttobetrag weiterbelastet und die in diesem Betrag enthaltene Umsatzsteuer nicht gesondert ausgewiesen werden. Wird dies nicht beachtet, so schuldet das versendende Unternehmen diese Umsatzsteuer, zusätzlich zu der Umsatzsteuer, die für die eigene Dienstleistung fällig wird. Den Kunden kann der Vorsteuerabzug aus der Rechnung der Post ermöglicht werden, indem ihnen die Originalrechnung der Post ebenfalls weitergeleitet wird.

### 18. **Vorsteuervergütung: Neue Länderlisten**

#### **Kernaussage**

Unternehmen, die im Ausland ansässig sind und nicht verpflichtet sind, in Deutschland Voranmeldungen abzugeben, können sich die in Deutschland gezahlte Vorsteuer gegebenenfalls vergüten lassen. Unternehmen aus Mitgliedsstaaten der EU steht dieses Recht grundsätzlich zu. Bei Unternehmen aus anderen Ländern (Drittstaaten) setzt dies jedoch voraus, dass in diesen Ländern entweder deutschen Unternehmen ein vergleichbares Recht zugestanden wird ("wie Du mir, so ich Dir") oder keine Umsatzsteuer erhoben wird.

#### **Neue Verwaltungsanweisung**

Das Bundesfinanzministerium (BMF) hat nun die Länderlisten aktualisiert, aus denen hervorgeht, welche Drittstaaten zur Vergütung der Vorsteuer in Deutschland berechtigt sind und welche nicht. Die Änderungen betreffen Kroatien, Serbien und Belize.

#### **Konsequenz**

Unternehmen aus Drittstaaten können anhand der Listen überprüfen, ob ihnen Vorsteuer in Deutschland vergütet wird. Ist dies der Fall, so muss ein entsprechender Antrag bis zum 30.6. des Folgejahres gestellt werden. Besteht mangels Gegenseitigkeit nicht die Möglichkeit, die Vorsteuer zu vergüten, kann diese nur im allgemeinen Besteuerungsverfahren geltend gemacht werden. Hierzu ist



zum Vorsteuerabzug berechtigt war. Der Kläger wehrte sich gegen die Festsetzung mit dem Argument, dass die im UStG enthaltene Beschränkung der Organschaft auf Kapitalgesellschaften als mögliche Organgesellschaften gegen den in der Mehrwertsteuersystemrichtlinie (MwStSystRL) verankerten Grundsatz der Rechtsformneutralität verstoße.

### **Entscheidung**

Das Finanzgericht München folgt der Argumentation des Klägers. Demnach stellt es die Mehrwertsteuersystemrichtlinie den Mitgliedstaaten zwar frei, ob sie vom Instrument der Organschaft Gebrauch machen, dies rechtfertigt jedoch nicht, dieses Instrument auf juristische Personen als Organgesellschaften zu beschränken.

### **Konsequenz**

Immer wieder bietet die Umsatzsteuer Urteile, die die bisherige Praxis in Frage stellen bzw. über den Haufen werfen; dieses ist ein Solches. Auch wenn zu erwarten ist, dass die Finanzverwaltung das Urteil nicht akzeptieren wird und das Verfahren voraussichtlich erst mit einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) ein Ende finden wird, müssen sich Personengesellschaften, die – abgesehen von der Rechtsform – als Organgesellschaften zu qualifizieren wären, mit dem Urteil auseinandersetzen. Dabei kann das Urteil je nach Fallkonstellation vor- oder nachteilig sein. Vorteile können sich, wie im Fall, ergeben, wenn die Gesellschaft nicht in vollem Umfang zum Vorsteuerabzug berechtigt ist. Nachteile ergeben sich z. B. durch die Ausdehnung der Haftung der Organgesellschaften auf die Umsatzsteuer des Organträgers. Bietet das Urteil Vorteile, müssen die Veranlagungen offen gehalten werden. Ist das Urteil dagegen nachteilig, so besteht kein akuter Handlungsbedarf, die weitere Rechtsentwicklung ist aber zu beobachten.

## 21. **Wie ist ein Liquidationsverlust steuerlich zu beurteilen?**

### **Kernaussage**

Das sogenannte Teileinkünfteverfahren gilt auch in Verlustfällen. Zudem wird infolge der Veräußerungsfiktion die dem Gesellschafter zufließende Einnahme wie ein Bezug eines Kaufpreises behandelt. Aus diesem Grunde kann der Liquidationsverlust bei einer Stammkapitalauskehrung unter Anwendung des Teileinkünfteverfahrens auch nur zu 60 % berücksichtigt werden.

### **Sachverhalt**

Die Klägerin war an dem 25.000 EUR betragenden Stammkapital einer GmbH zu einem Drittel beteiligt. Im Jahr 2009 wurde die Auflösung der GmbH beschlossen, weshalb die Auskehrung des sich noch im Gesellschaftsvermögen befindlichen Teils des Stammkapitals erfolgte. Entsprechend ihrer Quote wurden an die Klägerin 3.138 EUR ausgezahlt. Weitere Zahlungen in Form von Dividenden, Ausschüttungen oder sonstigen Rückzahlungen aus dem Stammkapital der GmbH hat die Klägerin nicht erhalten. Sie beantragte bei dem beklagten Finanzamt den vollen Abzug der ihr entstandenen Verluste. Das Finanzamt wandte das Teileinkünfteverfahren an und berücksichtigte einen Verlust nur in Höhe von 60 %. Das Finanzgericht (FG) wies die hiergegen gerichtete Klage ab.

### **Entscheidung**

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung gilt das Teileinkünfteverfahren auch in Verlustfällen. Sofern die Klägerin die Auffassung vertritt, dass jedenfalls eine zurückgezahlte Stammeinlage nicht zu Einnahmen im Sinne des Teileinkünfteverfahrens führen könne, da sich bereits aus allgemeinen

Grundsätzen ergebe, dass Kapitalrückzahlungen keine Einnahmen seien, kann dem nicht gefolgt werden. Ein allgemeiner Grundsatz dahingehend, dass eine Einnahme aus der Auflösung einer Kapitalgesellschaft erst dann vorliegt, wenn und soweit der Wert der im Zuge der Auflösung erhaltenen Wirtschaftsgüter das Stammkapital übersteige, lässt sich nicht dem Gesetz entnehmen. Aus diesem Grunde sind die Anschaffungskosten nur zu 60 % abzuziehen.

#### **Konsequenz**

Die Revision zum Bundesfinanzhof (BFH) wurde wegen der Bedeutung der Frage der steuerlichen Beurteilung von Kapitalrückzahlungen im Rahmen der Liquidation einer Kapitalgesellschaft zugelassen und bleibt abzuwarten. Betroffene sollten prüfen, ob sie sich auf das vorgenannte finanzgerichtliche Urteil beziehen können und sodann einen Einspruch ruhend stellen.

## 22. Grunderwerbsteuer: Rohbaukauf mit anschließendem Innenausbau

#### **Kernaussage**

Für einen objektiv sachlichen Zusammenhang zwischen Grundstückskauf- und Bauvertrag ist es nicht erforderlich, dass das Angebot in einem einheitlichen Schriftstück zu einem einheitlichen Preis unterbreitet wird.

#### **Sachverhalt**

Die Klägerin erwarb für 524.850 EUR ein Grundstück inkl. Rohbau von einer GmbH. Die weiteren Ausbaukosten in Höhe von 180.000 EUR wurden vom Finanzamt in die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer miteinbezogen, da man sich mit dem von der GmbH vorgeschlagenen Bauleitungsbüro vor Abschluss des Grundstückskaufvertrags geeinigt hatte. Das Bauleitungsbüro sei bei fast allen Rohbauprojekten der GmbH eingeschaltet worden und habe damit im Ergebnis ein bezugsfertiges Haus erstellt, was wirtschaftlich auch gewollt gewesen sei. Gegen die entsprechend erhöhte Grunderwerbsteuer von 18.369 EUR auf 24.669 EUR klagte die Klägerin.

#### **Entscheidung**

Das Finanzgericht hielt die Klage für unbegründet. Grundsätzlich wird die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer aus dem Vertrag über das Grundstück entnommen. Ergibt sich jedoch aus weiteren Vereinbarungen, die mit dem Rechtsgeschäft in einem rechtlichen oder zumindest objektiv sachlichen Zusammenhang stehen, dass der Erwerber das beim Abschluss des Kaufvertrags unbebaute Grundstück in bebautem Zustand erhält, bezieht sich die Grunderwerbsteuer auf den gesamten Erwerbsgegenstand. Dies war hier der Fall. Denn für einen objektiv sachlichen Zusammenhang zwischen Kauf- und Bauvertrag ist es nicht erforderlich, dass das Angebot der Veräußererseite in einem einheitlichen Schriftstück und zu einem einheitlichen Gesamtpreis unterbreitet wird. Ausreichend ist, dass die Veräußererseite das Angebot zur Bebauung des Grundstücks bis zum Abschluss des Grundstückskaufvertrags vorlegt und der Erwerber dieses Angebot im Wesentlichen auch annimmt. Auch die verschiedenen Personen auf der Veräußererseite sind unschädlich, da die GmbH und das Bauleitungsbüro hier wirtschaftlich eng verbunden waren.

#### **Konsequenz**

Die versuchte Ersparnis eines Teils der Grunderwerbsteuer ist hier misslungen. Es hat sich gezeigt, dass es darauf ankommt, ob ein objektiv sachlicher Zusammenhang gegeben ist, der anhand von Indizien bestimmt werden kann.













Finanzamt den Haftungsbescheid unter gleichzeitigem Erlass eines neuen Bescheides zurückgenommen, da das Auswahlermessen nicht hinreichend dokumentiert war.

#### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof (BFH) wies die Revision des Finanzamts als unbegründet zurück. Für die vom Arbeitnehmer geschuldete und vom Arbeitgeber einzubehaltende Lohnsteuer kann das Finanzamt die Steuer- oder Haftungsschuld gegenüber Arbeitnehmer oder Arbeitgeber als Gesamtschuldner geltend machen. Hierbei hat es das Auswahlermessen pflichtgemäß auszuüben. Vorliegend unterblieb bei Erlass des ursprünglichen Haftungsbescheids die gebotene Ermessensausübung, denn das Finanzamt war sich dieser Verpflichtung nicht bewusst. Bis zum Abschluss der Tatsacheninstanz eines finanzgerichtlichen Verfahrens kann das Finanzamt zwar seine Ermessenserwägungen ergänzen. Das setzt aber voraus, dass zumindest ansatzweise zuvor Ermessenserwägungen angestellt worden sind. Diese wurden aber erstmals während des Revisionsverfahrens aufgeführt.

#### **Konsequenz**

Die Rechtsfrage, ob ein dem Gesellschafter-Geschäftsführer zugesagtes aber nicht ausgezahltes Weihnachtsgeld als zugeflossen gilt, konnte im Streitfall offen bleiben. Zu der Frage entschied der BFH jedoch in einem Parallelverfahren, dass die Grundsätze über den Zufluss von Einnahmen bei einem beherrschenden Gesellschafter nicht eingreifen, wenn die Zusage vor dem Zeitpunkt der Entstehung der Sonderzuwendungen einvernehmlich aufgehoben wird.

### **30. Betriebsbedingte Kündigung trotz freien Arbeitsplatzes im Ausland?**

#### **Kernfrage**

Will ein Arbeitgeber eine betriebsbedingte Kündigung aussprechen, ist im Rahmen der Sozialauswahl angesichts des sogenannten "ultima ratio Prinzips" einer Kündigung stets zu fragen, ob nicht ein anderer gleichwertiger bzw. vergleichbarer Arbeitsplatz für den zu kündigenden Arbeitnehmer zur Verfügung steht. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hatte nunmehr darüber zu entscheiden, ob dieser vergleichbare Arbeitsplatz auch im (EU)Ausland liegen könnte.

#### **Sachverhalt**

Der beklagte Arbeitgeber, der ein Zweitwerk in einem anderen Mitgliedstaat der EU unterhielt, schloss seine Produktionsstätte in Deutschland und verlagerte die Produktion ins EU-Ausland. Der in der Produktion beschäftigte Kläger machte im Rahmen seiner Kündigungsschutzklage geltend, die betriebsbedingte Kündigung sei unwirksam, weil ihm nicht wenigstens die Gelegenheit gegeben worden sei, über einen Umzug an den anderen ausländischen Standort nachzudenken; insoweit wäre eine Änderungskündigung möglich gewesen.

#### **Entscheidung**

Das BAG wies die Klage ab. Zur Begründung führten die Richter aus, dass das Kündigungsschutzgesetz alleine auf Betriebe im Inland Anwendung finde. Der Arbeitgeber hatte aber keine Möglichkeit, den Kläger in einem inländischen Betrieb weiter zu beschäftigen. Insoweit sei der Grundsatz der Änderungskündigung vor Beendigungskündigung dann nicht anzuwenden, wenn der freie Arbeitsplatz im Ausland liege. Ungeklärt ließ das BAG dabei aber die Frage, ob sich die Rechtslage dann ändere, wenn es nicht zu einer Betriebsstilllegung komme, sondern der Betrieb oder

ein Teilbetrieb als Ganzes ins Ausland verlagert werden würde, also die Lage mit einem Betriebsübergang vergleichbar sei.

#### **Konsequenz**

Die Entscheidung des BAG erleichtert im internationalisierten Geschäft die Frage von Produktionsverlagerungen bei bestehenden Betriebsstätten im In- und Ausland. Abzuwarten bleibt, wie das BAG den Fall einer echten Betriebsverlagerung bei Neueröffnung einer ausländischen Betriebsstätte entscheidet.

### 31. **Nachträgliche Herstellungskosten auch bei nicht genutzter Fläche**

#### **Kernproblem**

Häufig besteht zwischen Steuerpflichtigen und dem Finanzamt Uneinigkeit, ob für bestimmte Baumaßnahmen getätigte Aufwendungen als Herstellungskosten eines Gebäudes oder als (sofort abzugsfähige) Erhaltungsaufwendungen zu behandeln sind. Zu den Herstellungskosten zählen einerseits Aufwendungen, die für die erstmalige Herstellung eines Vermögensgegenstandes anfallen. Andererseits stellen aber auch Kosten, die aufgrund von Erweiterungen oder für eine über den ursprünglichen Zustand hinausgehende wesentliche Verbesserung entstehen, (nachträgliche) Herstellungskosten dar. Ob eine Erweiterung auch angenommen werden kann, wenn der zusätzlich geschaffene Raum tatsächlich nicht nutzbar ist, war kürzlich Gegenstand eines Verfahrens.

#### **Sachverhalt**

Im Streitfall war an einem vermieteten Einfamilienhaus ein undichtes Flachdach durch ein Satteldach ersetzt worden. In diesem Zusammenhang wurde auch ein Kniestock von 1,3 m Höhe errichtet. Das (weder verputzte noch ausgebaute) Dachgeschoss konnte nur durch eine Zugleiter in der Garage erreicht werden, zudem war aufgrund von Sicherheitsbestimmungen die Nutzung als Wohn- und Aufenthaltsraum untersagt.

#### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof (BFH) teilt die Auffassung der Finanzverwaltung und des Finanzgerichts, wonach allein die Vergrößerung der nutzbaren Fläche zu einer Erweiterung des Gebäudes und damit zu nachträglichen Herstellungskosten führe. Auf die tatsächliche Nutzung komme es dabei ebenso wenig an wie auf den etwa noch erforderlichen finanziellen Aufwand für eine Fertigstellung zu Wohnzwecken.

#### **Konsequenz**

Der BFH vertritt eine sehr weitgehende Interpretation des Begriffs der "Herstellungskosten" und nimmt auf Begleitumstände, praktische Zwänge und tatsächliche Nutzungen keinerlei Rücksicht. Ob eine Erweiterung vorliegt, sei demnach allein durch einen Vergleich der nach und vor der Baumaßnahme zur Verfügung stehenden Flächen zu entscheiden. Diese Abgrenzung dürfte auch auf Baumaßnahmen in einem Betriebsvermögen anzuwenden sein, da der BFH sich in der Begründung ausdrücklich mit der handelsrechtlichen Definition von Herstellungskosten auseinander gesetzt hat.

### 32. **Keine Bilanzierungspflicht bei Realteilung einer Freiberufler-GbR**

#### **Kernproblem**

Kleinere Unternehmen und Freiberufler können anstelle einer Gewinnermittlung durch Bilanzierung die einfachere Einnahme-Überschussrechnung (§ 4 Abs. 3 EStG) wählen. Wird der Betrieb allerdings aufgegeben oder veräußert, ist für Zwecke der Ermittlung des Aufgabe- bzw. Veräußerungsgewinns







Verträgen und den Kaufverträgen über die Mobiltelefone bestehe eine wirtschaftlich enge Verknüpfung i. S. von Vertragsbündelungen. Die durch die verbilligte Abgabe entstandene Betriebsvermögensminderung sei daher im Rahmen eines aktiven RAP periodengerecht über die Laufzeit des MFD-Vertrags abzugrenzen. Die hiergegen gerichtete Klage blieb erfolglos.

#### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat seine bisherige Rechtsprechung bestätigt und festgestellt, dass ein Mobilfunkunternehmen für die verbilligte Abgabe von Mobiltelefonen bei gleichzeitigem Abschluss von Dienstleistungsverträgen einen aktiven Rechnungsabgrenzungsposten zu bilden hat. Die BFH-Richter plädieren dabei für eine weite Auslegung der Begriffsdefinition: So erfüllte auch die Vermögensminderung durch geldwerte Sachleistung (verbilligte Abgabe des Geräts) das Kriterium einer "Ausgabe" vor dem Bilanzstichtag. Durch die Verknüpfung mit dem 24-monatigen Dienstleistungsvertrag sei außerdem das Kriterium der "bestimmten Zeit" erfüllt.

#### **Konsequenz**

Der BFH betrachtet die beiden – formal voneinander getrennten – Verträge (Kaufvertrag, Dienstleistungsvertrag) als wirtschaftliche Einheit und gelangt auf diese Weise zu einem nachvollziehbaren und sachgerechten Ergebnis. In der Praxis dürften jedoch auch Fälle zu beobachten sein, in denen Unternehmen Geräte in der Erwartung, zukünftig Zubehör hierfür verkaufen zu können, verbilligt abgeben, ohne dass der Kunde bereits eine vertragliche Abnahmeverpflichtung eingegangen wäre. In diesem Fall dürfte die Bildung eines Rechnungsabgrenzungspostens ausscheiden.

### 35. **Kein Anspruch auf bestimmten rechtmäßigen Inhalt einer verbindlichen Auskunft**

#### **Kernaussage**

Dem Anspruch auf Erteilung einer verbindlichen Auskunft ist genüge getan, wenn das Finanzamt im Rahmen der verbindlichen Auskunft mitteilt, dass es auf den zutreffend erfassten Sachverhalt das einschlägige Schreiben des Bundesfinanzministeriums (BMF) anwenden werde.

#### **Sachverhalt**

Die Klägerin ist eine Investment-AG. Die AG beehrte im Jahr 2009 beim Finanzamt eine verbindliche Auskunft. Zur Begründung führte sie aus, dass die steuerliche Behandlung von Aktienrücknahmen unklar sei, zur der sie nach dem Investmentgesetz (InvG) verpflichtet ist. Konkret ging es um die Frage, ob Anteile an der AG als Anteile i. S. d. § 18 Abs. 2a Satz 2 Investmentgesetz anzusehen seien, obwohl keiner der beiden abschließend formulierten gesetzlichen Alternativatbestände (statuarisches Erfordernis einer Mindestanlagesumme oder besondere Sachkunde) bei der AG vorliege. Das Finanzamt teilte der AG mit, dass der Sachverhalt vom BMF-Schreiben zur Gesetzesauslegung des § 18 InvG umfasst sei. Insofern wurde keine verbindliche Auskunft mit dem begehrten Inhalt erteilt. Hierauf klagte die AG.

#### **Entscheidung**

Das Finanzgericht wies die Klage ab, ließ aber wegen der grundsätzlichen Bedeutung die Revision zu. Zur Begründung der Klageabweisung führte das Finanzgericht aus, dass die AG weder Anspruch auf Erteilung einer verbindlichen Auskunft mit einem bestimmten Inhalt noch Anspruch auf Neubescheidung durch das Finanzamt hat. Gegen eine hier vorliegende Negativauskunft kann die AG Verpflichtungsklage beim Finanzgericht erheben. Das Finanzgericht prüft bei der Erteilung einer

verbindlichen Auskunft durch das Finanzamt nur, ob ermessensfehlerhaft gehandelt wurde. Dies bedeutet, dass hier nur evidente Rechtsverletzungen einen gerichtlichen Erfolg begründen können. Vorliegend war das nicht der Fall. Das Finanzamt hat mitgeteilt, dass es ein BMF-Schreiben für einschlägig hält und auch danach verfahren wird, da es an ein solches gebunden ist.

#### **Konsequenz**

Die Entscheidung zeigt, dass durch eine verbindliche Auskunft nur herausgefunden werden kann, wie wohl ein Sachverhalt durch das Finanzamt beurteilt wird. Es kann jedoch nicht erzwungen werden, dass die verbindliche Auskunft einen bestimmten Inhalt hat. Dies war hier insofern interessant, da gewichtige Punkte gegen die Rechtmäßigkeit der konkreten Aussage in dem BMF-Schreiben sprachen.

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

#### **36. Zufluss von Urlaubs- und Weihnachtsgeld als Arbeitslohn bei Aufhebung der Zusage an einen Gesellschafter-Geschäftsführer**

##### **Kernproblem**

Der Zufluss von Arbeitslohn wird bei einem Arbeitnehmer normalerweise durch Gutschrift auf einem Bankkonto oder Barauszahlung bewirkt. In Sonderfällen kann auch eine Gutschrift in den Büchern des Arbeitgebers einen Zufluss bewirken, wenn der Arbeitnehmer auf seinen Anspruch ohne weiteres Zutun seines im Übrigen leistungsbereiten und liquiden Arbeitgebers zurückgreifen kann.

Besonderheiten gibt es bei Gesellschafter-Geschäftsführern: Hier kann eine Zuflussfiktion zum Tragen kommen, wenn es der Gesellschafter aufgrund seiner beherrschenden Stellung selbst in der Hand hat, die von der Gesellschaft geschuldeten Beträge an sich auszuzahlen. In der Praxis kommt es gerade bei familiengeführten Gesellschaften vor, dass zwar Sondervergütungen vereinbart sind, diese aber tatsächlich nicht ausbezahlt werden. In einem solchen Fall hat der Bundesfinanzhof (BFH) jetzt eine Entscheidung gefällt.

##### **Sachverhalt**

Der Gesellschafter-Geschäftsführer und seine Ehefrau, die als kaufmännische Angestellte im Unternehmen tätig war, hielten zu jeweils 50 % die Gesellschaftsanteile einer GmbH. Im Jahr 1997 vereinbarten beide mit der GmbH die Gewährung von Urlaubs- und Weihnachtsgeld. Obwohl die Gesellschaft über genug Liquidität verfügte, wurden Zahlungen aber nur für das Jahr 1997 geleistet, nicht aber für die Jahre 1998 bis 2002. Eine bilanzielle Passivierung der Schuld unterblieb. Nach einer Lohnsteuer-Außenprüfung ging das Finanzamt für die Streitjahre 1999 bis 2002 von einem Zufluss bei Fälligkeit aus und änderte die Einkommensteuerbescheide der Eheleute. Hiergegen klagten diese erfolgreich beim Finanzgericht. Der BFH hat sich nach der Revision des Finanzamts zum Zufluss von Arbeitslohn und der Bewirkung einer verdeckten Einlage geäußert.

##### **Entscheidung**

Der BFH verneinte den Zufluss der Vergütungen. Dagegen sprach zum einen, dass die von der Rechtsprechung geprägten Grundsätze zur Zuflussfiktion grundsätzlich nur bei beherrschenden Gesellschaftsverhältnissen anzuwenden sind. Hält ein Gesellschafter nicht mehr als 50 % der Anteile, kann eine Beherrschung nur dann unterstellt werden, wenn er mit anderen Gesellschaftern



zusammenwirkt, die gleichgerichtete finanzielle Interessen verfolgen und mit denen er eine entsprechende Willensbildung in der GmbH herbeiführen kann. Allein der Umstand, dass die Gesellschafter Eheleute sind, kann eine solche Vermutung aber nicht begründen. Zudem unterstellt der Senat, dass der arbeitsvertraglich eingeräumte Anspruch konkludent aufgehoben ist; denn indem die Eheleute trotz der mehrjährigen Nichtauszahlung widerspruchslos ihre Tätigkeit fortsetzen, hätten diese ein Angebot auf Änderung des Vertrags angenommen. Mangels Fälligkeit konnte damit auch keine Zufluss begründende verdeckte Einlage bewirkt werden.

### **Konsequenz**

Trotz der erfreulichen Entscheidung des BFH sollte ein Verzicht vor Fälligkeit schriftlich dokumentiert werden.