

## Ihre Mandanteninformationen

**September 2018**

Liebe Mandantin, lieber Mandant,

auch im vergangenen Monat hat sich rund um Steuern, Recht und Betriebswirtschaft einiges getan. Über die aus unserer Sicht wichtigsten Neuregelungen und Entscheidungen halten wir Sie mit Ihren Mandanteninformationen gerne auf dem Laufenden. Zögern Sie nicht, uns auf einzelne Punkte anzusprechen, wir beraten Sie gerne!

Mit steuerlichen Grüßen

### **Inhalt**

#### **Privatbereich**

1. Eigenmächtig Urlaub genommen: Kündigung ist rechtmäßig
2. Stichtag Sonderzahlungen: Tarifliche Rückzahlungsklausel wirksam
3. Unterhaltsaufwendungen: Wann der Abzug als außergewöhnliche Belastungen gekürzt werden kann
4. Erbschaftsteuer: Für angrenzendes Gartengrundstück gibt es keine Steuerbefreiung
5. Einvernehmliche Auflösung des Arbeitsvertrags: Kann die Abfindung ermäßigt besteuert werden?
6. Instandsetzung eines Mietobjekts: Wann anschaffungsnahe Herstellungskosten vorliegen
7. Riester-Rente: Bei Kapitalübertragung auf den Ehepartner keine Rückzahlung der Altersvorsorgezulagen
8. Untervermietung: Wer haftet für den Energieverbrauch?
9. Verwalter macht Fehler bei der Umsetzung von Beschlüssen: Wer haftet?
10. Vermietung: Wann der Schutz vor Mietausfall auf Mieter umgelegt werden darf

11. Auch für die Bereitschaftszeit von Rettungsassistenten gilt der gesetzliche Mindestlohn
12. Wie weit reicht die Aufsichtspflicht für einen 3½-Jährigen?
13. Illegale Untervermietung an Touristen kann richtig teuer werden
14. Fiktive Schadensberechnung: Rechtsprechungsänderung zum Nachteil der Bauherren
15. Unfall Auto gegen Fußgänger und beide sind schuld: Wer haftet wie?

#### **Unternehmer und Freiberufler**

1. Warum Tankgutscheine Arbeitnehmern nicht im Voraus ausgehändigt werden sollten
2. Gewerbesteuer: Wann Miet- und Pachtzinsen hinzugerechnet werden müssen
3. Zur Korrektur eines Steuerbescheids
4. Beschränkung des Schuldzinsenabzugs bei Überentnahmen
5. Vergessene Kürzung des Investitionsabzugsbetrags: Bilanzänderung nur unter strengen Voraussetzungen möglich
6. Wahl der degressiven Gebäude-AfA bindend
7. Vermieter kann Schadensersatz auch ohne Fristsetzung verlangen
8. Keine Filesharing-Störerhaftung für Betreiber von WLAN-Hotspot

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

1. Überschussprognose umfasst nur in Ausnahmefällen die Nutzung durch den Rechtsnachfolger
2. Wie sich der Gewinn zwischen Komplementär-GmbH und Kommanditisten verteilt

## Privatbereich

### **1. Eigenmächtig Urlaub genommen: Kündigung ist rechtmäßig**

**Tritt ein Arbeitnehmer eigenmächtig einen Urlaub an und erscheint er auch auf Aufforderung des Arbeitgebers nicht am Arbeitsplatz, ist eine fristlose Kündigung gerechtfertigt.**

### **Hintergrund**

Die Arbeitnehmerin war als Junior Business Excellence Manager mit Controlling-Tätigkeiten tätig. Berufsbegleitend absolvierte sie das Masterstudium "BWL Management". Dieses schloss sie mit einer Prüfung am Mittwoch, den 21.6.2017, erfolgreich ab. Für die 2 Tage bis zum Wochenende nach ihrer Prüfung hatte sie Urlaub beantragt und genehmigt bekommen.

Nach dem Wochenende erschien die Arbeitnehmerin nicht im Betrieb, sondern schickte stattdessen mittags eine E-Mail an ihren Vorgesetzten, in der sie ihm mitteilte, dass sie die komplette Woche von Montag bis Freitag spontan Urlaub machte. Ihr Vater hatte sie zur bestandenen Prüfung mit einem Mallorca Aufenthalt überrascht und in der Euphorie und Eile keine Möglichkeit gehabt, rechtzeitig einen Urlaubsantrag zu stellen. Per E-Mail teilte ihr der Vorgesetzte nachmittags mit, dass ihre Anwesenheit aus dringenden betrieblichen Gründen erforderlich war. Einen Tag später informierte die Mitarbeiterin ihn, dass sie bereits seit dem Wochenende auf Mallorca war und nicht ins Büro kommen konnte.

Als die Arbeitnehmerin nach dieser Urlaubswoche auch am darauffolgenden Montag nicht zur Arbeit erschien, kündigte der Arbeitgeber nach Anhörung des Betriebsrats fristgerecht.

Gegen diese Kündigung wehrte sich die Arbeitnehmerin vor Gericht.

### **Entscheidung**

Die Klage hatte weder vor dem Arbeitsgericht noch vor dem Landesarbeitsgericht Erfolg. Eine Urlaubsabsprache zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer konnte das Gericht nicht erkennen. Die eigenmächtige Inanspruchnahme von Urlaub war im vorliegenden Fall ein Kündigungsgrund. Es wäre nach Ansicht der Richter sogar eine fristlose Kündigung gerechtfertigt gewesen. Dass die Arbeitnehmerin an dem eigenmächtig genommenen Urlaub festhalten und nicht zur Arbeit kommen würde, teilte sie dem Arbeitgeber mit ihrer letzten E-Mail mit. Dadurch hatte sie jedoch die falschen Prioritäten gesetzt. Insbesondere verletzte sie ihre vertragliche Pflicht zur Arbeit.

Eine Abmahnung war hier nicht erforderlich. Auch fiel die Interessenabwägung in Anbetracht der kurzen Beschäftigungsdauer zulasten der Arbeitnehmerin aus. Die Kündigung des Arbeitgebers hatte damit Bestand.

## 2. Stichtag Sonderzahlungen: Tarifliche Rückzahlungsklausel wirksam

**Gratifikationen werden häufig als Belohnung für bestehende und künftige Betriebstreue gewährt. Daher wird die Zahlung oft mit einer Rückzahlungspflicht verbunden – für den Fall, dass der Arbeitnehmer vor einem bestimmten Stichtag aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet. Eine solche Rückzahlungsklausel, die im Tarifvertrag geregelt ist und auf die im Arbeitsvertrag Bezug genommen wird, ist laut Bundesarbeitsgericht anwendbar.**

### Hintergrund

Der Arbeitnehmer war seit 1995 als Busfahrer in einem Verkehrsunternehmen beschäftigt. In seinem Arbeitsvertrag wurde auf einen Tarifvertrag Bezug genommen, der einen Anspruch auf eine Sonderzuwendung vorsieht. Der Tarifvertrag regelte, dass die Sonderzuwendung vom Arbeitgeber bis zum 1. Dezember zu zahlen ist und auch der Vergütung für geleistete Arbeit dienen soll.

Weiter legt der Tarifvertrag folgende Rückzahlungsmodalität der Sonderzuwendung fest: Wenn der Arbeitnehmer in der Zeit bis zum 31. März des folgenden Jahres aus eigenem Verschulden oder auf eigenem Wunsch aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet, ist die Sonderzahlung von ihm zurückzuzahlen.

Der Arbeitnehmer kündigte das Arbeitsverhältnis im Oktober 2015 zum Januar 2016. Mit der Novemberabrechnung zahlte der Arbeitgeber die tarifliche Sonderzuwendung in der Höhe eines Monatsentgelts. Nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses verlangte der Arbeitgeber die Sonderzuwendung entsprechend der tarifvertraglichen Regelung zurück. Dies verweigerte der Arbeitnehmer jedoch.

### Entscheidung

Das Bundesarbeitsgericht gab dem Arbeitgeber recht. Zwar wäre die Rückzahlungsregelung in einem individuellen Arbeitsvertrag wohl unwirksam. Die Rückzahlungsverpflichtung des Arbeitnehmers, die sich aus der tarifvertraglichen Stichtagsregelung ergab, verstieß jedoch nicht gegen grundgesetzliche Regelungen.

Den Tarifvertragsparteien stand aufgrund der durch das Grundgesetz geschützten Tarifautonomie – anders als Arbeitsvertrags- und Betriebsparteien – ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Daher haben Tarifparteien ein Vorrecht bei der Einschätzung, wie tatsächliche Gegebenheiten, betroffene Interessen und Regelungsfolgen zu beurteilen sind. Zusätzlich steht ihnen ein Beurteilungs- und Ermessensspielraum hinsichtlich der inhaltlichen Gestaltung der Regelung zu.

Dabei sind Tarifvertragsparteien nicht verpflichtet, die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung zu wählen. Gibt es für die getroffene Regelung einen sachlich vertretbaren Grund, genügt dies.

Im konkreten Fall kamen die Richter zu dem Ergebnis, dass die Grenzen des erweiterten Gestaltungsspielraums der Tarifvertragsparteien nicht überschritten wurden. Die tarifvertragliche Regelung griff zwar in die Berufsfreiheit der Arbeitnehmer ein. Die Einschränkung der Berufsfreiheit der Arbeitnehmer war aber letztlich noch verhältnismäßig.

## 3. Unterhaltsaufwendungen: Wann der Abzug als außergewöhnliche Belastungen gekürzt werden kann

**Unterhaltsleistungen zählen nur für den Veranlagungszeitraum, in dem sie gezahlt werden. Im Dezember geleisteter Unterhalt kann deshalb nicht im folgenden Jahr steuerlich geltend gemacht werden. Der Bundesfinanzhof bestätigt insoweit seine bisherige ständige Rechtsprechung.**

### Hintergrund

Die Eheleute zahlten am 2.12.2010 einen Betrag von 3.000 EUR an den in Brasilien lebenden Vater der Ehefrau als Unterhalt. Im Mai 2011 überwiesen sie erneut 3.000 EUR. Den im Dezember 2010 gezahlten Betrag erkannte das Finanzamt lediglich mit 161 EUR an. Das war der anteilig auf den Monat Dezember entfallende Betrag. Dagegen wehrten sich die Eheleute. Sie machten geltend, dass der im Dezember 2010 gezahlte Betrag sich wirtschaftlich auf den Zeitraum bis zur nächsten Zahlung im Mai 2011 bezog, also auf die Monate Dezember 2010 bis April 2011. Deshalb verlangten sie, dass die Zahlungen auch über den Jahreswechsel hinaus als außergewöhnliche Belastung anerkannt werden.

## **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof hielt mit seiner Entscheidung an seiner ständigen Rechtsprechung fest und urteilte, dass eine Rückbeziehung einer Unterhaltszahlung auf einen Monat vor der Zahlung grundsätzlich ausgeschlossen war. Denn absetzbar sind nur die typischen Unterhaltsaufwendungen, die die "laufenden" Bedürfnisse befriedigen. Eine Ausnahme kann es nur bei einer erstmaligen Unterhaltszahlung geben, wenn sie der Abtragung von Schulden dient, die durch die Bestreitung der laufenden Bedürfnisse entstanden sind.

Das Gesetz gestattet nach Ansicht der Richter auch nicht den Abzug von Unterhaltsaufwendungen, soweit sie für die Zeit nach Ablauf des Veranlagungszeitraums geleistet werden. Unterhaltsleistungen sollen nämlich nur insoweit berücksichtigt werden, als sie zur Abdeckung des sächlichen Existenzminimums erforderlich sind. Ein darüber hinausgehender Abzug soll nicht eröffnet werden. Ein solcher Abzug würde sich aber ergeben, wenn ein nach Ablauf des Veranlagungszeitraums erst entstehender Unterhaltsbedarf schon im Veranlagungszeitraum vor seiner Entstehung berücksichtigt werden würde. Ein künftiger Unterhaltsbedarf im Folgejahr kann also nicht zum steuerlichen Existenzminimum im Zahlungsjahr gehören. Der Grundsatz der Abschnittsbesteuerung ist im Gesetzeswortlaut hinreichend fundiert.

## **4. Erbschaftsteuer: Für angrenzendes Gartengrundstück gibt es keine Steuerbefreiung**

**Ein Familienheim ist unter bestimmten Voraussetzungen von der Erbschaftsteuer befreit. Diese Steuerbefreiung erstreckt sich jedoch nicht auf ein angrenzendes Gartengrundstück.**

### **Hintergrund**

Der Erblasser hinterließ ein bebautes Grundstück und ein daneben angrenzendes unbebautes Grundstück. Beide Grundstücke waren einheitlich eingefriedet, aber auf unterschiedlichen Grundbuchblättern eingetragen. Das Finanzamt berücksichtigte die Erbschaftsteuerbefreiung für ein Familienheim nur für das bebaute Grundstück. Für das unbebaute Grundstück verweigerte es die Befreiung mit der Begründung, dass es sich um eine selbstständige wirtschaftliche Einheit handelte, die nicht bebaut war. Die Klägerin argumentierte, dass die Grundstücke schon immer einheitlich als Wohnhausgrundstück mit Garten genutzt worden waren. Deshalb lag eine wirtschaftliche Einheit vor.

### **Entscheidung**

Das Finanzgericht wies die Klage als unbegründet ab, da seiner Auffassung nach das Finanzamt zu Recht die Steuerbefreiung für das unbebaute angrenzende Flurgrundstück abgelehnt hat. Es kam nicht darauf an, ob die beiden Grundstücke nach der Verkehrsanschauung als wirtschaftliche Einheit anzusehen waren. Vielmehr musste der Begriff des mit einem Familienheim bebauten Grundstücks in einem zivilrechtlichen Sinne verstanden werden. Ein Grundstück im zivilrechtlichen Sinne ist der räumlich abgegrenzte Teil der Erdoberfläche, der im Bestandsverzeichnis eines Grundbuchblatts auf einer eigenen Nummer eingetragen ist. Daher ist ein Flurstück, das an ein mit einem Familienheim bebautes Grundstück angrenzt und im Grundbuch auf einer eigenen Nummer eingetragen ist, nicht hinsichtlich der Erbschaftsteuer bzw. der Steuerbefreiung für Familienheime begünstigt. Da beide Grundstücke im Grundbuch auf verschiedene Blätter eingetragen waren und nur ein Grundstück mit einem Familienheim bebaut war, kam auch nur für dieses die Befreiung infrage.

## **5. Einvernehmliche Auflösung des Arbeitsvertrags: Kann die Abfindung ermäßigt besteuert werden?**

**Wird ein Arbeitsverhältnis einvernehmlich aufgelöst und erhält der Arbeitnehmer in diesem Zusammenhang eine Abfindung, kann für diese die Steuerermäßigung in Anspruch genommen werden. Ob der Arbeitnehmer bei der Vertragsauflösung unter tatsächlichem Druck stand, muss nicht geprüft werden.**

### Hintergrund

A war bis 31.3.2013 als Angestellter im öffentlichen Dienst beschäftigt, ab 1.1.2013 bezog er Renteneinkünfte. Grundlage für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses war ein im Dezember 2012 zwischen ihm und der Arbeitgeberin geschlossener Auflösungsvertrag, mit dem das Arbeitsverhältnis zum 31.3.2013 im gegenseitigen Einvernehmen beendet wurde. A erhielt mit der Gehaltsabrechnung für März 2013 eine Abfindung von 36.000 EUR. A beantragte, den Abfindungsbetrag dem ermäßigten Steuersatz nach der sog. Fünftelregelung zu unterwerfen.

### Entscheidung

Der Bundesfinanzhof sah die Voraussetzungen für die Anwendung der Steuerermäßigung – wie das Finanzgericht vor ihm – als gegeben an.

Eine Entschädigung liegt vor, wenn die Leistung an die Stelle weggefallener oder wegfallender Einnahmen tritt und durch den Verlust steuerbarer Einnahmen bedingt ist sowie dazu bestimmt ist, diesen Schaden auszugleichen, und auf einer neuen Rechts- oder Billigkeitsgrundlage beruht. Der Ausfall der Einnahmen muss darüber hinaus von dritter Seite veranlasst worden sein. Eine Entschädigung kann aber auch angenommen werden, wenn der Steuerpflichtige den Einnahmefall zwar selbst herbeigeführt hat, er dabei aber unter rechtlichem, wirtschaftlichem oder tatsächlichem Druck stand.

Zahlt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer bei einer einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses eine Abfindung, ist nach Ansicht des Bundesfinanzhofs in der Regel davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht allein aus eigenem Antrieb herbeigeführt hat. Andernfalls hätte der Arbeitgeber keine Veranlassung, eine Abfindung zu zahlen. Stimmt der Arbeitgeber einer Abfindung zu, kann grundsätzlich angenommen werden, dass auch eine rechtliche Veranlassung dazu bestand. Die Richter gingen deshalb davon aus, dass der Arbeitgeber ein erhebliches eigenes Interesse an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses hatte. Dass der Arbeitnehmer dabei unter einem nicht unerheblichen tatsächlichen Druck stand, bedurfte keiner weiteren tatsächlichen Feststellungen mehr.

## **6. Instandsetzung eines Mietobjekts: Wann anschaffungsnahe Herstellungskosten vorliegen**

**Die Kosten für die Beseitigung von Schäden, die aufgrund des langjährigen vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietsache durch den Nutzungsberechtigten entstanden sind, gehören zu den anschaffungsnahe Herstellungskosten.**

### Hintergrund

Die Eheleute und Kläger erwarben am 18.10.2012 eine vermietete Eigentumswohnung. In ihrer Einkommensteuererklärung für 2014 machten die Kläger Instandhaltungsaufwendungen in Höhe von insgesamt 12.406 EUR geltend. Davon entfielen 8.517 EUR auf die Erneuerung des Badezimmers, 2.000 EUR auf die Erneuerung der Elektroinstallation, 1.275 EUR auf den Einbau von Fenstern, 186 EUR auf den Austausch einer Scheibe sowie 428 EUR auf verschiedene Ersatzteile und Kleinmaterialien.

Das Finanzamt erkannte jedoch nur die Kosten für verschiedene Ersatzteile und Kleinmaterialien in Höhe von 428 EUR als sofort abziehbare Instandhaltungsaufwendungen an. Die übrigen Aufwendungen ordnete es den anschaffungsnahe Herstellungskosten zu und berücksichtigte diese lediglich im Rahmen der AfA. Denn die innerhalb von 3 Jahren nach

Anschaffung des Objekts insgesamt geltend gemachten Aufwendungen überstiegen 15 % der Anschaffungskosten des Gebäudes, sodass die Aufwendungen als anschaffungsnahe Herstellungskosten anzusehen waren.

### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof sah das genauso wie das Finanzamt und wies die Revision der Kläger zurück. Die geltend gemachten Aufwendungen für die durchgeführten Renovierungsmaßnahmen sind den anschaffungsnahe Herstellungskosten zuzuordnen und damit lediglich im Rahmen der AfA zu berücksichtigen. Werden bauliche Maßnahmen innerhalb von 3 Jahren nach der Anschaffung durchgeführt, sieht das Gesetz eine Regelvermutung für das Vorliegen anschaffungsnahe Herstellungskosten vor. Eine Einzelfallprüfung wird dann nicht vorgenommen.

Im Rahmen dieser Regelvermutung sind die Kosten für Instandsetzungsmaßnahmen zur Beseitigung verdeckter, im Zeitpunkt der Anschaffung des Gebäudes jedoch bereits vorhandener Mängel den anschaffungsnahe Herstellungskosten zuzuordnen. Das Gleiche gilt für Kosten zur Beseitigung von bei Anschaffung des Gebäudes angelegter, aber erst nach dem Erwerb auftretender altersüblicher Mängel und Defekte.

Im Ergebnis stellten deshalb die von den Klägern in Höhe von 11.978 EUR geltend gemachten Aufwendungen anschaffungsnahe Herstellungskosten dar. Denn die Kläger haben im Zuge der Instandsetzungsmaßnahmen lediglich den zeitgemäßen Zustand des Mietobjekts wiederhergestellt und dabei übliche, durch eine vertragsgemäße Wohnnutzung entstandene Mängel beseitigt. Soweit in diesem Rahmen "verdeckte", d. h. den Klägern im Zuge der Anschaffung verborgen gebliebene, jedoch zu diesem Zeitpunkt bereits vorhandene Mängel behoben wurden, gehören die entsprechenden Aufwendungen ebenfalls zu den anschaffungsnahe Herstellungskosten.

## **7. Riester-Rente: Bei Kapitalübertragung auf den Ehepartner keine Rückzahlung der Altersvorsorgezulagen**

**Stirbt der Steuerpflichtige und wird das Guthaben seines Altersvorsorgevertrags auf einen Altersvorsorgevertrag des Ehegatten übertragen, dürfen die Zulagen nicht zurückgefordert werden.**

### **Hintergrund**

Die Ehegatten hatten beide einen Altersvorsorgevertrag im Rahmen der sog. Riester-Rente abgeschlossen. Nach dem Tod des Ehemanns wurde das Guthaben auf den Vertrag der Ehefrau übertragen. Das Finanzamt wurde darüber nicht informiert. Nachdem die Ehefrau einige Jahre später schädlich über ihren Vertrag verfügt hatte, forderte das Finanzamt von ihr nicht nur die eigenen Zulagen, sondern auch die auf den Vertrag des verstorbenen Ehemanns gezahlten Zulagen zurück.

### **Entscheidung**

Das Finanzgericht entschied, dass bei einer schädlichen Verfügung über den Altersvorsorgevertrag der überlebende Ehegatte auch die seinem verstorbenen Ehegatten gewährten Zulagen zurückzahlen muss. Die Rückforderung durch das Finanzamt war also in vollem Umfang rechtmäßig.

Zwar lag in der früheren Übertragung des Vertragsguthabens des Ehemanns auf die Klägerin keine schädliche Verfügung. Denn das Gesetz erklärt diese Übertragung für unschädlich, ohne dass weitere Anforderungen hinsichtlich der Erbenstellung des Ehegatten zu prüfen wären. Ob den anderen Erben des Verstorbenen eine Beteiligung an dem Vertragsguthaben zustand, war insoweit ohne Bedeutung.

Jedoch berechnete die spätere, schädliche Verfügung durch den überlebenden Ehegatten das Finanzamt zur Rückforderung sämtlicher in dem Guthaben enthaltenen Zulagen. Der Rückforderungsanspruch hinsichtlich der dem Verstorbenen gewährten Zulagen war nicht verjährt, weil er ebenfalls erst mit der schädlichen Verfügung des Ehegatten entstanden war.



## 8. Untervermietung: Wer haftet für den Energieverbrauch?

**Wird eine Wohnung komplett untervermietet, ist in der Regel nur der Untermieter Vertragspartner des Energieversorgers. Nur er schuldet diesem deshalb die Kosten für die Gaslieferung. Unerheblich ist dabei, ob der Mieter zur Untervermietung überhaupt berechtigt war.**

### Hintergrund

Ein Mieter hatte seine Wohnung vollständig untervermietet. Der Untermietvertrag war nur mündlich geschlossen worden. Eine Genehmigung des Vermieters zur Untervermietung lag nicht vor. Ein Energieversorger verlangte vom Mieter die Vergütung von Gaslieferungen für die Gasetagenheizung. Der Mieter war jedoch der Ansicht, dass allein der Untermieter für die Kosten der Gaslieferung in Anspruch genommen werden kann.

### Entscheidung

Die Klage des Energieversorgers gegen den Mieter hatte keinen Erfolg. Der Bundesgerichtshof entschied, dass alleiniger Vertragspartner des Energieversorgers der Untermieter war. Nur dieser musste für die Gaskosten aufkommen.

Denn Inhaber der tatsächlichen Verfügungsgewalt über den Versorgungsanschluss war der Untermieter, da sich der Untermietvertrag auf die gesamte Wohnung bezog. Mit Erhalt der Wohnungsschlüssel erhielt der Untermieter die alleinige Sachherrschaft über die Wohnung, während der Mieter diese gleichzeitig verlor.

Keine Rolle spielte für das Gericht, ob der Hauptmieter gegenüber dem Vermieter zur Untervermietung überhaupt berechtigt war. Zwar verletzte der Mieter seine Pflichten gegenüber dem Vermieter, als er die Wohnung unerlaubt untervermietete. Das änderte jedoch nichts daran, dass der Untermieter nach der Verkehrsanschauung die tatsächliche Verfügungsgewalt über den Versorgungsanschluss am Übergabepunkt ausübte.

## 9. Verwalter macht Fehler bei der Umsetzung von Beschlüssen: Wer haftet?

**Ein einzelner Wohnungseigentümer hat keinen Anspruch auf Schadensersatz gegen die Eigentümergemeinschaft, wenn der Verwalter Beschlüsse der Wohnungseigentümer nicht, unvollständig oder falsch ausführt. Die Wohnungseigentümergemeinschaft haftet ebenfalls nicht, wenn ein von der Gemeinschaft beauftragter Handwerker Schäden am Sondereigentum verursacht.**

### Hintergrund

An der Sondereigentumseinheit der Klägerin waren Feuchtigkeitsschäden aufgetreten. Zwar wurden nach entsprechender Beschlussfassung Sanierungsarbeiten am Gemeinschaftseigentum durchgeführt. Da diese jedoch nicht fachgerecht waren, bestand die Feuchtigkeit fort.

Nachdem es im Dezember 2008 durch einen Brand zu weiteren Schäden gekommen war, beauftragte die Gemeinschaft auf Grundlage entsprechender Beschlüsse ein Unternehmen, den Brandschaden und die Ursache für die Feuchtigkeit zu beseitigen. Das Unternehmen führte in der Folgezeit Arbeiten aus, die von der Gemeinschaft im Juni 2010 abgenommen wurden. Im August 2010 teilte die Sondereigentümerin der betroffenen Wohnung der Verwalterin mit, dass weiterhin Durchfeuchtungen vorhanden waren. Das beauftragte Unternehmen hatte die Ursachen für die Feuchtigkeit nicht beseitigt, da von der Verwalterin insoweit kein Auftrag erteilt worden war. Dem wurde jedoch nicht nach-

gegangen. Erst im Dezember 2012 wurden die Wohnungseigentümer in einer außerordentlichen Eigentümerversammlung erneut mit den Feuchtigkeitsschäden befasst.

Die Klägerin verlangte von der Gemeinschaft Schadensersatz wegen entgangener Mieteinnahmen für Januar bis Dezember 2010.

### **Entscheidung**

Vor dem Bundesgerichtshof scheiterte die Klägerin. Das Gericht kam zu dem Ergebnis, dass die Gemeinschaft keinen Schadensersatz leisten musste.

Zwar verletzte die Verwalterin ihre Pflichten, indem sie nicht dafür gesorgt hat, dass das beauftragte Unternehmen die Sanierungsarbeiten vollständig ausführt. Eine solche Pflichtverletzung des Verwalters begründete aber keine Haftung der Eigentümergemeinschaft im Innenverhältnis zu einem geschädigten Wohnungseigentümer.

Ist eine Willensbildung des Verbandes erfolgt und ein Beschluss gefasst worden, dieser aber nicht oder nur unvollständig durchgeführt worden, scheidet eine Haftung der übrigen Wohnungseigentümer aus. Eine Haftung der Gemeinschaft im Innenverhältnis wäre mit der gesetzlichen Kompetenzverteilung unvereinbar.

Eine Haftung des Verbandes ergab sich auch nicht daraus, dass das mit der Sanierung beauftragte Unternehmen oder der eingeschaltete Architekt ihre Pflichten möglicherweise verletzt haben. Handwerker, Bauleiter oder Architekten, die der Verwalter zur Durchführung einer beschlossenen Sanierung im Namen der Wohnungseigentümergeinschaft beauftragt, sind im Verhältnis zu den einzelnen Wohnungseigentümern nicht Erfüllungsgehilfen des Verbandes. Somit hat der Verband deren Verschulden nicht zu vertreten.

Für Schäden, die solche Auftragnehmer schuldhaft am Sondereigentum verursachen, haftet regelmäßig nicht die Wohnungseigentümergeinschaft, sondern der Schädiger aufgrund der Verletzung von Pflichten aus seinem Vertrag mit der Wohnungseigentümergeinschaft.

## **10. Vermietung: Wann der Schutz vor Mietausfall auf Mieter umgelegt werden darf**

Ist im Mietvertrag vereinbart, dass die Kosten der Gebäudeversicherung auf den Mieter umgelegt werden dürfen, sind damit auch die Kosten eines in der Gebäudeversicherung mitversicherten Mietausfalls infolge eines Gebäudeschadens umfasst. Dagegen können die Aufwendungen für eine separate Mietausfallversicherung nicht umgelegt werden.

### **Hintergrund**

Der Formularmietvertrag für eine Wohnung sah vor, dass die Kosten für die Gebäudeversicherung von der Mieterin zu tragen sind. Der von der Vermieterin abgeschlossene Gebäudeversicherungsvertrag schloss das Risiko eines "Mietverlustes" infolge des versicherten Gebäudeschadens ein. Die Mieterin war der Ansicht, dass aus den Kosten der Gebäudeversicherung der Teil der Prämie herausgerechnet werden musste, der auf das Risiko Mietausfall entfiel.

### **Entscheidung**

Der Bundesgerichtshof gab der Vermieterin recht und entschied, dass diese die Kosten für die Gebäudeversicherung einschließlich des auf einen etwaigen Mietausfall als Folge eines Gebäudeschadens entfallenden Prämienanteils als Betriebskosten auf die Mieterin umlegen durfte.

Die Kosten der Sach- und Haftpflichtversicherung sind umlagefähige Betriebskosten. Hierzu gehören namentlich die Kosten der Versicherung des Gebäudes gegen Feuer-, Sturm-, Wasser- und sonstige Elementarschäden sowie die Kosten weiterer in der Vorschrift aufgeführter Versicherungen. Darunter fallen grundsätzlich alle Sach- und Haftpflichtversicherungen, die dem Schutz des Gebäudes, seiner Bewohner und Besucher dienen.

Die von der Vermieterin abgeschlossene Versicherung gehörte als Gebäudeversicherung insgesamt zu den Sachversicherungen. Ein infolge eines versicherten Gebäudeschadens entstehender Mietausfall war, anders als bei einer separaten Mietausfallversicherung, die vorrangig die finanziellen Interessen des Vermieters abdeckt und deshalb nicht auf den Mieter einer Wohnung umgelegt werden darf, kein eigenständiger Versicherungsfall, sondern Bestandteil des Versicherungsfalls der Gebäudeversicherung.

Die streitgegenständliche Versicherung diente dem Schutz des Gebäudes, seiner Bewohner und Besucher. Zweck war die Wiederherstellung des Gebäudes nach einem Versicherungsfall. Daran änderte es nichts, dass der infolge eines Gebäudeschadens entstandene Mietausfall mitversichert war.

## **11. Auch für die Bereitschaftszeit von Rettungsassistenten gilt der gesetzliche Mindestlohn**

**Auch für Bereitschaftszeit muss der gesetzliche Mindestlohn gezahlt werden. Ob diese jedoch separat entlohnt werden muss, hängt davon ab, ob mit der Vergütung der Vollarbeit der Bereitschaftsdienst abgegolten ist und der Mindestlohn pro Stunde erreicht wird.**

### **Hintergrund**

Der Kläger war als Rettungsassistent bei dem Beklagten beschäftigt und erhielt dafür 2.446,41 EUR brutto monatlich. Auf das Arbeitsverhältnis fand der DRK-Reformtarifvertrag Anwendung. Die regelmäßige Arbeitszeit für die Mitarbeiter im Rettungsdienst betrug danach wöchentlich 38,5 Stunden. Im Januar 2015 und von März bis September 2015

leistete der Kläger insgesamt 318,2 Stunden Arbeitsbereitschaft. Nach der tariflichen Regelung konnte die Arbeitszeit auf bis zu 12 Stunden täglich und durchschnittlich 48 Stunden wöchentlich verlängert werden, wenn in sie regelmäßig eine Arbeitsbereitschaft von durchschnittlich mindestens 3 Stunden täglich fiel. Mit dem Entgelt war die regelmäßige Arbeitszeit, auch wenn sie verlängert war, abgegolten.

Mit seiner Klage verlangte der Kläger den gesetzlichen Mindestlohn für 318,2 Stunden geleistete Bereitschaft. Er begründete das damit, dass die tarifvertragliche Regelung mit Inkrafttreten des Mindestlohngesetzes unwirksam geworden war und mit dem tariflichen Entgelt nur die regelmäßige Arbeitszeit von 38,5 Stunden vergütet wurde.

## Entscheidung

Mit seiner Klage hatte der Rettungsassistent keinen Erfolg. Das Bundesarbeitsgericht entschied zwar, dass auch für Zeiten der Bereitschaft der gesetzliche Mindestlohn gezahlt werden muss. Im vorliegenden Fall war der Anspruch jedoch bereits erfüllt. Denn der Kläger hatte in allen Monaten ein Entgelt von 2.446,41 EUR brutto erhalten, wodurch jede der geleisteten Stunden mit dem Mindestlohn bezahlt wurde.

Der Kläger hatte nicht mehr als 48 Wochenstunden gearbeitet, was bezogen auf den Monat 208 Stunden ergab. Multipliziert mit dem damaligen Mindestlohn von 8,50 EUR pro Stunde betrug der Mindestlohn 1.768,00 EUR brutto. Ähnliches ergab sich bei Anwendung der tarifvertraglichen Formel zur Ermittlung des auf eine Stunde entfallenden Anteils des Tabellenentgelts. Daraus errechnete sich ein gesetzlicher Mindestlohn von 1.773,95 EUR brutto. In beiden Fällen überstieg demnach die gezahlte tarifliche Monatsvergütung den gesetzlichen Mindestlohn. Eine zusätzliche Vergütung der Bereitschaftszeiten kam nicht in Betracht.

## 12. Wie weit reicht die Aufsichtspflicht für einen 3½-Jährigen?

**Wer haftet, wenn ein 3½-jähriges Kind unbemerkt die Toilette der elterlichen Wohnung flutet und einen Schaden von 15.000 EUR verursacht? Mit dieser Frage beschäftigte sich das Oberlandesgericht Düsseldorf – und fällte ein elternfreundliches Urteil.**

### Hintergrund

Die Mutter brachte ihren Sohn gegen 18.30 Uhr ins Bett, sie selbst war ins elterliche Schlafzimmer gegangen, wo sie einschlief. Zwischen 19 und 20 Uhr ging der Sohn allein auf die Toilette und benutzte dabei solche Mengen Toilettenpapier, dass der Abfluss der Toilette verstopfte. Der Spülknopf für das WC funktionierte schon seit Einzug in die Wohnung nicht mehr richtig. Deshalb lief das Wasser unkontrolliert nach, verteilte sich auf dem Boden und tropfte schließlich aus der Decke der darunter liegenden Wohnung. Der Gesamtschaden belief sich auf 15.824 EUR.

Der klagende Gebäudeversicherer machte einen hälftigen Ausgleichsanspruch gegen die Mutter bzw. gegen ihre Haftpflichtversicherung geltend. Denn die Mutter hatte seiner Meinung nach ihre Aufsichtspflicht einfach fahrlässig verletzt. Die Mutter hätte ihren Sohn nicht unbeaufsichtigt zur Toilette gehen lassen und nicht einschlafen dürfen.

### Entscheidung

Das Oberlandesgericht entschied, dass der Gebäudeversicherer keinen Regressanspruch hatte, weder gegen die Mieterin noch gegen deren Haftpflichtversicherung.

Insbesondere hatte die Mutter ihre Aufsichtspflicht nicht verletzt, denn das Maß der gebotenen Aufsicht war in dem Fall erfüllt gewesen. In einer geschlossenen Wohnung musste der 3½-Jährige nicht unter ständiger Beobachtung stehen, eine lückenlose Überwachung war nicht erforderlich. Es reichte aus, dass sich der Aufsichtspflichtige in Hörweite aufhielt. Ebenso musste der Gang zur Toilette nicht unmittelbar beaufsichtigt werden.

Durch den nicht funktionierenden Spülknopf war das Schadensrisiko zwar grundsätzlich erhöht gewesen. Dieses war aber zugunsten des Lernprozesses des Kindes hinzunehmen. Üblicherweise führt ein Verhaken des Spülknopfes lediglich zu einem gesteigerten Wasserverbrauch, nicht aber zu einem darüber hinausgehenden Risiko.

## 13. Illegale Untervermietung an Touristen kann richtig teuer werden

**Wer in München seine Wohnung ohne Genehmigung weitervermietet, muss mit drakonischen Strafen rechnen. So wurde jetzt ein Mieter wegen fehlender genehmigungsbedürftiger Nutzungsänderung zu einer Geldbuße von 33.000 EUR verurteilt.**

### **Hintergrund**

Ein Unternehmer hatte eine Wohnung in München angemietet. Diese bezog er jedoch nicht selbst, sondern stellte sie möbliert insbesondere Personen zur Verfügung, die sich zur eigenen medizinischen Behandlung oder der ihrer Angehörigen vorübergehend in München aufhielten ("Medizintouristen"). Eine Genehmigung für die Weitervermietung hatte er nicht.

Im November 2014 verfügte die Stadt eine Nutzungsuntersagung. Bei mehreren Kontrollen im Jahr 2015 wurden Untermieter in der Wohnung angetroffen. Daraufhin erließ die Stadt München einen Bußgeldbescheid über 50.000 EUR wegen ungenehmigter Zweckentfremdung der Wohnung von Ende 2012 bis Oktober 2015. Dagegen wehrte sich der Mieter mit seiner Klage.

### **Entscheidung**

Die Klage hatte nur teilweise Erfolg. Das Gericht reduzierte die Geldbuße auf 33.000 EUR. Denn die Fremdenbeherbergung war in der städtischen Satzung erst seit 1.1.2014 ausdrücklich als Fall einer genehmigungsbedürftigen Nutzungsänderung genannt.

Zugunsten des Mieters berücksichtigte das Gericht, dass er nicht einschlägig vorbelastet war und den Sachverhalt einräumte. Zu seinen Lasten sprach, dass sich die Zweckentfremdung über einen längeren Zeitraum hinzog. Auch setzte er die Untervermietung trotz des laufenden Verwaltungs- und Bußgeldverfahrens fort. Darüber hinaus entzog er dem Wohnungsmarkt eine große, familientaugliche Wohnung.

## **14. Fiktive Schadensberechnung: Rechtsprechungsänderung zum Nachteil der Bauherren**

**Bisher hatte ein Besteller bei einer mangelhaften Werkleistung die Möglichkeit, die Zahlung in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten zu verlangen. Das galt selbst, wenn diese den Minderwert im Vermögen des Bestellers überstiegen. Damit soll nun nach der geänderten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Schluss sein.**

### **Hintergrund**

Die fiktive Schadensberechnung, die auch in der Literatur umstritten war, führte häufig zu einer Überkompensation und damit zu einer nach allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen nicht gerechtfertigten Bereicherung des Bestellers. Daher hält der Bundesgerichtshof an seiner alten Rechtsprechung für ab dem Januar 2002 geschlossene Werkverträge nicht mehr fest.

### **Entscheidung**

Der Bundesgerichtshof hat seine Rechtsprechung zur Schadensberechnung im Werkvertragsrecht zulasten der Bauherren geändert. Behält der Besteller das mangelhafte Werk, ohne den Mangel beseitigen zu lassen, wird sein Schaden nach der sog. "Differenzhypothese" berechnet, also nach der Differenz zwischen dem tatsächlichen Wert der mangelhaften Sache zu dem hypothetischen Wert der mangelfreien Sache.

Begründet wurde dies damit, dass bereits der Mangel des Werks, unabhängig von dessen Beseitigung, der Schaden sei, und zwar in Höhe dieser Kosten.

Der Besteller hat nun insbesondere folgende Möglichkeiten:

- Der Besteller, der sein Werk behält und den Mangel nicht beseitigen lässt, kann im Wege der Vermögensbilanz die Differenz des tatsächlichen Wertes der mangelhaften Sache zu dem hypothetischen Wert der mangelfreien Sache verlangen.
- Hat er die Sache veräußert, ohne eine Mängelbeseitigung vorgenommen zu haben, kann er den Schaden nach dem konkreten Mindererlös wegen des Mangels bemessen.
- Lässt der Besteller den Mangel beseitigen, kann er die von ihm aufgewandten Mängelbeseitigungskosten als Schaden ersetzt verlangen. Vor Begleichung der Kosten kann er die Befreiung von den zur Mängelbeseitigung eingegangenen Verbindlichkeiten verlangen.
- Zusätzlich hat der Besteller, der den Mangel beseitigen will, grundsätzlich weiterhin das Recht, einen Vorschuss zu verlangen.

Die Änderungen sind ebenfalls auf Verträge, welchen die VOB/B zugrunde liegen, anwendbar. Zudem soll eine Vorschussklage nach den Karlsruher Richtern nun auch gegen Architekten möglich sein.

Der Ausschluss der Erstattung von fiktiven Mängelbeseitigungskosten soll jedoch nicht auf Kaufverträge bzw. auf das Deliktsrecht (fiktive Reparaturkosten, Schadensberechnung auf Gutachterbasis) anwendbar sein.

## 15. Unfall Auto gegen Fußgänger und beide sind schuld: Wer haftet wie?

**Tritt ein dunkel gekleideter Fußgänger unvermutet auf die Straße und wird er von einem Auto angefahren, das zu schnell unterwegs ist, stellt sich die Frage, wer in welchem Umfang für die Unfallfolgen haftet.**

### Hintergrund

2 Fußgänger betraten ohne auf den Verkehr zu achten eine Straße. Dabei wurden sie von einem Auto erfasst, das in einer 70er-Zone etwas zu schnell unterwegs war (ca. 81 km/h). Als Folge des Unfalls erlitten die Fußgänger lebensgefährliche Kopf- und Lungenverletzungen, unter denen sie heute noch leiden.

Das Landgericht hatte die Klage der Fußgänger abgewiesen und keine Ansprüche gegen den Pkw-Fahrer und dessen Haftpflichtversicherer erkannt. Das Gericht ging von einer einfachen Betriebsgefahr aufseiten des Beklagten aus, die hinter den groben Verstoß der Kläger zurücktrat.

### Entscheidung

Vor dem Oberlandesgericht hatte die Berufung der Kläger teilweise Erfolg. Das Gericht entschied, dass die Haftung im Verhältnis von ein Drittel zulasten des beklagten Autofahrers und von zwei Dritteln zulasten der Kläger zu verteilen war.

Auf beiden Seiten lag ein schuldhaftes Verhalten vor. So lastete das Gericht den Fußgängern einen gravierenden unfallursächlichen Verstoß gegen die Straßenverkehrsordnung an. Sie hätten das Fahrzeug des Beklagten wahrnehmen und passieren lassen müssen, bevor sie die Fahrbahngrenzungslinie überschritten.

Jedoch traf den Pkw-Fahrer ebenfalls ein Verschulden. Er hatte die am Unfallort zulässige Höchstgeschwindigkeit von 70 km/h um 11 km/h überschritten und die Fußgänger zu spät auf der Fahrbahn bemerkt bzw. zu spät auf diese reagiert.

Zwar wäre der Unfall für den Autofahrer nicht gänzlich vermeidbar gewesen, auch wenn er sich an die Geschwindigkeitsbegrenzung gehalten hätte. Allerdings wäre die Kollision vermutlich deutlich weniger schwer ausgefallen.

Allerdings wog der schwerwiegende Verstoß der Kläger, ohne die der Unfall gänzlich vermieden worden wäre, deutlich schwerer. Deshalb kam das Gericht zu einer Haftungsquote von zwei Dritteln zu ihren Lasten.

## Unternehmer und Freiberufler

### 1. Warum Tankgutscheine Arbeitnehmern nicht im Voraus ausgehändigt werden sollten



**Der Arbeitgeber sollten seinen Arbeitnehmern Tankgutscheine besser nicht für mehrere Monate im Voraus aushändigen. Denn sonst fließt der gesamte Sachbezug bereits bei Erhalt der Gutscheine als Arbeitslohn zu. Dies gilt auch dann, wenn die Arbeitnehmer nur einen Gutschein pro Monat einlösen dürfen.**

### **Hintergrund**

Ein Arbeitgeber wandte seinen Arbeitnehmern einmal im Jahr 44-Euro-Tankgutscheine zu. Diese waren jederzeit einlösbar und nicht personengebunden. Jeder Arbeitnehmer bekam pro Jahr 8 Gutscheine, pro Monat durfte nur ein Gutschein eingelöst werden. Die Tankquittungen waren später zur Kontrolle vorzulegen.

Der Arbeitgeber war der Auffassung, dass den Arbeitnehmern die Vorteile aus den Gutscheinen erst mit ihrer jeweiligen Einlösung an der Tankstelle zugeflossen waren. Die steuerfreie 44-Euro-Freigrenze hielt er deshalb für anwendbar. Das Finanzamt ging jedoch davon aus, dass die Gutscheinwerte zusammengeballt im Monat der Übergabe zugeflossen waren. Die 44-Euro-Freigrenze war deshalb überschritten.

### **Entscheidung**

Die Klage des Arbeitgebers hatte keinen Erfolg. Das Finanzgericht entschied, dass es bereits bei Hingabe der Gutscheine zu einem Lohnzufluss kam.

Die Begründung: Einnahmen sind steuerlich zugeflossen, wenn der Empfänger die wirtschaftliche Verfügungsmacht über die Gelder erlangt. Über Gutscheine, mit denen Güter bei einem Dritten erworben werden können, kann der Arbeitnehmer bereits bei Hingabe verfügen, ohne dass der Arbeitgeber hierauf noch Einflussmöglichkeiten hat. Bereits zu diesem Zeitpunkt erfolgte im vorliegenden Fall also der Zufluss aufseiten des Arbeitnehmers. Der nicht personengebundene Tankgutschein stellte nach Auffassung des Gerichts eine Art Wertpapier dar, mit dem der Arbeitnehmer nach Belieben verfahren konnte.

Die wirtschaftliche Verfügungsmacht wurde nicht dadurch beschränkt, dass der Arbeitnehmer nur einen Gutschein pro Monat einlösen durfte. Diese Weisung bezog sich lediglich auf die steuerlichen Konsequenzen.

## **2. Gewerbesteuer: Wann Miet- und Pachtzinsen hinzugerechnet werden müssen**

**Ist das Wirtschaftsgut zum Bilanzstichtag ausgeschieden, können die Miet- und Pachtzinsen für Wirtschaftsgüter des Umlaufvermögens dem Gewerbeertrag hinzugerechnet werden – sagt das Schleswig-Holsteinische Finanzgericht. Für eine endgültige Entscheidung muss der Bundesfinanzhof sorgen.**

### **Hintergrund**

Eine GmbH war in der Baubranche tätig und mietete im Jahr 2008 eine Vielzahl von Maschinen und Baustelleneinrichtungen an. Den Aufwand für die darin enthaltenen Finanzierungsentgelte bezog das Finanzamt in die Hinzurechnung nach dem Gewerbesteuergesetz mit ein. Die GmbH wehrte sich dagegen mit einem Einspruch und machte geltend, dass die Finanzierungskosten in den Miet- und Pacht aufwendungen nicht hinzuzurechnen sind. Das gilt zumindest, soweit diese als Baustelleneinzelkosten zu Herstellungskosten von Wirtschaftsgütern des Umlaufvermögens geführt haben.

Das Finanzamt folgte dieser Argumentation nur insoweit, als eine Aktivierung dieser Wirtschaftsgüter erfolgt war. Im Übrigen hatten die Aufwendungen den Gewinn der GmbH gemindert und waren deshalb anteilig bei der Gewerbesteuer hinzuzurechnen.

## Entscheidung

Die Klage der GmbH beim Finanzgericht hatte keinen Erfolg. Die Richter entschieden, dass Mieten und Pachten für Baustelleneinzelkosten hinzuzurechnen sind, soweit das Umlaufvermögen bereits unterjährig aus dem Betriebsvermögen ausgeschieden ist. Miet- und Pachtzinsen für Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens, die zu Herstellungskosten für Wirtschaftsgüter des Umlaufvermögens führen, sind nämlich dann anteilig hinzuzurechnen, soweit diese Wirtschaftsgüter des Umlaufvermögens noch vor dem Bilanzstichtag aus dem Betriebsvermögen ausscheiden. Mit dem Ausscheiden kommt es zu keiner Speicherung des Aufwandes durch eine Aktivierung.

## 3. Zur Korrektur eines Steuerbescheids

**Wann ist eine Folgeänderung nach § 174 Abs. 4 AO wegen widerstreitender Steuerfestsetzungen zulässig? Und in welchen Fällen kann ein Steuerbescheid nach § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO wegen neuer Tatsachen geändert werden? Mit diesen Fragen beschäftigte sich das Sächsische Finanzgericht – und bald auch der Bundesfinanzhof.**

### Hintergrund

Der Kläger war selbstständiger Handelsvertreter. Er bildete im Jahr 2004 in seiner Gewinnermittlung eine Ansparrücklage für die Anschaffung eines Transporters. Bei der Veranlagung 2007 stellte das Finanzamt fest, dass die Rücklage bisher nicht aufgelöst und der Transporter nicht angeschafft worden war. Deshalb löste es die Rücklage im Einkommensteuerbescheid 2007 gewinnerhöhend auf.

Nach seinem erfolgreichen Einspruch änderte das Finanzamt aber auch den Einkommensteuerbescheid für 2006, und zwar nach § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO. Dabei erhöhte es den Gewinn um den Betrag der Rücklage plus Zinsen.

### Entscheidung

Die Klage hatte keinen Erfolg. Das Finanzgericht entschied, dass das Finanzamt den Gewinn zu Recht im Jahr 2006 erhöht hat. Allerdings hält das Finanzgericht § 174 Abs. 4 AO für die zutreffende Korrekturvorschrift. Die Begründung: Ist aufgrund irriger Beurteilung eines bestimmten Sachverhalts ein Steuerbescheid ergangen, der aufgrund eines Rechtsbehelfs oder sonst auf Antrag des Steuerpflichtigen durch die Finanzbehörde zu seinen Gunsten aufgehoben oder geändert wird, können nach § 174 Abs. 4 Satz 1 AO aus dem Sachverhalt nachträglich durch Erlass oder Änderung eines Steuerbescheides die richtigen steuerlichen Folgen gezogen werden. Diese Voraussetzungen waren im vorliegenden Fall gegeben.

Die Auflösung der Rücklage im Einkommensteuerbescheid 2007 war objektiv unrichtig. Das Finanzamt beurteilte den Sachverhalt irrig, weil es offenbar der Meinung war, dass die unterbliebene Auflösung der Rücklage in der nächsten offenen Veranlagung berücksichtigt werden müsste. Der Kläger legte zudem gegen den geänderten Einkommensteuerbescheid 2007 Einspruch ein, dem das Finanzamt abhalf. Auch war es die materiell richtige Rechtsfolge, den Einkommensteuerbescheid 2006 zu ändern.

## 4. Beschränkung des Schuldzinsenabzugs bei Überentnahmen

**Die Finanzverwaltung verrechnet Verluste immer vorrangig mit Unterentnahmen. Dagegen hat der Bundesfinanzhof jetzt entschieden, dass beim Abzugsverbot für betrieblich veranlasste Schuldzinsen die Bemessungsgrundlage auf den periodenübergreifenden Entnahmeüberschuss zu begrenzen ist.**

## Hintergrund

A ermittelt seinen Gewinn durch Bestandsvergleich. In den Jahren bis 2006 erzielte er Verluste von rund 712.000 EUR und tätigte Überentnahmen von 751.000 EUR. Für das Jahr 2006 ergab sich eine Unterentnahme von 701.000 EUR, in den Jahren 2007 und 2008 von jeweils 66.000 EUR. A ging davon aus, dass die Unterentnahme des Jahres 2006 um die Überentnahmen der Vorjahre vermindert werden könnten und die verbleibende Überentnahme sich durch die Unterentnahme in 2007 verringerte, sodass für die Jahre 2007 und 2008 keine Überentnahme mehr verblieb. Das Finanzamt verrechnete dagegen die Unterentnahme 2006 mit dem vorzutragenden Verlust aus den Vorjahren, sodass als Bemessungsgrundlage für die nicht abzugsfähigen Schuldzinsen die Überentnahme der Vorjahre und ein vorzutragender Verlust von 11.000 EUR verblieb. Diesen wiederum verrechnete es in 2007 zunächst mit der Unterentnahme und den verbleibenden Betrag mit der vorgetragenen Überentnahme aus 2006. Im Ergebnis beliefen sich so die Überentnahmen auf 696.000 EUR. In 2008 verrechnete es entsprechend die Unterentnahme von 66.000 EUR mit den aus 2007 vorgetragenen Überentnahmen von 696.000 EUR. Es verblieb eine Überentnahme von 630.000 EUR mit entsprechend nicht abziehbaren Schuldzinsen.

## Entscheidung

Die Revision des A vor dem Bundesfinanzhof hatte zumindest teilweise Erfolg. Zwar lagen zwischen 1999 und 2007 bzw. 2008 Überentnahmen in Höhe von 700.000 EUR bzw. 630.000 EUR vor. A hatte in diesem Zeitraum aber nur insgesamt 390.000 EUR bzw. 419.000 EUR mehr entnommen als eingelegt. Da dieser Entnahmeüberschuss die Überentnahmen unterschreitet, bildete er die Bemessungsgrundlage für die nicht abziehbaren Schuldzinsen. Zur Begründung führen die Richter aus:

Die Bemessungsgrundlage der nicht abziehbaren Schuldzinsen entspricht der Summe der Überentnahmen und Unterentnahmen der einzubeziehenden Wirtschaftsjahre. Verluste dürfen nicht zu einer Kürzung des Schuldzinsenabzugs führen. Die Überentnahme ist daher auf den Entnahmeüberschuss begrenzt. Die Überentnahme darf nicht höher sein als die Entnahme und auch nicht höher als die Differenz zwischen Entnahme und Einlage.

Das gilt auch bei der periodenübergreifenden Berechnung der Überentnahme. In einem ersten Schritt waren deshalb Verluste bei den zu addierenden Über- und Unterentnahmebeträgen einzubeziehen. In einem zweiten Schritt war die Bemessungsgrundlage auf den kumulierten Entnahmeüberschuss von 1999 bis zum aktuellen Jahr (Totalperiode) zu begrenzen. Der Grund: Die als Bemessungsgrundlage anzusetzende kumulierte Überentnahme darf nicht höher sein als die Entnahme der Totalperiode und auch nicht höher als die Differenz zwischen allen Entnahmen und Einlagen der Totalperiode. Ist der so ermittelte Wert geringer als die kumulierte Überentnahme der Jahre ab 1999, sind die nicht abziehbaren Schuldzinsen aufgrund dieses Werts zu ermitteln.

## 5. Vergessene Kürzung des Investitionsabzugsbetrags: Bilanzänderung nur unter strengen Voraussetzungen möglich

**Bei Inanspruchnahme des Investitionsabzugsbetrags hat der Steuerpflichtige ein Wahlrecht, die Anschaffungskosten um den Investitionsabzugsbetrag zu kürzen. Wurde dies vergessen, kann die eingereichte Bilanz nur nach den strengen Regeln für Bilanzänderungen korrigiert werden.**

## Hintergrund

Eine GmbH hatte in ihrer Körperschaftsteuererklärung für 2011 außerhalb ihrer Bilanz einen Investitionsabzugsbetrag in Höhe von 200.000 EUR gebildet. Nach Anschaffung im folgenden Jahr rechnete sie den Investitionsabzugsbetrag außerhalb der Bilanz ihrem Gewinn hinzu. Die Anschaffungskosten der Anlagen wurden jedoch in der Steuerbilanz nicht um den Investitionsabzugsbetrag gemindert. Erst später reichte sie eine geänderte Bilanz ein und beantragte eine Minderung des Gewinns um den Investitionsabzugsbetrag.

Das Finanzamt hielt die Änderung der Bilanz nicht für zulässig. Lediglich die Korrektur fehlerhafter Bilanzansätze ist zulässig, nicht aber ein abweichendes Ausüben gegebener Bilanzierungswahlrechte. Ein solches bestand hier hinsichtlich der Kürzung der Anschaffungskosten um den Investitionsabzugsbetrag.

### **Entscheidung**

Das Finanzgericht wies die Klage ab und schloss sich der Auffassung des Finanzamts an. Zwar wird das Wahlrecht für das Bilden eines Investitionsabzugsbetrags außerhalb der Bilanz ausgeübt. Jedoch erfolgt die wahlweise Kürzung der Anschaffungskosten innerhalb der Bilanz. Verzichtet ein Steuerpflichtiger darauf, kann er in den folgenden Jahren entsprechend höhere laufende Abschreibungen in Anspruch nehmen.

Weil eine Bilanz ohne Anrechnung des Investitionsabzugsbetrags nicht fehlerhaft ist, schließt das Gesetz eine Änderung aus, nachdem die Bilanz beim Finanzamt eingegangen ist.

Auch lag keine offenbare Unrichtigkeit vor, die eine Korrektur der Steuerfestsetzung rechtfertigen würde. Deshalb konnte im vorliegenden Fall die Bilanz nicht mehr geändert werden.

## **6. Wahl der degressiven Gebäude-AfA bindend**

**Wer die degressiven Gebäude-AfA in Anspruch genommen hat, kann nicht zur AfA nach der tatsächlichen Nutzungsdauer des Gebäudes wechseln.**

### **Hintergrund**

A ist Eigentümerin eines bebauten Grundstücks, das sie seit Fertigstellung des Gebäudes in 1994 an ihren Ehemann vermietete. Für 1994 bis 2008 nahm A degressive AfA auf die Gebäudeherstellungskosten in Anspruch. In 2009 errichtete sie einen Anbau an das bestehende Gebäude und machte geltend, dass die Gesamtnutzungsdauer des Gebäudes nicht 50, sondern nur 25 Jahre betrug. Den noch nicht abgeschriebenen Gebäuderestwert wollte sie um die in 2009 angefallenen Herstellungskosten erhöhen und auf die restlichen 10 Jahre gleichmäßig verteilen. Das Finanzamt berücksichtigte jedoch nur eine AfA von 1,25 % der um die nachträglichen Herstellungskosten erhöhten ursprünglichen Bemessungsgrundlage.

### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof entschied, dass der Steuerpflichtige an die einmal getroffene Wahl für die degressive AfA grundsätzlich gebunden ist. Der spätere Wechsel zu einer anderen AfA-Methode ist damit prinzipiell ausgeschlossen. Deshalb ist der Wechsel von der degressiven AfA zu der normalen linearen Gebäude-AfA nicht möglich.

Die Frage, ob ein Wechsel von der degressiven AfA zur AfA nach der tatsächlichen Nutzungsdauer bei Gebäuden möglich ist, war bisher umstritten. Die Finanzverwaltung schloss den Wechsel aus, beanstandete jedoch die Inanspruchnahme von Absetzung für außergewöhnliche technische oder wirtschaftliche Abnutzung nicht. Im Schrifttum wurde ein späterer Wechsel zur AfA nach der tatsächlichen Nutzungsdauer ausgeschlossen. Der Bundesfinanzhof folgte mit seinem Urteil dieser Schrifttumsmeinung.

Zur Begründung führten die Richter aus: Mit der Wahl der degressiven AfA entscheidet sich der Steuerpflichtige bewusst dafür, die Herstellungskosten in 50 Jahresbeträgen geltend zu machen, die der Höhe nach festgelegt sind. Die damit bezweckte Vereinfachung kann jedoch nur eintreten, wenn die Wahl über die gesamte Abschreibungsdauer bindend ist. Deshalb ist die Wahl der degressiven AfA unabänderlich. Nachträgliche Herstellungskosten sind somit bei degressiver AfA zusammen mit den ursprünglichen Anschaffungskosten bzw. Herstellungskosten mit dem für diese geltenden Prozentsatz abzusetzen.

## **7. Vermieter kann Schadensersatz auch ohne Fristsetzung verlangen**

**Wenn der Mieter die Mietsache beschädigt, hat der Vermieter einen Anspruch auf Schadensersatz. Eine vorherige Fristsetzung zur Beseitigung des Schadens ist auch bei der Gewerbemiete keine Voraussetzung.**

### **Hintergrund**

Der Mieter hatte eine von ihm gemietete Halle genutzt, um dort Rennsportfahrzeuge abzustellen, zu warten und zu reparieren. Nach der Rückgabe der Halle stellte der Vermieter fest, dass der Fußboden der Halle durch Öl, Schmierstoffe und Chemikalien massiv verunreinigt war. Auch an den Wänden befanden sich Schmutzabdrücke. Der Vermieter ließ die Schäden beseitigen und verlangte vom Mieter die hierfür angefallenen Kosten in Höhe von 2.900 EUR als Schadensersatz. Eine Frist zur Beseitigung der Schäden hatte der Vermieter dem Mieter nicht gesetzt.

### **Entscheidung**

Während das Amts- und Landgericht die Klage des Vermieters abgewiesen hatten, weil der Vermieter dem Mieter eine Frist zur Behebung der Schäden hätte setzen müssen, kam der Bundesgerichtshof zu dem Ergebnis, dass ein Schadensersatzanspruch nicht deshalb ausgeschlossen war, weil der Vermieter keine Frist zur Beseitigung der Schäden gesetzt hat.

Schäden an der Sachsubstanz der Mietsache, die durch eine Verletzung von Obhutspflichten des Mieters entstanden sind, sind auch nach Ende des Mietverhältnisses vom Mieter als Schadensersatz neben der Leistung zu ersetzen. Hierbei hat der Vermieter die Wahl, ob er vom Mieter die Wiederherstellung oder eine Geldzahlung verlangt. Einer vorherigen Fristsetzung bedarf es nicht.

## **8. Keine Filesharing-Störerhaftung für Betreiber von WLAN-Hotspot**

**Wer einen Hotspot betreibt, mit dem er anderen Teilnehmern den Zugang zum Internet über WLAN ermöglicht, und ein Tor-Exit-Node eingerichtet hat, haftet nicht als Störer für von Dritten begangene Urheberrechtsverletzungen.**

### **Hintergrund**

Die Inhaberin der ausschließlichen Nutzungsrechte an einem Computerspiel klagte gegen einen Anschlussinhaber, über dessen Internetanschluss das Spiel zum Herunterladen angeboten wurde. Wegen Verletzung ihres Urheberrechts mahnte die Klägerin den Beklagten im März 2013 ab und forderte Schadensersatz sowie die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung. Nachdem der Beklagte der Aufforderung nicht nachgekommen war, nahm die Klägerin den Beklagten gerichtlich auf Unterlassung, Schadensersatz und Erstattung der Abmahnkosten in Anspruch.

### **Entscheidung**

Der Bundesgerichtshof erachtete im Hinblick auf die Änderung der Rechtslage und die Neufassung des Telemediengesetzes zum 13.10.2017 den geltend gemachten Unterlassungsanspruch für nicht mehr gegeben an. Seit dem 13.10.2017 war die beanstandete Handlung nicht mehr rechtswidrig. Seit diesem Zeitpunkt und für die Zukunft konnte deshalb keine Unterlassung mehr gefordert werden.

Im Hinblick auf die früher geltende Rechtslage hat der Bundesgerichtshof die Rechtsansicht der Vorinstanz jedoch im Wesentlichen bestätigt. Denn der Beklagte hatte es zum Zeitpunkt der Rechtsverletzung pflichtwidrig unterlassen, seinen WLAN-Anschluss durch den Einsatz eines aktuellen Verschlüsselungsstandards sowie eines individuellen Passworts gegen missbräuchliche Nutzung durch Dritte zu sichern. Die Bejahung der Störerhaftung durch die Vorinstanzen war daher durch die damalige Rechtslage gedeckt gewesen, der Hotspot-Betreiber zum Schadensersatz verpflichtet.

Diese grundsätzlich richtige Rechtsanwendung der Vordergerichte führte dazu, dass der Beklagte trotz des nach der neuen Rechtslage nicht mehr bestehenden Unterlassungsanspruchs vom Bundesgerichtshof verpflichtet wurde, die Rechtsverfolgungskosten der Klägerin zu tragen und dieser den entstandenen Schaden für die Vergangenheit zu ersetzen.

## GmbH-Gesellschafter/-Geschäftsführer

### 1. Überschussprognose umfasst nur in Ausnahmefällen die Nutzung durch den Rechtsnachfolger

**Wird eine Einkunftsquelle unentgeltlich übertragen, orientiert sich die Überschussprognose regelmäßig an der Nutzung des Vermögensgegenstands durch den Steuerpflichtigen. Die Nutzung durch den Rechtsnachfolger kann nur ausnahmsweise berücksichtigt werden.**

#### Hintergrund

S errichtete im Dezember 2006 eine in Liechtenstein ansässige Stiftung. Nachdem S dieser Darlehen zur Verfügung gestellt hatte, beteiligte sich die Stiftung als Kommanditistin an der vermögensverwaltenden X-GmbH & Co. KG, die ihren Sitz im Inland hatte. In den Jahren 2006 und 2007 erwarb die KG emittierte Schuldverschreibungen, die sie durch Bankdarlehen finanzierte. Für diese Jahre erklärte sie negative Einkünfte aus Kapitalvermögen. Zum 31.12.2008 übertrug die Stiftung ihre Beteiligung an der KG unentgeltlich auf eine Ltd., die im November 2008 errichtet wurde. Die Stiftung war alleinige Gesellschafterin der Ltd.

In seinen Einkommensteuererklärungen für die Jahre 2006 und 2007 machte S jeweils ein negatives Einkommen aus der Stiftung geltend. Dabei wies er auf die ab 2016 zu erwartenden positiven Erträge hin. Das Finanzamt war jedoch der Ansicht, dass die Stiftung mangels Einkünfteerzielungsabsicht kein Einkommen im steuerrechtlichen Sinne erzielte, und lehnte die Zurechnung eines negativen Einkommens ab.

#### Entscheidung

Für Zwecke der Einkommensteuer wird das Einkommen einer Familienstiftung, die Sitz und Geschäftsleitung im Ausland hat, dem unbeschränkt steuerpflichtigen Stifter zugerechnet. Auf der Ebene der Stiftung müssen allerdings die Voraussetzungen der Einkünfteerzielungsabsicht gegeben sein. Der Stiftung sind als Kommanditistin die Einkünfte der KG aus den erworbenen Schuldverschreibungen, d. h. aus Kapitalvermögen, zuzurechnen. Damit kann die Stiftung mittelbar über die KG Einkünfte erzielen. Hinsichtlich der Einkünfteerzielungsabsicht war auf die Verhältnisse der KG abzustellen. Bei Kapitaleinkünften setzt die Einkünfteerzielungsabsicht voraus, dass durch die Vermögensnutzung ein positives Ergebnis erzielt werden kann, d. h. einen Totalüberschuss der steuerpflichtigen Kapitaleinnahmen über die Werbungskosten.

Nach dem Grundsatz der Individualbesteuerung orientiert sich die Überschussprognose regelmäßig an der Nutzung des Vermögensgegenstands durch den Steuerpflichtigen. Nur in wenigen Ausnahmefällen werden bei der Prognose auch die Nutzung durch einen Rechtsnachfolger berücksichtigt, so z. B. bei Generationenbetrieben in der Land- und Forstwirtschaft oder bei Einkünften aus Vermietung und Verpachtung.

Im Streitfall lag keine Ausnahmesituation vor, sodass die von S erstrebte personenübergreifende Prognose ausgeschlossen war. Denn die Wertpapiergeschäfte waren lediglich auf 10 Jahre angelegt. Darüber hinaus war bereits zum

Zeitpunkt des Investments durch die Stiftung geplant, die Einkunftsquelle unentgeltlich auf die in einem Niedrigsteuerland ansässige Ltd. zu übertragen.

## 2. Wie sich der Gewinn zwischen Komplementär-GmbH und Kommanditisten verteilt

**Bei der Gewinnverteilung zwischen einer Komplementär-GmbH und den Kommanditisten bestehen durchaus steuerliche Freiheiten, wie ein aktuelles Urteil des Finanzgerichts Münster zeigt.**

### Hintergrund

Die Gewinnverteilung der GmbH & Co. KG sprach der GmbH eine angemessene Vergütung für die Geschäftsführung zu. Diese Vergütung gab die GmbH jedoch nicht, wie sonst weitgehend üblich, an die Kommanditisten weiter, die als Gesellschafter der GmbH tatsächlich die Geschäfte der KG führten. Deshalb verblieb der GmbH als Gewinnanteil das Geschäftsführergehalt, auf das ihre Gesellschafter verzichtet hatten.

Das Finanzamt wollte diese Gewinnverteilung nicht anerkennen, da diese allein aus steuerlichen Gründen gewählt worden war. Dadurch wurde dieser Teil des Gewinns bei der GmbH vorerst bis zu einer etwaigen Ausschüttung niedriger besteuert als bei den Kommanditisten.

### Entscheidung

Die Klage vor dem Finanzgericht hatte Erfolg. Die Richter entschieden, dass die Gewinnverteilung anzuerkennen war. Dass die Gesellschafter einer GmbH eine Tätigkeit für die GmbH wahlweise entgeltlich oder unentgeltlich ausüben können, war unbestritten. Dieser Grundsatz bleibt nach Gerichtsmeinung auch gültig, wenn die Gesellschafter der GmbH gleichzeitig als Kommanditisten an der KG beteiligt sind. Die Tätigkeit als Geschäftsführer der GmbH und die Beteiligung an der KG liegen auf einer anderen gesellschaftlichen Ebene.



## Zusatzinformationen für Berater zum Gesamthemenbrief September 2018

### **Inhalt**

#### **Privatbereich**

1. Eigenmächtig Urlaub genommen: Kündigung ist rechtmäßig
2. Stichtag Sonderzahlungen: Tarifliche Rückzahlungsklausel wirksam
3. Unterhaltsaufwendungen: Wann der Abzug als außergewöhnliche Belastungen gekürzt werden kann
4. Erbschaftsteuer: Für angrenzendes Gartengrundstück gibt es keine Steuerbefreiung
5. Einvernehmliche Auflösung des Arbeitsvertrags: Kann die Abfindung ermäßigt besteuert werden?
6. Instandsetzung eines Mietobjekts: Wann anschaffungsnahe Herstellungskosten vorliegen
7. Riester-Rente: Bei Kapitalübertragung auf den Ehepartner keine Rückzahlung der Altersvorsorgezulagen
8. Untervermietung: Wer haftet für den Energieverbrauch?
9. Verwalter macht Fehler bei der Umsetzung von Beschlüssen: Wer haftet?
10. Vermietung: Wann der Schutz vor Mietausfall auf Mieter umgelegt werden darf
11. Auch für die Bereitschaftszeit von Rettungsassistenten gilt der gesetzliche Mindestlohn
12. Wie weit reicht die Aufsichtspflicht für einen 3½-Jährigen?
13. Illegale Untervermietung an Touristen kann richtig teuer werden
14. Fiktive Schadensberechnung: Rechtsprechungsänderung zum Nachteil der Bauherren
15. Unfall Auto gegen Fußgänger und beide sind schuld: Wer haftet wie?

#### **Unternehmer und Freiberufler**

1. Warum Tankgutscheine Arbeitnehmern nicht im Voraus ausgehändigt werden sollten
2. Gewerbesteuer: Wann Miet- und Pachtzinsen hinzugerechnet werden müssen

3. Zur Korrektur eines Steuerbescheids
4. Beschränkung des Schuldzinsenabzugs bei Überentnahmen
5. Vergessene Kürzung des Investitionsabzugsbetrags: Bilanzänderung nur unter strengen Voraussetzungen möglich
6. Wahl der degressiven Gebäude-AfA bindend
7. Vermieter kann Schadensersatz auch ohne Fristsetzung verlangen
8. Keine Filesharing-Störerhaftung für Betreiber von WLAN-Hotspot

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

1. Überschussprognose umfasst nur in Ausnahmefällen die Nutzung durch den Rechtsnachfolger
2. Wie sich der Gewinn zwischen Komplementär-GmbH und Kommanditisten verteilt

## Privatbereich

### **1. Eigenmächtig Urlaub genommen: Kündigung ist rechtmäßig**

LAG Düsseldorf, 8 Sa 87/18; Vorinstanz: ArbG Düsseldorf, Urteil v. 20.12.2017, 8 Ca 3919/17

Letztlich verständigten sich die Parteien auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum Kündigungsdatum, wobei sich der Arbeitgeber verpflichtete, der Arbeitnehmerin ein Zeugnis auszustellen sowie eine Abfindung von einem Monatsgehalt zu zahlen.

### **2. Stichtag Sonderzahlungen: Tarifliche Rückzahlungsklausel wirksam**

BAG, Urteil v. 27.6.2018, 10 AZR 290/17; Vorinstanz: LAG Baden-Württemberg, Kammern Freiburg, Urteil v. 9.5.2017, 9a Sa 12/17

### **3. Unterhaltsaufwendungen: Wann der Abzug als außergewöhnliche Belastungen gekürzt werden kann**

BFH, Urteil v. 25.4.2018, VI R 35/16

Bei dem FG-Urteil handelt es sich um ein sog. "Rüttelurteil", d. h. eine Entscheidung, mit der das FG bewusst von der ständigen Rechtsprechung des BFH abweicht und diesen über die Zulassung der Revision zum erneuten Überdenken seiner Auffassung veranlassen will. Im Schrifttum wird in Übereinstimmung mit dem FG ganz überwiegend die Meinung vertreten, die Rechtsprechung des BFH, Unterhaltsvorauszahlungen über den Jahreswechsel seien nicht zu berücksichtigen, finde im Gesetz keine Stütze. Dass die das Folgejahr betreffenden Zahlungen weder im Zahlungsjahr noch im folgenden Jahr (BFH, Urteil v. 13.2.1987, III R 196/82, BStBl 1987 II S. 341; BFH, Urteil v. 11.11.2010, VI R 16/09, BStBl 2011 II S. 966) berücksichtigt werden, kann – wie der BFH bemerkt – zu gewissen Härten führen. Der BFH weist jedoch zutreffend darauf hin, dass die Zahlenden durch die Wahl des Zahlungszeitpunkts – Zahlung im und für das Unterhaltsjahr im Voraus – die Abziehbarkeit in voller Höhe sicherstellen können und das auch nicht unzumutbar ist. Die Verwaltung folgt der BFH-Rechtsprechung (BMF, Schreiben v. 7.6.2010, BStBl 2010 I S. 588, Tz. 25; H 33a.1 EStH "Allgemeines ...", Satz 3).

#### **4. Erbschaftsteuer: Für angrenzendes Gartengrundstück gibt es keine Steuerbefreiung**

FG Düsseldorf, Urteil v. 16.5.2018, 4 K 1063/17 Erb

Vom FG wurde die Revision beim BFH zugelassen.

#### **5. Einvernehmliche Auflösung des Arbeitsvertrags: Kann die Abfindung ermäßigt besteuert werden?**

BFH, Urteil v. 13.3.2018, IX R 16/17

Eine zur Anwendung der Fünftelregelung führende Zwangslage besteht nur dann, wenn sie nicht vom Steuerpflichtigen, sondern vom Leistenden herbeigeführt wurde (BFH v. 27.7.2004, IX R 64/01, BFH/NV 2005 S. 191). In einer Konfliktsituation ist die Ursachenkette allerdings häufig nicht im Einzelnen nachverfolgbar. Vordergründig wurde A von der Stadt durch den angekündigten Personalabbau unter Druck gesetzt. Andererseits konnte A mit der Ankündigung einer Höhergruppierungsklage auch einen gewissen Gegendruck auf die Stadt ausüben. Wird in einem solchen Fall eine einvernehmliche Lösung zur Beilegung einer von beiden Konfliktparteien verursachten Kontroverse gefunden, kann davon ausgegangen werden, dass auch der Arbeitgeber ein erhebliches eigenes Interesse an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses hatte. Andernfalls hätte er keine Veranlassung, eine Abfindung zu leisten. Es ist dann regelmäßig nicht zu prüfen, ob der Arbeitnehmer unter einem nicht unerheblichen tatsächlichen Druck stand. Diese Situation wird für die Praxis unterstellt. Dabei hat der BFH ausdrücklich offengelassen, ob an dem Erfordernis der Druck-/Zwangssituation bei Zahlung einer Abfindung im Rahmen eines Über-/Unterordnungsverhältnisses überhaupt noch festzuhalten ist. Bereits in dem Urteil v. 23.11.2016, X R 48/14 (BStBl 2017 II S. 383), hat der BFH das Erfordernis einer Zwangssituation grundsätzlich in Zweifel gezogen.

#### **6. Instandsetzung eines Mietobjekts: Wann anschaffungsnahe Herstellungskosten vorliegen**

BFH, Urteil v. 13.3.2018, IX R 41/17

Kosten für Instandsetzungsmaßnahmen zur Beseitigung eines Schadens, der im Zeitpunkt der Anschaffung nicht vorhanden und auch nicht in dem oben genannten Sinne "angelegt" war, sondern nachweislich erst zu einem späteren Zeitpunkt durch das schuldhafte Handeln eines Dritten am Gebäude verursacht worden ist, sind nicht den anschaffungsnahe Herstellungskosten i. S. v. § 6 Abs. 1 Nr. 1a Satz 1 EStG zuzuordnen, wenn die Maßnahmen vom Steuer-

pflichtigen innerhalb von 3 Jahren seit Anschaffung zur Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft des Gebäudes durchgeführt werden müssen. Die Regelvermutung für das Vorliegen anschaffungsnahe Herstellungskosten i. S. d. § 6 Abs. 1 Nr. 1a EStG gilt für solche Schäden nicht.

## **7. Riester-Rente: Bei Kapitalübertragung auf den Ehepartner keine Rückzahlung der Altersvorsorgezulagen**

FG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 18.1.2018, 10 K 10046/17

Der Urteilsfall zeigt deutlich, wie unübersichtlich die Rechtslage bei der Riester-Rente gestaltet ist. Wohl aus diesem Grund hat das Finanzgericht die Revision zugelassen (Az beim BFH: X R 11/18), obwohl seine Argumentation durchaus überzeugend klingt. Für die Ehegatten, die in der Hoffnung auf staatliche Zulagen die Verträge abgeschlossen hatten, dürfte sich diese Maßnahme nachträglich als eine Fehlentscheidung erwiesen haben. Da die Zulagen zurückgezahlt wurden, dürfte das eingesetzte Kapital nur eine ungewöhnlich bescheidene Rendite abgeworfen haben. Der Grund liegt in den hohen Verwaltungskosten, die für diese Altersvorsorgeverträge anfallen (die zu Recht als bürokratisches Monstrum charakterisiert werden).

## **8. Untervermietung: Wer haftet für den Energieverbrauch?**

BGH, Beschluss v. 5.6.2018, VIII ZR 253/17

## **9. Verwalter macht Fehler bei der Umsetzung von Beschlüssen: Wer haftet?**

BGH, Urteil v. 8.6.2018, V ZR 125/17

Für die Rechtslage vor der WEG-Reform hatte der BGH die Auffassung vertreten, dass beauftragte Handwerker Erfüllungsgehilfen der Eigentümer seien, sodass die Eigentümer für Fehler von Werkunternehmern, die zu Schäden am Sondereigentum führten, gemäß § 278 BGB einzustehen hatten. Diese Rechtsprechung könne aber nach der aktuellen Rechtslage nicht fortgeschrieben werden.

## **10. Vermietung: Wann der Schutz vor Mietausfall auf Mieter umgelegt werden darf**

BGH, Urteil v. 6.6.2018, VIII ZR 38/17

Ein Mieter, der die Versicherungsprämie der Gebäudeversicherung (mit-)finanziert, darf im Verhältnis zum Vermieter die berechnete Erwartung haben, dass ihm seine Aufwendungen im Schadensfall in irgendeiner Weise zugutekommen. Er darf vom Vermieter erwarten, hierfür eine Gegenleistung zu erhalten und im Schadensfall einen Nutzen von der Gebäudeversicherung zu haben.

Diesen Anforderungen trägt die hier umstrittene Gebäudeversicherung hinreichend Rechnung. Die Gegenleistung besteht darin, dass der Mieter in gewisser Weise geschützt ist, wenn er leicht fahrlässig einen Schaden der Mietsache verursacht. Er ist im Verhältnis zum Vermieter nicht nur der Verpflichtung enthoben, einen so verursachten Schaden auf eigene Kosten beseitigen zu müssen. Vielmehr ist der Mieter, der fahrlässig einen im Gebäudeversicherungsvertrag abgedeckten Versicherungsfall verursacht hat, auch vor einem Rückgriff des Gebäudeversicherers geschützt.

## **11. Auch für die Bereitschaftszeit von Rettungsassistenten gilt der gesetzliche Mindestlohn**

BAG, Urteil v. 11.10.2017, 5 AZR 591/16

Die tarifliche Regelung in § 29 Abs. 7 DRK-RTV ist nach Ansicht des BAG durch das Inkrafttreten des Mindestlohngesetzes nicht unwirksam geworden. Zwar sind nach § 3 Satz 1 MiLoG Vereinbarungen, die den Anspruch auf Mindestlohn unterschreiten, insoweit unwirksam. Der gesetzliche Mindestlohnanspruch aus § 1 Abs. 1 MiLoG tritt eigenständig neben die sonstigen Grundlagen der Vergütung. Bei Unterschreitung des gesetzlichen Mindestlohns durch eine (tarif)vertragliche Regelung führt § 3 MiLoG zu einem Differenzanspruch. Von der in § 3 Satz 1 MiLoG bestimmten Rechtsfolge, so das BAG, würden daher nur Abreden erfasst, die den Mindestlohnanspruch aus § 1 Abs. 1 MiLoG begrenzen, was bei den Vergütungsregelungen in §§ 19 ff., § 29 DRK-RTV nicht der Fall sei.

## **12. Wie weit reicht die Aufsichtspflicht für einen 3½-Jährigen?**

OLG Düsseldorf, Beschluss v. 26.4.2018, 4 U 15/18

Für einen möglichen Anspruch des Gebäudeversicherers gegen den Haftpflichtversicherer des Mieters gilt grundsätzlich:

Dem Gebäudeversicherer, dem der Regress gegen den Mieter verwehrt ist, steht gegen dessen Haftpflichtversicherer entsprechend den Grundsätzen der Doppelversicherung gemäß § 78 Abs. 2 VVG analog ein Anspruch auf anteiligen Ausgleich zu (BGH, Urteil v. 13.9.2006, IV ZR 273/05).

Voraussetzung dafür ist aber, dass der Haftpflichtversicherer aufgrund einer Schadensersatzpflicht des Versicherungsnehmers bzw. einer versicherten Person eintrittspflichtig ist.

## **13. Illegale Untervermietung an Touristen kann richtig teuer werden**

AG München, Beschluss v. 28.9.2017, 1119 OWi 258 Js 199344/16. Das OLG Bamberg hat die Rechtsbeschwerde am 24.4.2018 verworfen, sodass der Beschluss rechtskräftig ist.

Die Zweckentfremdungssatzung zielt darauf ab, alle Maßnahmen zu verhindern, die dem Wohnungsmarkt Wohnraum entziehen. So liegt nach der Satzung eine Zweckentfremdung beispielsweise vor, wenn Wohnraum beruflich oder gewerblich genutzt wird, zur Fremdenbeherbergung verwendet wird (beispielsweise als Ferienwohnung), abgebrochen wird oder länger als 3 Monate leer steht.

## **14. Fiktive Schadensberechnung: Rechtsprechungsänderung zum Nachteil der Bauherren**

BGH, Urteil v. 22.2.2018, VII ZR 46/17

Der BGH hat die Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung nun kürzlich mit Urteil v. 21.6.2018 (VII ZR 173/16) bestätigt.

Die Auswirkungen der veränderten BGH-Rechtsprechung sind durchaus beachtlich. Da die bisherige Rechtsprechung ausdrücklich für Werkverträge (Bauverträge, Architektenverträge) ab dem Januar 2002 nicht mehr anwendbar ist, hat dies auch Auswirkungen auf bereits laufende Verfahren. Hier muss überlegt werden, ob man den Mangel nun doch beseitigen lässt und ggf. auf eine Vorschussklage umgestellt wird.

## **15. Unfall Auto gegen Fußgänger und beide sind schuld: Wer haftet wie?**

OLG Hamm, Urteil v. 10.4.2018, 9 U 131/16

Da der Fahrzeugverkehr auf der Fahrbahn grundsätzlich Vorrang genießt, muss der Fußgänger außerhalb der bevorrechtigten Stellen (Überwege, ampelgeregelte Furten) mit erhöhter Sorgfalt auf den Fahrverkehr achten, insb. Fahrzeuge nicht in ihrer freien Fahrt behindern (BGH VRS 2013 S. 90; OLG Hamm VRS 1978 S. 53).

Während des Überquerens treffen ihn neben der Beobachtung des bevorrechtigten Fahrzeugverkehrs die Verpflichtungen, den kürzesten Weg zu wählen und den Überschreitungsvorgang zügig zu gestalten.

## **Unternehmer und Freiberufler**

### **1. Warum Tankgutscheine Arbeitnehmern nicht im Voraus ausgehändigt werden sollten**

Sächsisches FG, Urteil v. 9.1.2018, 3 K 511/17

Arbeitgeber müssen aus dem Urteil ableiten, dass sie Tankgutscheine aus steuerlichen Gründen nicht auf einen Schlag ausgeben sollten. Werden zeitgleich mehrere Gutscheine übergeben, lässt sich die Überschreitung der 44-Euro-Freigrenze nach den Urteilsgründen auch nicht durch den arbeitgeberseitigen Hinweis abwenden, dass der Arbeitnehmer pro Monat nur einen Gutschein einlösen darf. Die Entscheidung ist rechtskräftig.

### **2. Gewerbesteuer: Wann Miet- und Pachtzinsen hinzugerechnet werden müssen**

Schleswig-Holsteinisches FG, Urteil v. 21.3.2018, 1 K 243/15

Das Finanzgericht hat die Revision gegen sein Urteil zugelassen. Diese ist zwischenzeitlich auch eingelegt worden (Az beim BFH III R 24/18). Damit kann der Bundesfinanzhof auch zu diesem Teilbereich der ab 2008 geltenden Hinzurech-

nungsvorschrift eine abschließende Würdigung vornehmen. Vergleichbar gelagerte Fälle sollten mit Einspruch offengehalten werden; die Finanzverwaltung wird einem Ruhen des Verfahrens zustimmen.



### **3. Zur Korrektur eines Steuerbescheids**

Sächsisches FG, Urteil v. 6.3.2018, 3 K 1470/16

§ 174 Abs. 4 AO bietet dem Finanzamt im Falle der Aufhebung oder Änderung einer unrichtigen Steuerfestsetzung auf Betreiben des Steuerpflichtigen eine Ermächtigungsgrundlage dahingehend, den nunmehr unberücksichtigten Sachverhalt in dem richtigen Bescheid zu erfassen.

Der Einkommensteuerbescheid 2006 konnte zwar nicht nach § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO geändert werden, denn die Tatsache, dass ein Steuerpflichtiger das Wirtschaftsgut, für das er eine steuerliche Rücklage nach § 7g EStG gebildet hat, nicht angeschafft hat, ist keine rechtserhebliche Tatsache für die Auflösung der Rücklage (BFH, Urteil v. 22.3.2016, VIII R 58/13, BStBl 2016 II S. 774). Allerdings führt die falsche Bezeichnung der Korrekturvorschrift in einem Änderungsbescheid regelmäßig nicht zur Rechtswidrigkeit dieses Bescheids.

Der Kläger hat zwischenzeitlich unter dem Az X R 13/18 die vom Finanzgericht zugelassene Revision eingelegt.

### **4. Beschränkung des Schuldzinsenabzugs bei Überentnahmen**

BFH, Urteil v. 14.3.2018, X R 17/16

Der BFH widerspricht damit der Verwaltungsauffassung in dem BMF-Schreiben v. 17.11.2005, BStBl 2005 I S. 1019 (Rz. 11). Danach ist für § 4 Abs. 4a EStG der Verlust stets vorrangig mit Unterentnahmen zu verrechnen. Die BFH-Auffassung stellt demgegenüber sicher, dass ein Verlust in der Totalperiode die Bemessungsgrundlage nicht erhöht und damit der Gefahr vorbeugt, dass ein Verlust ohne jede Entnahme zur teilweisen Versagung des Schuldzinsenabzugs führen kann. Der Verlust des aktuellen Jahres wird nicht anders bewertet als Verluste aus den Vorjahren. In einzelnen Jahren kann das günstiger, in anderen aber auch nachteiliger sein als die Verrechnung des BMF. Da es gleichgültig ist, in welchem Jahr innerhalb der Totalperiode Gewinne oder Verluste erzielt sowie Entnahmen oder Einlagen getätigt wurden, können sich Entnahmen in Gewinnjahren durch spätere Verluste in steuerschädliche Überentnahmen verwandeln. Der BFH verweist dazu auf die freie Entscheidung des Unternehmers, ob er im Vertrauen darauf, dass der erzielte Gewinn nicht zum Ausgleich mit künftigen Verlusten benötigt wird, diesen entnimmt oder aus Vorsichtsgründen stehen lässt.

### **5. Vergessene Kürzung des Investitionsabzugsbetrags: Bilanzänderung nur unter strengen Voraussetzungen möglich**

FG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil v. 21.2.2018, 3 K 329/15

Die Entscheidung des Finanzgerichts orientiert sich an den geltenden gesetzlichen Bestimmungen. Das unbefriedigende Ergebnis beruht deshalb auf der kaum noch zeitgemäßen Bestimmung des § 4 Abs. 2 Satz 2 EStG über Bilanzänderungen. Nachdem den Steuerpflichtigen erlaubt wird, andere Wahlrechte oft bis zur Bestandskraft des Steuerbescheids abweichend auszuüben, sollte diese Möglichkeit angesichts der kaum noch zu überblickenden Komplexität des Steuerrechts auch bei Bilanzierungswahlrechten geschaffen werden. Ob der Bundesfinanzhof berechtigt wäre, ohne Änderung des Gesetzes eine sachgerechte Lösung zu schaffen, ggf. unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten, erscheint fraglich. Für die Steuerpflichtigen ist der Ratschlag zu wiederholen, Bilanzen vor dem Einreichen noch sorgfältiger zu prüfen als die restliche Steuererklärung.

### **6. Wahl der degressiven Gebäude-AfA bindend**

BFH, Urteil v. 29.5.2018, IX R 33/16

Der BFH ergänzt, dass sich kein Argument daraus ergibt, dass derjenige, der in den ersten Jahren die Vorteile der degressiven AfA genossen hat, in späteren Jahren auch die Nachteile in Kauf nehmen muss. Diese Überlegung schließt zwar einen Wechsel von der degressiven AfA nach § 7 Abs. 5 EStG zur linearen AfA nach § 7 Abs. 4 Satz 1 EStG generell aus, würde aber einem Wechsel zur AfA nach der tatsächlichen Nutzungsdauer gemäß § 7 Abs. 4 Satz 2 EStG nicht unbedingt entgegenstehen. Wie der Streitfall zeigt, kann sich bei kürzerer Nutzungsdauer des Gebäudes die Inanspruchnahme der degressiven AfA in den ersten Jahren im Nachhinein als nachteilig darstellen.

Die degressive AfA ist auslaufendes Recht. Für Neubauten (Bauantrag/obligatorischer Vertrag ab 1.1.2006) wird sie nicht mehr gewährt.

## **7. Vermieter kann Schadensersatz auch ohne Fristsetzung verlangen**

BGH, Urteil v. 27.6.2018, XII ZR 79/17

Zu dem gleichen Ergebnis kam im Februar 2018 bereits der 8. Zivilsenat des BGH für die Wohnraummiete. Der für das gewerbliche Mietrecht zuständige 12. Zivilsenat schließt sich dem nun an.

## **8. Keine Filesharing-Störerhaftung für Betreiber von WLAN-Hotspot**

BGH, Urteil v. 26.7.2018, I ZR 64/17

§ 8 Abs. 1 TMG bestimmt nunmehr, dass Diensteanbieter für fremde Informationen, die sie in einem Kommunikationsnetz übermitteln oder zu denen sie den Zugang zur Nutzung vermitteln, nicht verantwortlich sind, sofern sie auf die Übermittlung keinen Einfluss genommen haben. Gem. § 8 Abs. 1 Satz 2 TMG können Diensteanbieter in diesen Fällen wegen der rechtswidrigen Handlung eines Nutzers nicht auf Schadensersatz oder Beseitigung oder Unterlassung in Anspruch genommen werden.

Aufgrund der erst während der Revisionsinstanz eingetretenen Änderung der Rechtslage hatte das OLG die Frage, ob der Klägerin gegenüber dem Beklagten ein solcher Anspruch auf Sperrung von Informationen gemäß § 7 Abs. 4 TMG zustehen könne, nicht geprüft. U. a. zur Prüfung dieser Frage hat der BGH die Sache an das OLG zurückverwiesen.

# GmbH-Gesellschafter/-Geschäftsführer

## **1. Überschussprognose umfasst nur in Ausnahmefällen die Nutzung durch den Rechtsnachfolger**

BFH, Beschluss v. 18.4.2018, I R 2/16

Der BFH hält damit an seiner Rechtsprechung fest, nach der den Entscheidungen, in denen ausnahmsweise in Durchbrechung des Grundsatzes der Individualbesteuerung bei der Prognose auch die Nutzung durch einen (unentgeltlichen) Rechtsnachfolger berücksichtigt wurde, keine allgemeine Bedeutung zukommt. Es handelt sich um eng begrenzte Ausnahmefälle, deren Geltung nicht darüber hinaus ausgedehnt werden kann.

Die Entscheidung ist zu § 15 Abs. 1 AStG in der Fassung bis 2012 ergangen. Nach der Neufassung ab 2013 ist nicht mehr das Einkommen, sondern sind die Einkünfte den Begünstigten zuzurechnen.

Der BFH entschied nicht durch Urteil, sondern nach § 126a FGO durch Beschluss ohne mündliche Verhandlung. Von dieser Möglichkeit kann der BFH Gebrauch machen, wenn er einstimmig die Revision für unbegründet und eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich hält.

## **2. Wie sich der Gewinn zwischen Komplementär-GmbH und Kommanditisten verteilt**

FG Münster, Urteil v. 23.2.2018, 1 K 2201/17 F

Über die Streitfrage wird endgültig erst der BFH im Rahmen der vom Finanzgericht zugelassenen Revision entscheiden (Az beim BFH: IV R 11/18). Dabei ist eher anzunehmen, dass er die Auffassung des Finanzgerichts bestätigen wird. Würde er berücksichtigen, dass die Kommanditisten gleichzeitig Gesellschafter der GmbH sind, läge darin u. E. ein "Durchgriff" durch die GmbH auf deren Gesellschafter, der allgemein als unzulässig angesehen wird. Wenn sichergestellt werden soll, dass die Geschäftsführervergütung der GmbH verbleibt und vorerst nur dort besteuert wird, liegt ein sichererer Weg darin, dass andere Familienmitglieder (insbesondere der Ehegatte) die Stellung als Gesellschafter-Geschäftsführer der GmbH innehaben als diejenigen, die als Kommanditisten an der KG beteiligt sind.