

## **ttp Mandantenbrief . Wir informieren, Sie profitieren.**

**Ausgabe Dezember 2023**

<b>Einkommensteuer</b>	2
. Unterbringung in einer Pflege Wohngemeinschaft als außergewöhnliche Belastung	2
. Anerkennung von Verlusten in der Anlaufphase	3
<b>Lohnsteuer</b>	3
. Ohne arbeitsvertragliche Regelung mindern Garagenkosten den geldwerten Vorteil nicht	3
<b>Gewerbsteuer</b>	4
. Aufwendungen für die Überlassung von Ferienimmobilien	4
<b>Schenkungsteuer</b>	5
. Festgestellter Grundstückswert für früheren Erwerb ist bindend	5
<b>Buchhaltung</b>	5
. Wichtige Grundsätze zur Aufbewahrung und Vernichtung von Geschäftsunterlagen	5
<b>Kassenführung</b>	8
. TSE für EU-Taxameter und Wegstreckenzähler bis Ende 2025 nicht verpflichtend	8
<b>Arbeitsrecht</b>	8
. GmbH-Geschäftsführer mit Arbeitsvertrag? – Kündigungsschutz bei Betriebsübergang	8
<b>Arbeits- und Sozialversicherungsrecht</b>	9
. Status: Selbstständig oder Beschäftigter? – „Poolarzt“ im Notdienst	9
<b>Mietrecht</b>	10
. Beschimpfung des Vermieters in sozialen Netzwerken kann zur fristlosen Kündigung führen	10

## **Einkommensteuer . Unterbringung in einer Pflegewohngemeinschaft als außergewöhnliche Belastung**

Aufwendungen für die krankheits-, pflege- und behinderungsbedingte Unterbringung in einer dem jeweiligen Landesrecht unterliegenden Pflegewohngemeinschaft können steuermindernd als außergewöhnliche Belastung zu berücksichtigen sein. Dies hat der Bundesfinanzhof entschieden.

Dem Urteil vom 10. August 2023 lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Im Streitfall wohnte der schwerbehinderte (Grad der Behinderung 100) und pflegebedürftige (Pflegegrad 4) Steuerpflichtige gemeinsam mit anderen pflegebedürftigen Menschen in einer Pflegewohngemeinschaft, deren Errichtung und Unterhaltung dem Wohn- und Teilhabegesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (WTG NW) unterfiel. Dort wurde er rund um die Uhr von einem ambulanten Pflegedienst und Ergänzungskräften betreut, gepflegt und hauswirtschaftlich versorgt.

Die Aufwendungen für die Unterbringung (Kost und Logis) in der Pflegewohngemeinschaft machte der Steuerpflichtige in seiner Einkommensteuererklärung als außergewöhnliche Belastungen geltend. Das Finanzamt lehnte das allerdings ab, weil diese Aufwendungen nur bei einer vollstationären Heimunterbringung abzugsfähig seien. Das Finanzgericht Köln und der Bundesfinanzhof beurteilten den Sachverhalt jedoch anders.

Der BFH stellte klar, dass Aufwendungen für die krankheits- oder pflegebedingte Unterbringung in einer dafür vorgesehenen Einrichtung grundsätzlich als außergewöhnliche Belastung abzugsfähig sind.

Dies gilt nicht nur für Kosten der Unterbringung in einem Heim iSd. § 1 HeimG, sondern auch für Kosten der Unterbringung in einer Pflegewohngemeinschaft, die dem jeweiligen Landesrecht unterfällt. Ausschlaggebend ist allein, dass die Pflegewohngemeinschaft (ebenso wie das Heim) in erster Linie dem Zweck dient, ältere oder pflegebedürftige Menschen oder Menschen mit Behinderung aufzunehmen und ihnen Wohnraum zu überlassen, in dem die notwendigen Betreuungs-, Pflege- und Versorgungsleistungen erbracht werden.

Die Abzugsfähigkeit der Unterbringungskosten knüpft nicht daran an, dass dem Steuerpflichtigen (wie bei der vollstationären Heimunterbringung) Wohnraum und Betreuungsleistungen „aus einer Hand“ zur Verfügung gestellt werden. Ausreichend ist, wenn er als (Mit-)Bewohner einer Pflegewohngemeinschaft neben der Wohnraumüberlassung von externen (ambulanten) Leistungsanbietern (gemeinschaftlich organisiert) Betreuungs-, Pflege- und Versorgungsleistungen in diesen Räumlichkeiten bezieht.

**Tipp:** Allerdings sind auch krankheits- oder pflegebedingt anfallende Kosten nur insoweit abzugsfähig, als sie zusätzlich zu den Kosten der normalen Lebensführung anfallen. Deshalb waren die tatsächlich angefallenen Unterbringungskosten im Streitfall um eine sogenannte Haushaltersparnis zu kürzen.

## **Einkommensteuer . Anerkennung von Verlusten in der Anlaufphase**

Grundsätzlich werden Verluste während einer Anlaufphase anerkannt, es sei denn, es steht von vornherein fest, dass nachhaltig keine Gewinne erzielt werden können. Die Dauer einer solchen Anlaufphase ist je nach der Eigenart des neu aufgebauten Betriebs festzulegen, wobei ein Zeitraum von weniger als fünf Jahren nur in Ausnahmefällen in Betracht kommt.

Bei dauernden Verlusten ist nicht per se von Liebhaberei auszugehen. Zu prüfen ist, ob Steuerpflichtige Maßnahmen zur Steigerung der Rentabilität des Betriebs ergriffen haben.

Am 13. Juni 2023 hat das Finanzgericht Münster entschieden, dass die erklärten Verluste eines selbständigen Unternehmensberaters mit Einkünften aus selbständiger Tätigkeit innerhalb der Anlaufphase von fünf Jahren im Streitfall anzuerkennen seien, weil der Berater ein belastbares und dem Grunde nach geeignetes Betriebskonzept vorgelegt hat, um zukünftig Gewinne zu erwirtschaften. Zudem konnte er darlegen, dass er Maßnahmen zur Erzielung von Gewinnen ergriffen hat.

Ob Steuerpflichtige mit Gewinnerzielungsabsicht handeln, ist gerade bei Aufnahme einer Tätigkeit nicht immer eindeutig zu erkennen. Gegen die Annahme einer Gewinnerzielungsabsicht spricht das Vorliegen persönlicher Beweggründe zur Fortführung der verlustbringenden Tätigkeit (Steuern sparen) oder wenn Steuerpflichtige eine verlustbringende Tätigkeit aus im Bereich ihrer Lebensführung liegenden persönlichen Neigungen ausüben.

Fehlt es an typischerweise persönlichen Motiven, dann spricht der Beweis des ersten Anscheins für die Annahme einer Gewinnerzielungsabsicht, wenn die Betriebsführung so eingerichtet ist, dass der Betrieb nach seiner Wesensart und der Art seiner Bewirtschaftung auf Dauer dazu geeignet und bestimmt ist, mit Gewinn zu arbeiten.

## **Lohnsteuer . Ohne arbeitsvertragliche Regelung mindern Garagenkosten den geldwerten Vorteil nicht**

Die vom Arbeitnehmer für seine Garage getragene Absetzung für Abnutzung mindert den geldwerten Vorteil aus der Überlassung eines betrieblichen Arbeitgeber-Fahrzeugs zur außerdienstlichen Nutzung nicht. Dies gilt nach einer Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 04. Juli 2023 zumindest dann, wenn keine rechtliche Verpflichtung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber besteht, das Fahrzeug in der Garage unterzustellen.

Das Urteil des BFH macht deutlich: Für eine Vorteilminderung ist es erforderlich, dass Kosten vom Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber „übernommen“ werden, was eine arbeitsvertragliche oder andere arbeits- oder dienstrechtliche Vereinbarung über die Kostentragung erfordert. Der Arbeitgeber muss für eine bestimmte nutzungsabhängige Aufwendung verlangen, dass sie getätigt wird, und der Arbeitnehmer muss sich verpflichten, diese zu tragen.

## Gewerbsteuer . Aufwendungen für die Überlassung von Ferienimmobilien

Der Bundesfinanzhof hat am 17. August 2023 entschieden, dass Aufwendungen, die ein Ferienimmobilienanbieter tätigt, damit ihm die Eigentümer von Ferienimmobilien diese zur Vermietung an Reisende überlassen, als Mieten zu qualifizieren sein können und somit zu einer gewerbesteuerrechtlichen Hinzurechnung zum Gewinn führen.

### Hintergrund

Ausgangsgröße für die Gewerbesteuer ist der Gewerbeertrag. Dies ist der nach den Vorschriften des Einkommen- oder Körperschaftsteuergesetzes ermittelte Gewinn aus dem Gewerbebetrieb. Für gewerbesteuerliche Zwecke sind jedoch Hinzurechnungen und Kürzungen zu berücksichtigen.

So sind dem Gewinn z. B. nach § 8 Nr. 1 Buchst. e GewStG anteilig die Miet- und Pachtzinsen (einschließlich Leasingraten) für die Benutzung der unbeweglichen Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens, die im Eigentum eines anderen stehen, wieder hinzuzurechnen.

Der Bundesfinanzhof musste nun über folgenden Fall entscheiden:

Eine Verwaltungs- und Beteiligungs-Gesellschaft mbH (= Klägerin) war im Streitjahr 2010 zu 100 % an einer Firma (X) beteiligt, die Reisenden Ferienimmobilien über Kataloge, eine Internet-Plattform und über Vermittler, wie z. B. Reisebüros, anbot. Zudem war die Klägerin Organträgerin der X, weshalb ihr das Ergebnis der Organgesellschaft steuerlich zugerechnet wurde.

Mit seinen Reisekunden schloss X in eigenem Namen und für eigene Rechnung Ferienhaus- bzw. Ferienwohnungsverträge zu einem Gesamtpreis ab, in dem der an den jeweiligen Eigentümer der Immobilie zu zahlende Preis und ein Aufschlag (Marge) für X enthalten war.

Das Finanzamt kam nach einer Außenprüfung zu dem Ergebnis, dass es sich bei den von X an die Eigentümer der Objekte gezahlten Entgelten um Mieten gehandelt habe, die dem Gewinn aus Gewerbebetrieb hinzuzurechnen seien. Das Finanzgericht Baden-Württemberg wies die dagegen gerichtete Klage zurück – und zwar zu Recht, wie der Bundesfinanzhof befand.

Für eine Hinzurechnung muss der Nutzungsvertrag seinem wesentlichen rechtlichen Gehalt nach ein Mietverhältnis iSd. bürgerlichen Rechts sein. Dies war im Streitfall gegeben, da die Hauptleistungspflicht der Eigentümer in der Gebrauchsüberlassung der Ferienimmobilien und die Hauptleistungspflicht der X in der Zahlung eines Mietzinses bestand.

Zwar kann ein Ferienimmobilienanbieter auch bloß als Vermittler zwischen den Eigentümern und den Reisenden tätig werden. X war jedoch keine Vermittlerin, da sie eine Vielzahl von Objekten im eigenen Namen anbot, ohne auf den jeweiligen Eigentümer des Ferienobjekts hinzuweisen.

Zudem hatte X gegen die Ferienimmobilienanbieter keine Provisionsansprüche, sondern musste umgekehrt den Eigentümern Entgelte für die Überlassung der Objekte bezahlen.

## **Schenkungsteuer . Festgestellter Grundstückswert für früheren Erwerb ist bindend**

Der Bundesfinanzhof hat am 26. Juli 2023 entschieden, dass ein für Zwecke der Schenkungsteuer gesondert festgestellter Grundbesitzwert für alle Schenkungsteuerbescheide bindend ist, bei denen er in die steuerliche Bemessungsgrundlage einfließt. Das gilt auch für die Berücksichtigung früherer Erwerbe nach § 14 Abs. 1 ErbStG, d. h. bei einer Schenkung, die innerhalb von zehn Jahren nach der ersten Schenkung erfolgt.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Vater (V) hatte seinem Sohn (S) 2012 einen Miteigentumsanteil an einem Grundstück geschenkt. Das Finanzamt hatte den Grundbesitzwert festgestellt und der Besteuerung zugrunde gelegt. Schenkungsteuer fiel aber nicht an, weil der Grundstückswert € 87.392,00 unter dem Freibetrag für Kinder € 400.000,00 lag.

2017 erhielt S von V eine weitere Schenkung in Höhe von € 400.000,00. Da mehrere innerhalb von zehn Jahren von derselben Person anfallende Vermögensvorteile zusammenzurechnen sind (§ 14 Abs. 1 ErbStG), ermittelte das Finanzamt einen Gesamtbetrag für beide Schenkungen und setzte Schenkungsteuer von rund € 10.000,00 fest. Dabei berücksichtigte das Finanzamt den Vorerwerb mit € 87.392,00.

S hingegen meinte, dass der damals festgestellte Wert zu hoch und deshalb nun nach unten zu korrigieren sei. Bei der Schenkung im Jahr 2012 habe er sich nur deshalb nicht gegen den falschen Grundstückswert gewendet, weil die Schenkungsteuer ohnehin mit € 0,00 festgesetzt worden sei. Erfolgreich war er mit dieser Sichtweise bzw. Begründung aber nicht.

Grundstückswerte sind – im Gegensatz zu Werten sonstiger Schenkungsgegenstände (beispielsweise Geld) – für Zwecke der Schenkungsteuer in einem eigenen Verfahren gesondert festzustellen.

Der festgestellte Wert entfaltet Bindungswirkung für alle Schenkungsteuerbescheide, bei denen er in die Bemessungsgrundlage einfließt. Das gilt auch für die Berücksichtigung eines früheren Erwerbs nach § 14 Abs. 1 ErbStG.

**Tipp:** Hält der Steuerpflichtige den festgestellten Grundstückswert für zu hoch, muss er sich sogleich gegen diese Feststellung wenden. Macht er dies nicht und wird der Bescheid über den festgestellten Wert bestandskräftig, dann kann der Steuerpflichtige die Unrichtigkeit bei den nachfolgenden Schenkungsteuerfestsetzungen nicht mehr mit Erfolg geltend machen.

## **Buchhaltung . Wichtige Grundsätze zur Aufbewahrung und Vernichtung von Geschäftsunterlagen**

Insbesondere rund um den Jahreswechsel stellt sich regelmäßig die Frage, welche Geschäftsunterlagen vernichtet werden können und welche weiterhin aufzubewahren sind. Grund genug, sich mit dem Thema der Archivierung näher zu beschäftigen.

## Gesetzliche Grundlagen und generelle Aufbewahrungsfristen

Die Aufbewahrungspflichten sind Bestandteil der handelsrechtlichen und steuerlichen Aufzeichnungs- und Buchführungspflichten. Folglich ist derjenige, der nach Steuer- oder Handelsrecht zum Führen von Büchern verpflichtet ist, auch aufbewahrungspflichtig.

Für Privatbelege besteht grundsätzlich keine Aufbewahrungspflicht. Sie werden aber bei der Einkommensteuerveranlagung im Rahmen der Mitwirkungspflicht benötigt. Zudem sind im Privatbereich zwei Besonderheiten zu beachten:

- Zweijährige Aufbewahrungsfrist für Rechnungen im Zusammenhang mit einem Grundstück (§ 14b Abs. 1 S. 5 UStG) sowie
- besondere Aufbewahrungspflichten für Steuerpflichtige, bei denen die Summe der positiven Einkünfte nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 bis 7 EStG (Überschusseinkünfte) mehr als € 500.000,00 im Kalenderjahr beträgt (§ 147a AO).

Erfreulich ist, dass sich die handels- und die steuerrechtlichen Aufbewahrungspflichten weitestgehend entsprechen. Die folgende Aufzählung zeigt die Aufbewahrungsfristen für wichtige Geschäftsunterlagen:

- Zehn Jahre lang müssen Unternehmen beispielsweise Inventare, Jahresabschlüsse, Lageberichte, Eröffnungsbilanzen und Buchungsbelege aufbewahren. Gleiches gilt für alle Arbeitsanweisungen und Organisationsunterlagen, die diese Belege verständlich machen und erläutern.
- Sechs Jahre lang müssen z. B. Handels- und Geschäftsbriefe sowie Unterlagen, die für die Besteuerung wichtig sind (z. B. Ein- und Ausfuhrlieferunterlagen, Stundenlohnzettel), aufgehoben werden.

## Fristbeginn und mögliche Fristverlängerungen

Die Aufbewahrungsfrist für ein Geschäftsjahr beginnt erst mit dem Schluss des Kalenderjahrs, in dem die letzten Unterlagen entstanden sind oder die letzten Aufzeichnungen (insbesondere Buchungen) vorgenommen wurden (§ 257 Abs. 5 HGB bzw. § 147 Abs. 4 AO).

### Beispiel

Eine GmbH hat den Jahresabschluss für 2012 im Mai 2013 aufgestellt und dem Finanzamt übermittelt.

Die Aufbewahrungsfrist läuft ab dem 31. Dezember 2013. Beträgt die Aufbewahrungsdauer zehn Jahre, endet die Aufbewahrungsfrist somit am 31. Dezember 2023. Ab Januar 2024 können die entsprechenden Unterlagen also grundsätzlich vernichtet werden.

Aber nicht nur bei der Bestimmung des Fristbeginns ist Sorgfalt geboten, sondern auch am Fristende müssen mögliche Verlängerungen im Auge behalten werden. So können vor allem folgende Sachverhalte zu einer Verlängerung der Aufbewahrungsfrist bzw. zur Verschiebung der Aktenvernichtung führen:

- noch nicht abgeschlossene Außenprüfungen,
- noch nicht abgelaufene Festsetzungsfristen,
- anhängige steuerstraf- oder bußgeldrechtliche Verfahren,
- Vorläufigkeit von Steuerfestsetzungen gemäß § 165 AO oder
- laufende Anträge an das Finanzamt.

Für die zu erwartenden Aufwendungen für die Aufbewahrung von Geschäftsunterlagen ist sowohl handels- als auch steuerrechtlich eine Rückstellung für ungewisse Verbindlichkeiten zu bilden, da hierfür eine öffentlich-rechtliche Aufbewahrungspflicht besteht. Die Grundsätze zur Ermittlung der Rückstellung hat die Oberfinanzdirektion Niedersachsen 2015 umfangreich dargelegt.

### **Verletzung der Aufbewahrungspflichten**

Wie bei der Verletzung von Aufzeichnungspflichten ist das Finanzamt auch bei der Verletzung der Aufbewahrungsfristen grundsätzlich zur Schätzung nach § 162 AO berechtigt. Ausnahmen gelten nur für höhere Gewalt wie Feuer, Hochwasser etc.

Das Handelsrecht schreibt keinen bestimmten Ort für die Aufbewahrung der Geschäftsunterlagen vor. Bei der Führung der Handelsbücher und der sonst erforderlichen Aufzeichnungen auf Datenträgern muss jedoch insbesondere sichergestellt sein, dass die Daten während der Dauer der Aufbewahrungsfrist verfügbar sind und jederzeit innerhalb angemessener Frist lesbar gemacht werden können (§ 239 Abs. 4 HGB).

Das Steuerrecht verlangt die Aufbewahrung der Unterlagen grundsätzlich in Deutschland (§ 146 Abs. 2 AO). Die möglichen Ausnahmen für eine Aufbewahrung im Ausland sind in § 146 Abs. 2a und Abs. 2b AO geregelt.

Sollen Unterlagen elektronisch aufbewahrt werden, sind die Grundsätze zur ordnungsmäßigen Führung und Aufbewahrung von Büchern, Aufzeichnungen und Unterlagen in elektronischer Form sowie zum Datenzugriff (GoBD) zu beachten. Die GoBD sind in einem Schreiben des Bundesfinanzministeriums aus 2019 aufgeführt.

**Tipp:** Rechnungen und Kassenzettel auf Thermopapier haben den Nachteil, dass die Schrift schnell verblasst und dann häufig nicht mehr lesbar ist. Thermobelege sollten daher zeitnah kopiert und systematisch abgeheftet werden.

## **Kassenführung . TSE für EU-Taxameter und Wegstreckenzähler bis Ende 2025 nicht verpflichtend**

Durch Artikel 2 der Verordnung zur Änderung der Kassensicherungsverordnung vom 30. Juli 2021 wurde der Anwendungsbereich des § 1 Kassensicherungsverordnung auf EU-Taxameter und Wegstreckenzähler ausgeweitet. Damit sind diese elektronischen Aufzeichnungssysteme sowie die damit zu führenden digitalen Aufzeichnungen ab 2024 durch eine TSE zu schützen.

Eigentlich müssen EU-Taxameter und Wegstreckenzähler damit ab 2024 über eine zertifizierte technische Sicherheitseinrichtung (TSE) verfügen. Doch nun gibt es eine Nichtbeanstandungsregelung, die betroffene Unternehmer freuen dürfte.

Nach dem Schreiben des Bundesfinanzministeriums vom 13. Oktober 2023 sind die technisch notwendigen Anpassungen und Aufrüstungen umgehend durchzuführen und die rechtlichen Voraussetzungen unverzüglich zu erfüllen. Es wird aber nicht beanstandet, wenn diese Aufzeichnungssysteme längstens bis zum 31. Dezember 2025 noch nicht über eine TSE verfügen.

Bereits mit Schreiben vom 30. August 2023 hat das Bundesfinanzministerium eine Vereinfachung geschaffen: Danach können die Kosten für die nachträgliche erstmalige Ausrüstung bestehender EU-Taxameter oder Wegstreckenzähler mit einer TSE und die Kosten für die erstmalige Implementierung der einheitlichen digitalen Schnittstelle eines bestehenden elektronischen Aufzeichnungssystems in voller Höhe sofort als Betriebsausgaben abgezogen werden.

## **Arbeitsrecht . GmbH-Geschäftsführer mit Arbeitsvertrag? – Kündigungsschutz bei Betriebsübergang**

BAG, Urteil vom 20.07.2023, Az. 6 AZR 228/22

Das Bundesarbeitsgericht hat entschieden, dass ein Geschäftsführer einer GmbH, der keinen Dienst- sondern einen Arbeitsvertrag hat, im Falle eines Betriebsübergangs dem Kündigungsschutz unterfällt.

Der Kläger war kaufmännischer Angestellter und nach ca. 13 Jahren zum Geschäftsführer einer GmbH – einem Dienstleister in der Logistikbranche – bestellt worden. Ein entsprechender Vertrag zwischen ihm und der Gesellschaft wurde nicht geschlossen. Im Jahr 2019 ging die GmbH pleite, über ihr Vermögen wurde ein Insolvenzverfahren eröffnet. Ein anderes Unternehmen des Konzerns führte die Geschäfte fort, übernahm die wesentlichen Betriebsmittel – etwa die angemieteten Lagerräume – und kaufte auch sonst diverse Vermögenswerte. Kurz vor der Schlüsselübergabe kündigte der Insolvenzverwalter dem Kläger betriebsbedingt. Dieser legte am Tag nach der ausgebrachten Kündigung sein Amt als Geschäftsführer nieder.

Der Kläger wollte erreichen, dass sein Arbeitsverhältnis bei dem neuen Betriebsinhaber fortgeführt wird und klagte auf dessen Fortbestand. Denn nach seiner Ansicht sei er im Zuge des Betriebsübergangs bei dem Erwerber „gelandet“. Die gegen ihn ausgesprochene betriebsbedingte Kündigung sei sozial ungerechtfertigt, denn der neue Inhaber dürfe Arbeitnehmer nach einem Wechsel des Eigentümers gemäß § 613a Abs. 4 BGB nicht entlassen. Dem stehe aus seiner Sicht auch nicht entgegen, dass das Kündigungsschutzgesetz nicht für leitende Angestellte gelte, da er schließlich wegen Aufgabe der Organstellung kein Geschäftsführer mehr sei.

Die Klage hatte zunächst keinen Erfolg. Erst vor dem Bundesarbeitsgericht bekam der Kläger Recht. Das BAG hob das vorinstanzliche Urteil auf und verwies die Sache zur erneuten Entscheidung zurück.

Denn, so die Bundesrichter, gelte auch entgegen dem Urteil der Vorinstanz für den geschassten Beschäftigten der im BGB niedergelegte Schutz bei einem Betriebsübergang. Das LAG hatte diesen nach Sinn und Zweck der Vorschrift ausgeschlossen, weil er eine Organstellung besessen habe – auch wenn er einen Arbeits- und keinen Dienstvertrag gehabt habe. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 613a Abs. 4 BGB gelte dieser für Arbeitsverhältnisse und erstrecke sich damit auf alle Arbeitnehmer. Das gelte auch für das dort gesetzlich festgelegte Kündigungsverbot.

Für das BAG waren auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Anwendung des § 613a BGB auf GmbH-Geschäftsführer, die ihre Geschäftsführertätigkeit auf der Grundlage eines Arbeitsvertrags ausüben, zu zweckwidrigen Ergebnissen führen würde. Denn hinsichtlich der Rechtsverhältnisse von GmbH-Geschäftsführern sei strikt zwischen der Bestellung zum Organ der Gesellschaft und dem zugrunde liegenden Anstellungsverhältnis zu unterscheiden. Durch die Bestellung als solche werde keine schuldrechtliche Beziehung zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer begründet. Deshalb gehe die Organstellung – im Gegensatz zum Arbeitsverhältnis – nicht auf den Übernehmer des Betriebs über.

Gleichwohl konnte das BAG nicht entscheiden, sondern musste die Sache zurückverweisen. Denn die Vorinstanz habe nunmehr zu prüfen, ob überhaupt ein Betriebsübergang vorgelegen habe, der den Bereich des § 613a BGB überhaupt erst eröffne.

## **Arbeits- und Sozialversicherungsrecht . Status: Selbstständig oder Beschäftigter? – „Poolarzt“ im Notdienst**

BSG, Urteil vom 24.10.2023, Az. B 12 R 9/21 R

Das Bundessozialgericht hat entschieden, dass ein Zahnarzt, der als sogenannter „Poolarzt“ im Notdienst tätig ist, nicht automatisch als Selbständiger im sozialversicherungsrechtlichen Sinne anzusehen ist. Dabei sei es unerheblich, ob der Arzt an der vertragszahnärztlichen Versorgung teilnehme.

Geklagt hatte ein Zahnarzt, der 2017 seine Praxis verkauft hatte und nicht mehr zur vertragszahnärztlichen Versorgung zugelassen war. Er übernahm seit dem Praxisverkauf in den Folgejahren jedoch immer wieder Notdienste, die überwiegend am Wochenende stattfanden. Diese wurden von der Kassenzahnärztlichen Vereinigung über ein „Notdienstzentrum“ organisiert. Er bekam ein festes Stundenhonorar für seine Notdienste.

Von der Rentenversicherung wurde ein Statusfeststellungsverfahren eingeleitet, um zu ermitteln, ob es sich bei den Notdiensten um eine selbstständige oder sozialversicherungspflichtige Tätigkeit handele. Das Ergebnis fiel zu Gunsten der sozialversicherungspflichtigen Tätigkeit aus. Hiergegen erhob der Zahnarzt Klage.

Das Sozialgericht und das Landessozialgericht sahen den Kläger wegen seiner Teilnahme am vertragszahnärztlichen Notdienst als „selbstständig“ tätig an. Die Sache musste in der Revision entschieden werden.

Die Bundesrichter entschieden jedoch, dass allein die Teilnahme am vertragszahnärztlichen Notdienst nicht automatisch zur Annahme einer selbstständigen Tätigkeit zwingt. Vielmehr sei auch dann eine Gesamtabwägung der konkreten Umstände vorzunehmen. Wegen der Eingliederung des Arztes in die Betriebsabläufe im Notdienstzentrum sei er sozialversicherungspflichtig beschäftigt gewesen. Hierfür sprächen nach dem Urteil der Bundesrichter zudem die stundenweise Bezahlung sowie die fehlende Abrechnungsbefugnis.

## **Mietrecht . Beschimpfung des Vermieters in sozialen Netzwerken kann zur fristlosen Kündigung führen**

LG Frankenthal, Urteil vom 26.09.2023, 6 O 75/23

Das Landgericht Frankenthal hat die fristlose Kündigung eines Gastwirtes wegen Beschimpfungen und animierten Kothaufen-Emojis auf sozialen Netzwerkseiten des Vermieters für zulässig erachtet.

Der Beklagte hatte von einem Verein eine Gaststätte gepachtet. Es kam zu Unstimmigkeiten zwischen einigen Vereinsmitgliedern. Der Streit eskalierte dann in den sozialen Netzwerken. Dort wünschte der beklagte Pächter in einer Nachricht einem der Vereinsvorsitzenden ein „Scheiß-Weihnachten und Neujahr“ zudem „viel Krankheit“. Seine Wünsche hob er durch zwei animierte Kothaufen-Emojis hervor. Das war für den vermietenden Verein zu viel des Guten bzw. Schlechten und kündigte den Pachtvertrag fristlos. Weil der Pächter dies nicht akzeptieren wollte, verklagte ihn der Verein auf Räumung.

Das Gericht befand die Kündigung für rechtmäßig und verurteilte den Gastwirt zur Räumung. Nach Dem Urteil der Richter könne dem Verein als Vermieter nach den Beleidigungen und Beschimpfungen die Fortsetzung des Pachtverhältnisses nicht länger zugemutet werden. Weder längere Streitigkeiten mit dem Vorstand des Vereins noch Auseinandersetzungen über die Pflicht, das Tor zum Vereinsgelände zu verschließen, rechtfertigten das Versenden von Beschimpfungen und Kothaufen-Emojis, so die Richter.

Das Gericht hielt eine vorherige Abmahnung des Pächters für entbehrlich, da ein überragendes Interesse des Vereins vorliege, dass seine Vorstandsmitglieder und Trainer nicht weiter beleidigt und beschimpft werden würden.

Ob die Entscheidung rechtskräftig ist, ist diesseits nicht bekannt.

---

### **Impressum:**

ttp AG Steuerberatungsgesellschaft, Rathausplatz 15, 24937 Flensburg

Vorstand: Michael E. Heil (Sprecher), Frank Hansen, Hajo Schmidt, Carsten Theilen, Thomas Bertram, Dr. Christian Huschke

Aufsichtsrat: Wolfgang Schoofs, Sitz der Gesellschaft: Flensburg, Amtsgericht Flensburg, HRB 2981 FL

ttp GmbH Rechtsanwaltskanzlei, Rathausplatz 15, 24937 Flensburg

Geschäftsführer: Carsten Theilen, Thomas Bertram, Hendrik Söhler von Barga, Sitz der Gesellschaft: Flensburg, Amtsgericht Flensburg, HRB 6224 FL

[www.ttp.de](http://www.ttp.de)