

## Mandanten-Rundschreiben Æ Juli 2009

### UNTERNEHMER

#### **Wohnsitzwechsel eines Freiberuflers ins EU-Ausland führt nicht zur Betriebsaufgabe**

Eine Betriebsaufgabe liegt vor, wenn auf Grund eines Entschlusses die bisher ausgeübte Tätigkeit eingestellt wird und alle wesentlichen Betriebsgrundlagen in einem einheitlichen Vorgang veräußert oder in das Privatvermögen überführt werden. Ein dabei erzielter Aufgabegewinn ist steuerpflichtig. Unter bestimmten Voraussetzungen wird ein Freibetrag gewährt und eine begünstigte Besteuerung vorgenommen.

Verlegt ein Freiberufler seinen Wohnsitz vom Inland in das Ausland, ist nach Ansicht der Finanzverwaltung und nach bisheriger Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs eine Aufgabe der selbstständigen Arbeit anzunehmen, wenn dadurch das inländische Besteuerungsrecht, z. B. der stillen Reserven, entfällt.

Anderer Ansicht ist das Finanzgericht Köln: Es liegt keine Betriebsaufgabe vor, wenn ein selbstständig tätiger Erfinder seinen Wohnsitz nach Belgien verlegt und von dort aus sein Unternehmen unverändert fortführt. Die auf der bloßen Wohnsitzverlegung beruhende Annahme einer Betriebsaufgabe ist nach diesem Urteil ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit.

Der Bundesfinanzhof hat nun Gelegenheit, seine bisherige Rechtsauffassung zu überprüfen.

#### **Korrektur der Gewinnverteilung bei Beteiligung eines Angehörigen als typisch stiller Gesellschafter an einer Familienpersonengesellschaft**

Zwischen einer OHG und dem Sohn des Mehrheitsgesellschafters wurde 1993 eine „typisch stille Beteiligung“ von 150.000 DM vereinbart. Die Einlage war mit 5 % pro Jahr zu verzinsen. Außerdem erhielt der Sohn eine Gewinnbeteiligung von 15 % des Gewinns der OHG, die zu Lasten des Gewinns des Vaters zu buchen war. Der Vertrag war jeweils zum Jahresende unter Einhaltung einer Frist von 12 Monaten kündbar.

Im Jahr 1996 erhöhte sich der Gewinn um 400.000 DM. Im Jahr 1997 verdoppelte sich der Gewinn der OHG und blieb auch in den Jahren 1998 und 1999 auf diesem Niveau. Nach einer Betriebsprüfung beschränkte das Finanzamt den Gewinnanteil ab dem Jahr 1999 auf 5 % Zinsen von 150.000 DM und 35 % Gewinnanteil von 150.000 DM. Für die Jahre 1996 bis 1998 erfolgte keine Korrektur.

Der angemessene Gewinnanteil eines stillen Gesellschafters ist nicht anhand eines Fremdvergleichs, sondern nach Maßgabe einer angemessenen Durchschnittsrendite der Einlage zu bestimmen. Bei unentgeltlichem Erwerb beschränkt sich die Rendite auf 15 % der Einlage. Bei entgeltlich erworbener Beteiligung erhöht sich die angemessene Rendite auf 35 %, die allerdings keine starre Obergrenze sei. Bei Begründung der Gesellschaft und im Zeitpunkt jeder Kündigungsmöglichkeit ist im Wege der Prognose zu prüfen, ob der festgelegte Ergebnisanteil der „35 %-Kontrolle“ standhält. Wird

die Grenze überschritten, kann der darüber liegende Gewinnanteil nur noch bis zu dem Zeitpunkt anerkannt werden, in dem eine Änderung zivilrechtlich möglich ist.

Der Bundesfinanzhof hat den Fall an das Finanzgericht zurückverwiesen, weil zu prüfen ist, ob die von der OHG abgegebene Gewinnprognose übernommen werden kann, die keine starre Begrenzung auf 35 % zulässt.

### **Kein Betriebsausgabenabzug für die Veranstaltung eines Golfturniers für Geschäftsfreunde**

Zu den nicht als Betriebsausgaben abzugsfähigen Aufwendungen gehören u. a. solche für die Jagd, die Unterhaltung einer Segel- oder Motoryacht oder für ähnliche Zwecke und für die damit zusammenhängenden Bewirtungen.

Nach einer Entscheidung des Bundesfinanzhofs sind Aufwendungen für die Veranstaltung eines Golfturniers als ähnliche Aufwendungen anzusehen. Sie sind dann nicht als Betriebsausgaben abzugsfähig, wenn sie dem Zweck dienen, Geschäftsfreunde zu unterhalten oder persönlichen Neigungen nachzugehen. Eine derartige Veranstaltung dient nicht ausschließlich der Werbung für das Unternehmen.

### **Bildung einer Gewerbesteuerrückstellung weiter zulässig**

Gewerbesteuer, die für Veranlagungszeiträume festgesetzt wird, die nach dem 31.12.2007 enden und darauf entfallende Nebenleistungen sind nicht mehr als Betriebsausgabe abzugsfähig. Die Finanzverwaltung weist darauf hin, dass in der Steuerbilanz weiterhin eine Gewerbesteuerrückstellung zu bilden ist. Dabei ist die 5/6-Methode nicht mehr anzuwenden.

Während die Gewerbesteuer dem Gewinn außerhalb der Bilanz wieder zuzurechnen ist, mindert die Rückstellung insbesondere das maßgebliche Betriebsvermögen, das z. B. für die Bildung einer Investitionsabzugsbetrags wichtig ist.

## **VEREINSWESEN**

### **Keine Schätzung der Überschüsse aus Pfennigbasar**

Überschüsse aus der Verwertung unentgeltlich erworbenen Altmaterials können bei einem gemeinnützigen Verein in Höhe des branchenüblichen Reingewinns geschätzt werden. Voraussetzung ist allerdings, dass der Verein dafür keine ständige Verkaufsstelle unterhält, die der Körperschaft- und Gewerbesteuer unterliegt.

Der Bundesfinanzhof hat entschieden, dass diese Regelung nicht für die Ermittlung der Überschüsse aus einem Pfennigbasar gilt. Hierbei handele es sich um einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb. Außerdem werde bei einem Pfennigbasar kein Altmaterial veräußert, sondern gebrauchte Gegenstände.

Der Verein muss deshalb den tatsächlich erzielten Gewinn von 30.000 € versteuern. Bei einer Schätzung in Höhe des branchenüblichen Reingewinns (20 % der Einnahmen) wären dies nur 7.300 € gewesen.

### **Satzung muss ausdrücklich erlauben, dass Vorstandsmitglieder bezahlt werden**

Seit Einführung des Steuerfreibetrags in Höhe von 500 € im Jahr für Einnahmen aus nebenberuflichen Tätigkeiten im Dienst oder Auftrag einer steuerbegünstigten Körperschaft oder einer Körperschaft des öffentlichen Rechts zur Förderung steuerbegünstigter Zwecke zahlen viele Vereine Vergütungen an Mitglieder des Vorstands.

Die Finanzverwaltung weist darauf hin, dass ein Verein, dessen Satzung nicht ausdrücklich eine Bezahlung des Vorstands erlaubt, gegen das Gebot der Selbstlosigkeit verstößt und nicht mehr als gemeinnützig anerkannt wird, wenn er pauschale Aufwandsentschädigungen oder sonstige Vergütungen an die Mitglieder des Vorstands zahlt.

Von der Aberkennung der Gemeinnützigkeit des Vereins wird abgesehen, wenn die Zahlungen nach dem 10.10.2007 geleistet wurden und nicht unangemessen hoch waren. Außerdem muss die Mitgliederversammlung bis zum 31.12.2009 eine Satzungsänderung über die Bezahlung der Vorstandsmitglieder beschließen.

### **ARBEITGEBER/ARBEITNEHMER**

#### **Zuordnung von zusätzlichen Räumen zum häuslichen Arbeitszimmer**

Die Abzugsfähigkeit von Kosten für ein häusliches Arbeitszimmer ist immer weiter eingeschränkt worden und deshalb zum Dauerstreit zwischen Steuerzahlern und Finanzverwaltung geworden, wie auch der nachfolgend geschilderte Fall zeigt:

Ein Diplom-Ingenieur war für seinen Arbeitgeber für die Beratung, den Verkauf und die Betreuung von Kunden zuständig. Diese Aufgaben erledigte er ausschließlich von seinem Zweifamilienhaus aus, dessen Erdgeschoss er dazu nutzte. Er machte für ein Büro, ein Kaminzimmer, ein Besprechungszimmer, ein Archiv und für ein Bad Aufwendungen für ein Arbeitszimmer geltend.

Das Finanzamt stellte auf Grund einer Ortsbesichtigung fest, dass diese Räume keinen überwiegenden Wohncharakter besaßen, berücksichtigte allerdings nur 1.250 € Höchstbetrag. Das Finanzgericht kam zu dem Ergebnis, dass das häusliche Arbeitszimmer den Mittelpunkt der beruflichen Tätigkeit darstellte, berücksichtigte aber nur die Aufwendungen für das Büro und für das Archiv.

Der Bundesfinanzhof hat die Sache an das Finanzgericht zurückverwiesen und darauf hingewiesen, dass

- Räumlichkeiten, die nach ihrer Ausstattung und Funktion nicht einem Büro entsprechen, auch dann nicht dem häuslichen Arbeitszimmer zuzuordnen sind, wenn sie ihrer Lage nach mit dem Wohnraum verbunden und deswegen in die häusliche Sphäre eingebunden sind (z. B. Lager, Werkstatt, freiberufliche Praxis),
- bei Geltendmachung eines Werbungskostenabzugs für mehrere in die häusliche Sphäre eingebundene Räume, die Qualifizierung als häusliches Arbeitszimmer für jeden Raum gesondert vorzunehmen ist. So kann z. B. ein Archiv als Teil des Arbeitszimmers

anzusehen sein. Voraussetzung ist dabei, dass die Räume eine funktionale Einheit bilden.

Dies muss das Finanzgericht im geschilderten Fall noch prüfen.

**Hinweis:** Sollten die übrigen Räume als „beruflich genutzt“ gelten und auch keine „funktionale Einheit“ bilden, unterliegen die Aufwendungen für diese Räume nicht den Abzugsbeschränkungen eines Arbeitszimmers.

### **Arbeitnehmer kann schriftliche Kündigung nicht zurücknehmen**

Spricht ein Arbeitnehmer eine schriftliche außerordentliche Kündigung aus, so bleibt diese wirksam, auch wenn er es sich später anders überlegt. Dies hat das Bundesarbeitsgericht entschieden.

In dem zu Grunde liegenden Fall hatte ein Arbeitnehmer fristlos gekündigt, weil sein Arbeitgeber mit Gehaltszahlungen im Rückstand war. Einige Zeit später verlangte der Arbeitnehmer von der Rechtsnachfolgerin seines Arbeitgebers die Zahlung der ausstehenden Gehälter mit der Begründung, diese sei hierzu nach den Regeln des Betriebsübergangs verpflichtet. Die Rechtsnachfolgerin wandte ein, das Arbeitsverhältnis habe durch die von dem Arbeitnehmer schriftlich erklärte fristlose Kündigung schon vor dem Betriebsübergang sein Ende gefunden.

Die Klage des Arbeitnehmers blieb in allen Instanzen erfolglos. Das Bundesarbeitsgericht führt aus, dass auch die außerordentliche Kündigung durch den Arbeitnehmer eines wichtigen Grundes bedürfe, dass es aber bei Vorliegen einer solchen Kündigung Sache des Arbeitgebers sei, der Kündigung zu widersprechen und dies gegebenenfalls gerichtlich durchzuzufechten. Nehme der Arbeitgeber die Kündigung hin, so könne sich der Arbeitnehmer, der selbst schriftlich gekündigt hat, nicht auf die Unwirksamkeit der Kündigung berufen.

## **UMSATZSTEUER**

### **Vorsteuerabzug aus Lieferungen in einem sog. Umsatzsteuerkarussell**

Der Bundesfinanzhof hatte 2007 entschieden, dass einem nicht an einem sog. Umsatzsteuerkarussell teilnehmenden Unternehmer der Vorsteuerabzug zusteht, wenn er weder wusste noch wissen konnte, dass er in einen Umsatzsteuerbetrug einbezogen ist. Der Unternehmer muss alle Maßnahmen treffen, die vernünftigerweise von ihm verlangt werden können, um sicherzustellen, dass seine Umsätze nicht in einen Betrug einbezogen sind. Welche Vorsorgemaßnahmen hierzu erforderlich sind, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Dazu gehören jedenfalls Erkundigungen über den Lieferanten und Abnehmer. Je ungewöhnlicher der Geschäftsablauf ist, desto sorgfältiger muss der Unternehmer sein. Bei einem marktunüblich niedrigen Preis ist besondere Vorsicht geboten.

Nach einem Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen kann der Vorsteuerabzug nicht versagt werden, wenn in den Rechnungen die Geräteidentifikationsnummer nicht aufgeführt wird. Der Vorsteuerabzug setzt allerdings voraus, dass auch tatsächlich eine Lieferung stattgefunden hat. Die Nichtaufzeichnung der in der Lieferkette weitergegebenen Geräteidentifikationsnummern (z. B. I-

MEI-Nummer) sei ein Indiz dafür, dass der Unternehmer wissen konnte, dass er mit seinem Erwerb an einem Umsatz beteiligt war, der in einen Umsatzsteuerbetrug einbezogen war.

### **Kein Vorsteuerabzug aus einer Rechnung bei zu ungenauer Leistungsbeschreibung**

Die Angabe „gesamter Warenbestand“ in einer Rechnung reicht als Leistungsbeschreibung für den Vorsteuerabzug nicht aus. Eine nicht weiter aufgegliederte Warengesamtheit lässt nicht erkennen, was im Einzelnen Gegenstand der Lieferung war.

Damit bestätigt der Bundesfinanzhof seine bereits früher aufgestellte Forderung nach einer genauen Spezifizierung der Waren oder Dienstleistungen, über die eine Rechnung erteilt wird. Das Abrechnungspapier muss eine einwandfreie Identifizierung der abgerechneten Leistung ermöglichen. Dabei kann auch auf andere Geschäftsunterlagen verwiesen werden.

## **BETEILIGUNGEN**

### **Korrespondierende Versteuerung von verdeckten Gewinnausschüttungen beim Gesellschafter auch bei Insolvenz der Kapitalgesellschaft**

A war alleiniger Geschäftsführer und Gesellschafter einer GmbH. Bei einer Betriebsprüfung wurden deren Gewinne wegen nicht ordnungsgemäßer Buchführung höher geschätzt. Das Finanzamt ging hinsichtlich des Zuschätzungsbetrags von einer verdeckten Gewinnausschüttung an A aus und versteuerte bei ihm entsprechende Einkünfte aus Kapitalvermögen. Über das Vermögen der GmbH wurde das Insolvenzverfahren eröffnet, weil sie ihre Steuern nicht bezahlen konnte. Das Finanzamt meldete seine Steuerforderungen zur Insolvenztabelle an und einigte sich mit dem Insolvenzverwalter auf die Herabsetzung der Zuschätzungen auf ein Drittel. Die Forderungen in der Insolvenztabelle wurden entsprechend herabgesetzt.

A beantragte, seine Einkünfte aus Kapitalvermögen korrespondierend zur Behandlung bei der GmbH nur noch zu einem Drittel anzusetzen. Das Finanzamt lehnte den Antrag ab, weil dies nur möglich wäre, wenn die Steuerbescheide der GmbH geändert worden wären.

Der Bundesfinanzhof gab A in einem Aussetzungsverfahren Recht, weil das Finanzamt seine Forderungen zur Insolvenztabelle vermindert und damit zu erkennen gegeben hatte, dass die verdeckte Gewinnausschüttung niedriger als bisher angenommen war.

**Hinweis:** Weil es sich um ein Aussetzungsverfahren handelt, kann im Hauptsacheverfahren die Entscheidung noch anders ausfallen.

### **Auflösungsverlust bei wesentlicher Beteiligung kann bereits vor Beendigung der Liquidation realisiert sein**

Für welchen Besteuerungszeitraum ein Verlust aus der Auflösung einer Kapitalgesellschaft geltend zu machen ist, hängt von verschiedenen Faktoren ab. Der Bundesfinanzhof hat sich mit einem Liquidationsfall befasst und dazu Folgendes festgestellt:

Grundsätzlich ist ein Verlust erst realisiert, wenn die Liquidation abgeschlossen ist. Wenn mit einer wesentlichen Änderung der Verhältnisse nicht mehr zu rechnen ist, kann dieser Verlust jedoch ausnahmsweise schon vorher realisiert worden sein. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn wegen Vermögenslosigkeit kein Restvermögen mehr an die Gesellschafter ausgekehrt werden kann und wenn absehbar ist, dass im Zusammenhang mit der Liquidation keine nachträglichen Anschaffungskosten mehr anfallen.

In dem vom Gericht entschiedenen Fall wies die Auflösungsbilanz einer GmbH zum 30. Juni 1999 weder Anlage- noch Vorratsvermögen oder andere Vermögenswerte aus. Im Mai 2000 wurde die Gesellschaft wegen Vermögenslosigkeit von Amts wegen gelöscht. Die Alleingesellschafterin machte den Liquidationsverlust für das Jahr 2000 geltend. Nach Ansicht des Gerichts hätte dieser Verlust bereits 1999 berücksichtigt werden müssen.

#### **GRUNDSTÜCKSEIGENTÜMER**

##### **Vermieter darf Energieversorgung nach beendetem Mietverhältnis einstellen**

In einem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall hatte ein Vermieter nach beendetem Mietverhältnis und schwebendem Räumungsverfahren die Energieversorgung eingestellt. Entgegen der bisher überwiegend vertretenen Auffassung in der Rechtsprechung sah das Gericht darin keine verbotene Eigenmacht. Der Besitz der Wohnung sei eine reine Sachherrschaft und verschaffe dem Mieter keinen Anspruch auf eine bestimmte Nutzung. Es liege folglich kein Eingriff von außen vor, der mit Besitzschutzansprüchen abgewehrt werden könne. Die Versorgungssperre durch den Vermieter sei ebenso wie eine Versorgungssperre durch einen Energieversorger nicht als Besitzverletzung anzusehen. Die Grenze für die Belieferung mit Energie sei erreicht, wenn der Vermieter hierfür kein Entgelt erhalte und ihm durch die weitere Belieferung ein Schaden drohe.

#### **Hinweis:**

Bei den hier gegebenen Darstellungen handelt es sich um allgemeine Hinweise, für die ich keine Haftung übernehmen kann. Auf Wunsch erteile ich gerne eine konkrete Auskunft.

Kanzlei Dr. Hantschel  
Wirtschaftsprüfer Steuerberater

Martin-Schmeißer-Weg 14, 44227 Dortmund  
Telefon: 0231-13 86 934, Fax: 0231-13 86 935

Hohenzollerndamm 55, 14199 Berlin  
Tel. 030-89 58 02 97, Fax. 030-89 58 02 98

info@dr-hantschel.de  
www.dr-hantschel.de