

früheren Entscheidung eine Berücksichtigung der Arbeitnehmer bei allen am gemeinsamen Betrieb beteiligten Rechtsträgern bejaht,<sup>15</sup> dies jedoch in seiner Folgerechtsprechung ausdrücklich offen gelassen.<sup>16</sup> Gegen die Berücksichtigung der Arbeitnehmer des jeweils anderen Rechtsträgers bei einem gemeinsamen Betrieb wird von einzelnen Gerichten und einzelnen Autoren in der Literatur zu Recht angeführt, dass die mit einer Einbeziehung verbundene mehrfache Berücksichtigung der Arbeitnehmer bei dem mitbestimmungsrechtlichen Status aller am Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Rechtsträger nicht mit dem Zweck der Unternehmensmitbestimmung vereinbar sei.<sup>17</sup> Vor allem lässt die den Gemeinschaftsbetrieb im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn prägende einheitliche Leitungsmacht in den personellen und den sozialen Angelegenheiten die unternehmerische Leitungsmacht der einzelnen Trägerunternehmen unberührt.<sup>18</sup> Beschäftigt ein Schwellenunternehmen Arbeitnehmer in einem Gemeinschaftsbetrieb, sind für die Ermittlung der Mitarbeiterzahl gem. § 1 I DrittelbG nur diese Arbeitnehmer heranzuziehen, nicht aber Arbeitnehmer in einem Arbeitsverhältnis mit einem anderen an dem Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Trägerunternehmen.

## V. Zusammenfassung

1. Der Pflicht zur Einreichung eines Berichts des Aufsichtsrats nach § 325 I HGB unterliegen nur Gesellschaften mit be-

schränkter Haftung, bei denen tatsächlich ein Aufsichtsrat errichtet ist.

2. Eine rechtliche Ungewissheit über den rechtskonforme Status der Gesellschaft hat keinen Einfluss auf die Publizitätspflicht nach § 325 HGB. Die Frage einer etwa zwingenden Errichtung eines Aufsichtsrats in der GmbH ist ausschließlich in dem gesellschaftsrechtlichen Statusverfahren nach Maßgabe der § 27 EGAktG iVm §§ 97 ff. AktG zu klären. In der Statusverfahren sind für die Ermittlung der Mitarbeiterzahl gem. § 1 I Nr. 1 DrittelbG in Bezug auf die GmbH (allein Arbeitnehmer iSd § 5 I BetrVG zu berücksichtigen, die mit der GmbH in einem Arbeitsverhältnis stehen und im Inland beschäftigt sind.

3. Betroffene Unternehmen sollten in noch laufenden Ordnungsgeldverfahren mit dem Bundesamt für Justiz in Bezug auf die Unterlassung der Einreichung des Berichts eines tatsächlich nicht bestehenden Aufsichtsrats auf eine Aufhebung der Ordnungsgeldbescheide hinwirken.

- 15 BAG, Beschl. v. 1.12.1961 – 1 ABR 15/60, AP Nr. 1 zu § 77 BetrVG.  
 16 S. zuletzt etwa BAG, Beschl. v. 14.8.2013 – 7 ABR 46/11, BeckR 2013, 73496.  
 17 LG Bremen, Beschl. v. 21.4.2005 – 7 AR 51/04, BeckRS 2010, 17811 aus der Literatur nur *Hohenstatt/Schramm*, NZA 2010, 846 (848).  
 18 S. auch *Hohenstatt/Schramm*, NZA 2010, 846 (848).

Rechtsanwalt Konstantin Weber\*

# Vorsteueraufteilung bei gemischt genutzten Gebäuden

Zur EuGH-Vorlage des BFH vom 5.6.2014

## I. Einleitung

Seit dem 1.1.2004 regelt § 15 IV 3 UStG grundsätzlich einen Vorrang des Flächenschlüssels vor dem Umsatzschlüssel. Der *EuGH* hat in der Rechtssache „BLC Baumarkt“<sup>1</sup> hierzu klargestellt, dass Deutschland die Vorsteueraufteilung bei gemischt genutzten Gebäuden zwar grundsätzlich nach dem Flächenverhältnis vorschreiben könne. Voraussetzung sei jedoch, dass das Flächenverhältnis eine präzisere Bestimmung gewährleistet als die in der Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie (MwStSystRL) vorgesehene Umsatzmethode. Die Feststellung, ob eine solche präzisere Bestimmung durch einen Flächenschlüssel gewährleistet sei, hat der *EuGH* wiederum dem *BFH* überlassen, der dies mit seinem Urteil vom 22.8.2013<sup>2</sup> für den Vorlagefall weitgehend bejahte.

Im Kern geht es beim Vorlagebeschluss um die verschiedenen Auffassungen verschiedener Senate des *BFH* (*XI. Senat* und *V. Senat*) in Bezug auf die *erste Vorlagefrage* und um eine Antwort auf folgende Frage: Müssen die Vorsteuern auf Eingangsleistungen bei gemischt genutzten Gebäuden, die die Anschaffung oder Herstellung des Gebäudes betreffen, in erster Linie den Ausgangsumsätzen entsprechend den einzelnen Gebäudeteilen ohne Aufteilung der Vorsteuer nach dem Umsatz- oder Flächenschlüssel zugeordnet werden?

## II. Rechtliche Würdigung

Die Vorlage des *BFH* an den *EuGH* ist insgesamt zu begrüßen. Denn nun positioniert sich der *XI. Senat* des *BFH* in der Frage des Vorsteuerabzugs bei gemischt genutzten Gebäuden, indem er den *EuGH* anruft.

Anders als der *V. Senat* möchte sich der *XI. Senat* von einer Aufteilung der Vorsteuer nach dem Umsatz- bzw. Flächen-schlüssel verabschieden. Er tendiert eher zu einer möglichen weitgehenden Zuordnung der Vorsteuern zu den einzelnen Gebäudeteilen.

Nach der Auffassung des *XI. Senats* soll die Vorsteuer auf den Herstellungs- oder Anschaffungskosten möglichst der einzelnen Gebäudeteilen zugeordnet werden. Danach ist die Vorsteuer dann abziehbar, soweit sie auf den umsatzsteuerpflichtig vermieteten Gebäudeteil entfällt. Die Vorsteuer ist nach § 15 II UStG nicht abziehbar, soweit sie hingegen der umsatzsteuerfrei vermieteten Gebäudeteilen zuzuordnen ist. Eine Vorsteueraufteilung scheidet insoweit also aus. Zi einer Vorsteueraufteilung kommt es dagegen nur hinsichtlich derjenigen Vorsteuern, die auf gemischt genutzte Flächen entfallen, zB auf das Dach, das Treppenhaus, der Heizungskeller, die Außenanlagen oder den Fernwärmeanschluss.

Nach der Auffassung des *V. Senats*<sup>3</sup> werden hingegen alle Vorsteuern aus der Herstellung bzw. Anschaffung aufgeteilt weil der *V. Senat* eine Zuordnung zu den einzelnen Gebäudeteilen ablehnt. Nach dem Flächenschlüssel richtet sich dann die Aufteilung. Eine Aufteilung kann jedoch auch nach den

\* Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht in Baden Baden. Er gibt ausschließlich seine persönliche Auffassung wieder. Der Beitrag ist zugleich eine Besprechung von *BFH*, Vorlagebeschl. v. 5.6.2014 – XI R 31/09, NZG 2014, 1029.

1 *EuGH*, Urt. v. 8.11.2012 – C-511/10, BeckRS 2012, 82381.

2 *BFHE* 243, 8 = BeckRS 2013, 96651.

3 *BFH*, Urt. v. 7.5.2014 – VR 1/10, BeckRS 2014, 95194.

objektbezogenen Umsatzschlüssel erfolgen, wenn die Ausstattung der umsatzsteuerpflichtig vermieteten Räume (zB Gewerberäume) erheblich von der Ausstattung der umsatzsteuerfrei vermieteten Räume (zB Wohnungen) abweicht. Für den Unternehmer ist grundsätzlich dieser objektbezogene Umsatzschlüssel günstiger.

Der Auffassung des XI. Senats ist insoweit zuzustimmen, dass die direkte Zuordnungsmethode zu den einzelnen Gebäudeteilen sicherlich zu den zutreffendsten Ergebnissen führen würde. Allerdings ist die direkte Zuordnungsmethode mit den praktischen Problemen verbunden, wie zB mit erheblichem Mehraufwand bei den Zuordnungen selbst zu den einzelnen Gebäudeteilen.

Was die zweite und dritte Vorlagefrage des BFH angeht, ist hervorzuheben, da § 15 IV 3 UStG erst seit dem 1.1.2004 gilt, dass der Berichtigungszeitraum auf Grund der Berichtig-

ung von maximal zehn Jahren nur für Zeiträume bis einschließlich 2013 von Bedeutung ist.

### III. Praktische Folgen

Die derzeitige Rechtslage ist für Unternehmer kaum noch durchschaubar, weil sich zwei Senate des BFH nicht einig sind und nun auch noch eine weitere EuGH-Entscheidung bevorsteht, die wohl nicht vor Ende des Jahres 2015 zu erwarten ist. Auch ist das Endergebnis der Rechtsprechung auf Grund unterschiedlicher Rechtsauffassungen der BFH-Senate kaum vorhersehbar. Ebenfalls sind Auswirkungen dieses Rechtsstreits über § 9 b EStG auf das Einkommensteuerrecht nicht zu vernachlässigen. Es bleibt daher zu hoffen, dass die Vorlage des BFH an den EuGH zur Klärung der o. g. Streitfragen und zur Überwindung von möglichen Diskrepanzen in den Rechtsauffassungen des V. und XI. Senats führen wird, die sich bereits im Vorlagebeschluss angedeutet haben. ■

## Rechtsprechung

### Personengesellschaftsrecht

#### 1 Vollstreckung des außerordentlichen Informationsanspruchs des Kommanditisten in der Insolvenz

HGB § 166

1. Wird im laufenden Zwangsvollstreckungsverfahren zur Durchsetzung des außerordentlichen Informationsrechts des Kommanditisten gem. § 375 Nr. 1 FamFG iVm § 166 III HGB das Insolvenzverfahren über das Vermögen der auskunftspflichtigen KG eröffnet, hat dies nicht die Unterbrechung des Zwangsvollstreckungsverfahrens zur Folge.

2. Der außerordentliche Informationsanspruch des Kommanditisten gem. § 166 III HGB richtet sich nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der KG gegen den Insolvenzverwalter.

3. Die Festsetzung eines Zwangsgeldes gegen den bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens für die KG auskunftspflichtigen Komplementär zur Durchsetzung des vorgenannten Informationsanspruchs ist während des Insolvenzverfahrens ausgeschlossen.

KG, Beschl. v. 25.7.2014 – 12 W 81/13

**Zum Sachverhalt:** Der Bet. zu 2 ist Komplementär, der Bet. zu 3 Kommanditist der Bet. zu 1.

Das LG Berlin (Urt. v. 5.9.2012 – 100 O 56/12) hatte auf Antrag des Bet. zu 3 im einstweiligen Verfügungsverfahren dem Bet. zu 2 bis zur Entscheidung über die Hauptsache die Befugnis entzogen, die Geschäfte der Bet. zu 1 allein zu führen und ferner angeordnet, dass die Geschäfte der Bet. zu 1 bis zur Entscheidung in der Hauptsache nur noch von den Gesellschaftern gemeinsam geführt werden dürften.

Mit Beschluss vom 12.9.2012 ordnete das AG Charlottenburg auf Antrag des Bet. zu 3 vom 14.5.2012 an, dass die Bet. zu 1 bei Vermeidung eines vom Gericht gegen den Bet. zu 2 festzusetzenden Zwangs-

geldes gem. § 166 III HGB dem Bet. zu 3 unter anderem Summen- und Saldenlisten für die Jahre 2007 bis 2011 sowie einen Nachweis über die Geschäfte, die zu den Einkünften aus gewerblicher Tätigkeit in den Jahren 2007 bis 2011 geführt haben, welche von der Bet. zu 1 in den Feststellungserklärungen für die Gesellschaft erklärt wurden, vorzulegen.

Da die Bet. zu 1 die vom Bet. zu 3 begehrten Unterlagen nach seinen Angaben nicht vorlegte, beantragte er mit Schriftsatz vom 29.10.2012 unter anderem die Festsetzung von Zwangshaft gegen den Bet. zu 2. Nach Anhörung der weiteren Bet. setzte das AG Charlottenburg (Beschl. v. 16.11.2012 – 90 HRA 26081 B) zur Durchsetzung der mit Beschluss vom 12.9.2012 angeordneten Informationsverpflichtung ein Zwangsgeld iHv 7000 Euro gegen den Bet. zu 2 fest und erlegte ihm zugleich die Kosten auf.

Gegen diesen Beschluss hat der Bet. zu 2 Beschwerde eingelegt. Das AG Charlottenburg hat der Beschwerde nicht abgeholfen. Die sofortige Beschwerde hatte Erfolg.

**Aus den Gründen:** [8] B.I. Fraglich ist hier bereits, nach welchen Vorschriften sich die Anfechtung des Zwangsgeldbeschlusses vom 12.9.2012 richtet.

[9] 1. Nach dem Willen des Gesetzgebers findet § 35 FamFG nur Anwendung auf Anordnungen, die so genannten „verfahrensleitenden Charakter“ haben (BT-Drs. 16/6308, 192), während die Vollstreckung verfahrensabschließender Entscheidungen in den §§ 86–96 a FamFG geregelt ist (OLG Zweibrücken, Beschl. v. 16.3.2010 – 6 WF 55/10, BeckRS 2010, 19981; Zimmermann in Keidel, FamFG, 18. Aufl. 2014, § 35 Rn. 3; Feskorn in Zöller, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 35 FamFG Rn. 1).

[10] Hier geht es um die Durchsetzung des außerordentlichen Informationsrechts des Kommanditisten gem. § 166 III HGB (vgl. dazu Karsten Schmidt, Informationsrechte in Gesellschaften und Verbänden, 1984, S. 72). Ob die Erzwingung der Vorlage von Büchern, Papieren, Bilanzen und sonstigen Aufklärungen vom Gericht im Wege der Vollstreckung gem. § 35 FamFG durchzusetzen ist (so: Bahrenfuss/Steup, FamFG, 2. Aufl. 2013, § 375 Rn. 6; Schulte-Bunert/Weinreich/Nedden-Boeger, FamFG, 4. Aufl. 2014, § 375 Rn. 24; Krafska/Kühn, RegisterR, 9. Aufl. 2013, Rn. 2399) oder aber der Vollstreckung gem. § 95 FamFG unterliegt (so: OLG München, NZG 2014, 140 Ls. = BeckRS 2010, 20347; Bumiller/Harders, FamFG, 10. Aufl. 2011, § 375 Rn. 10; MüKo-FamFG/Krafska, 2. Aufl. 2013, § 375 Rn. 10; Bork/Jacoby/Schwab/Müthler, FamFG, 2. Aufl. 2014, § 375 Rn. 7; Baumbach/Hopt/Roth, HGB,