

Mandanteninformationen des Monats Juni 2007

Der Ihnen nun vorliegende Brief möchte Sie über wesentliche, vollzogene oder geplante Änderungen im Steuer- und Wirtschaftsrecht der letzten Monate informieren und Ihnen Anlass bieten, auch bestehende Sachverhalte zu überprüfen.

Bitte lesen Sie im Einzelnen:

Privatbereich

1. Zur Bedeutung des „grünen Flughafenausgangs“
2. Rentenversicherungspflicht bei Nebentätigkeiten von Richtern und Beamten
3. Fahrverbot für betrunkenen Radfahrer
4. Zurückweisung der Anträge auf Aufhebung und Änderung der Grundsteuer
5. Fit statt fett
6. Werbungskostenabzug auch bei Steuerhinterziehung
7. Doppelte Haushaltsführung bei nichtehelicher Lebensgemeinschaft
8. Fortbestand eines befristeten Nutzungsrechts
9. Arbeitnehmeranteile zur Gesamtsozialversicherung als Arbeitslohn
10. Schenkungsteuerpflicht der an Sportvereine geleisteten Zuwendungen
11. Finanzministerium: Kürzung Pendlerpauschale ab 2007 nicht verfassungswidrig
12. Nachschusspflicht bei Publikumsgesellschaft
13. Erbschaftsteuer wird wegen Verfassungsgerichtsurteil nur noch vorläufig festgesetzt

Unternehmer und Freiberufler

1. Bundestag verabschiedet Unternehmensteuerreform
2. Anwendbarkeit des AGG auf Kündigungen
3. Arbeitspflicht im Annahmeverzug auch hinsichtlich nicht geschuldeter Leistungen
4. Neue Kriterien bei der Abgrenzung von arbeitsvertraglichen Verweisen auf Tarifverträgen
5. Umsetzung eines Beamten zur Befriedung der Arbeitsatmosphäre zulässig
6. Arbeitsförderungs-Initiative „50Plus“ in Kraft
7. Spekulationsfrist beginnt erst bei Eintragung der Verschmelzung
8. Gewerblichkeit: Risiko für selbstständige Berater
9. Neu in eine Gemeinschaftspraxis eintretende Vertragsärzte dürfen drei Jahre lang von den Mitgesellschaftern „überprüft“ werden
10. Vermögensverwaltende Personengesellschaft durch ausländische Kapitalgesellschaft gewerblich prägbar
11. Jahressonderzahlungen auch für befristet Beschäftigte
12. Bundesländer wollen Gerichtsvollzieherwesen privatisieren
13. Erklärungen einer Bank zur Sicherheit eines Schecks sind regelmäßig nur Auskunft, keine Garantie

14. Passiver Ausgleichsposten ist bei Veräußerung der Organbeteiligung erfolgsneutral aufzulösen

GmbH-Gesellschafter/-Geschäftsführer

1. In keinem Fall soziale Rechtfertigung bei Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers erforderlich
2. Insolvenz(reife) der GmbH: Haftung des Geschäftsführers für Sozialversicherungsbeiträge oder für Kapitalerhalt?
3. Porto, durchlaufender Posten oder Entgelt?
4. Korrektur des Vorsteuerabzugs
5. Kiesvorkommen darf nicht abgeschrieben werden
6. Negativbeweis bei Falschberatung eines Steuerberaters
7. Dritte können die Eintragung einer GmbH ins Handelsregister bei mangelnder Unterscheidbarkeit der Firma verhindern
8. Teilzeitkräfte haben einklagbaren Anspruch auf Vollzeitstelle

Privatbereich

1. Zur Bedeutung des „grünen Flughafenausgangs“

Einführung

Wenn an einer Zollstelle, z. B. am Flughafen, getrennte Kontrollausgänge vorhanden sind, gilt die Benutzung des grünen Ausgangs „anmeldefreie Waren“ als Willenserklärung hinsichtlich der Zollanmeldung. Es war streitig, ob Personen, die den „grünen Ausgang“ in der Annahme benutzen, die von ihnen erwarteten zollrechtlichen Erklärungen bei oder sogar noch nach Durchschreiten dieses Ausgangs abgeben zu können, eine zumindest leichtfertige Steuerverkürzung begehen, sodass ein Zollzuschlag erhoben werden kann.

Entscheidung

Die Kläger sind aus Ägypten kommend nach Deutschland eingereist. Sie hatten, wie bei einer Zollkontrolle festgestellt wurde, in ihrem Reisegepäck erhebliche Mengen Tabak bei sich. Für diese Waren hat das Hauptzollamt nach Abzug der einschlägigen Freimengen neben den pauschalierten Einfuhrabgaben einen Zollzuschlag erhoben, weil die Kläger am Flughafen den „grünen Ausgang“ benutzt und die Tabakwaren nicht zur Zollabfertigung angemeldet haben. Die gegen den Abgabenbescheid hinsichtlich des Zollzuschlags erhobene Klage hatte Erfolg. Das Finanzgericht sah nach Vernehmung zweier Zeugen die Voraussetzungen für die Erhebung eines Zollzuschlags als nicht erfüllt an. Es stehe nicht fest, dass ihnen die mit der Benutzung des „grünen Ausgangs“ verbundenen zollrechtlichen Folgen bekannt waren oder in einer ihre Leichtfertigkeit begründenden Weise hätten bekannt sein müssen. Gingen Reisende nämlich davon aus, sie könnten „gegenüber dem am grünen Ausgang stehenden Beamten immer noch wirksam eine Zollanmeldung abgeben“, fehle ihnen der Vorsatz für eine Steuerhinterziehung. Die vom Hauptzollamt gegen die Nichtzulassung der Revision erhobene Beschwerde hat der BFH mangels Klärungsbedürftigkeit als unbegründet zurückgewiesen. Es sei klar und eindeutig, dass ein Reisender sich über die Bedeutung des roten und des grünen Ausgangs an den Flughäfen Kenntnis verschaffen müsse. Es könne allerdings nicht ausgeschlossen werden, dass ein Reisender ausnahmsweise einmal jene Kenntnis nicht besitze oder meine, zollpflichtige Waren auch noch nach Durchschreiten des grünen Ausgangs oder zumindest „im“ grünen Ausgang anmelden zu können.

Konsequenz

Wer aus einem Drittland nach Deutschland mit Waren einreist, von denen er weiß oder bei denen er zumindest für möglich halten muss, dass sie anzumelden und dass für sie Einfuhrabgaben zu entrichten sind, und benutzt den „grünen Ausgang“, begeht im Allgemeinen eine zumindest leichtfertige Steuerverkürzung.

2. Rentenversicherungspflicht bei Nebentätigkeiten von Richtern und Beamten

Einführung

Für Beamte und Richter besteht Versicherungsfreiheit in der gesetzlichen Rentenversicherung. Selbstständig tätige Lehrer sind dagegen versicherungspflichtig. Streitig war, ob für Richter und Beamte, die mit ihrer Nebentätigkeit oberhalb der Geringfügigkeitsgrenze liegen, Rentenversicherungsbeiträge abgeführt werden müssen.

Entscheidung

Ein Richter, der gleichzeitig als selbstständiger Lehrbeauftragter tätig war, hatte seine Befreiung von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung beantragt. Zwar lagen seine Honorare oberhalb der Geringfügigkeitsgrenze, doch er argumentierte, dass ihm eine eventuelle Rente in voller Höhe von seiner Pension abgezogen würde und er somit de facto keine Gegenleistung für seine Beiträge erhalten würde. Das Gericht gab der Deutschen Rentenversicherung, die eine Befreiung von der Versicherungspflicht abgelehnt hatte, Recht. Als selbstständiger Dozent sei der Kläger eindeutig versicherungspflichtig und eine Befreiung komme nicht deshalb in Betracht, weil er im Hauptberuf Richter sei. Die Versicherungsfreiheit als Richter bzw. Beamter erstrecke sich nicht auf Beschäftigungsverhältnisse, die neben dem Dienstverhältnis bestehen. Auch die Anwartschaft auf eine Beamtenversorgung begründe keinen Anspruch auf Befreiung aus der Rentenversicherung, denn das Solidaritätsprinzip in der Sozialversicherung mache die Versicherungspflicht gerade nicht am individuellen Schutzbedürfnis fest. Im Übrigen würde eine generelle Versicherungsfreiheit der Nebentätigkeiten von Richtern und Beamten zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen am Arbeitsmarkt führen. Denn gegen solch konkurrenzlos „günstige“, weil versicherungsfreie Mitarbeiter könnten andere Mitarbeiter nur schwer bestehen. Es sei aber nicht der Sinn der Beamten- und Richteralimentation, ihnen auch außerhalb ihres Dienstverhältnisses Vorteile am Arbeitsmarkt zu eröffnen.

Konsequenz

Die Versicherungsfreiheit als Richter bzw. Beamter erstreckt sich nur auf diese Beschäftigung. Nebentätigkeiten können daher versicherungspflichtig in der gesetzlichen Rentenversicherung sein.

3. Fahrverbot für betrunkenen Radfahrer

Einführung

Nach der gesetzlichen Vorgabe hat die Fahrerlaubnisbehörde einer Person, die sich als ungeeignet oder nur noch bedingt geeignet zum Führen von Fahrzeugen erweist, das Führen zu untersagen. Zur Vorbereitung einer solchen Entscheidung kann die Behörde hierzu die Beibringung eines medizinisch-psychologischen Gutachtens anordnen, wenn ein Fahrzeug im Straßenverkehr bei einer Blutalkoholkonzentration von 1,6 Promille oder mehr geführt wurde. Es war streitig, ob einem Radfahrer, der alkoholisiert am Verkehr teilgenommen hat, das Führen von Fahrzeugen untersagt werden darf.

Entscheidung

Ein Mann, der keinen Führerschein besitzt, war nachts mit einem unbeleuchteten Fahrrad in Schlangenlinien fahrend unterwegs gewesen und dabei einer Polizeistreife aufgefallen. Ein Alkoholttest ergab einen Wert von 1,67 Promille. Die Straßenverkehrsbehörde forderte den Mann daraufhin auf, ein medizinisch-psychologisches Gutachten zur Frage seiner Eignung zum Führen von Fahrzeugen vorzulegen. Dem kam der Betroffene nicht nach. Die Behörde untersagte ihm deshalb mit sofortiger Wirkung das Führen von – erlaubnisfreien – Fahrzeugen. Der Mann erhob hiergegen Widerspruch und beantragte wegen des angeordneten Sofortvollzugs beim Verwaltungsgericht vorläufigen Rechtsschutz. Die Richter haben im Eilverfahren entschieden, dass die von der Behörde getroffene Maßnahme nicht zu beanstanden sei. Führe jemand im Straßenverkehr ein Fahrzeug – hierzu zähle auch ein Fahrrad – mit einer Blutalkohol-

konzentration von 1,6 Promille oder mehr, so könne von ihm ein medizinisch-psychologisches Gutachten verlangt werden. Da dieses nicht vorgelegt worden sei, habe die Behörde auf seine fehlende Eignung zum Führen von Fahrzeugen schließen und das Fahrverbot aussprechen dürfen. Dem stehe auch nicht entgegen, dass der Betroffene angegeben habe, aus finanziellen Gründen zur Einholung eines Gutachtens nicht in der Lage zu sein. Das Gesetz mute einem Verkehrsteilnehmer diese Kosten ebenso zu wie die Kosten, die für andere Maßnahmen der Verkehrssicherheit erforderlich seien.

Konsequenz

Wer mit einer Blutalkoholkonzentration von 1,6 Promille oder mehr im Straßenverkehr ein Fahrrad benutzt, kann von der Straßenverkehrsbehörde zur Vorlegung eines medizinisch-psychologischen Gutachtens aufgefordert werden. Kommt er dieser Aufforderung nicht nach, kann ihm das Führen von erlaubnisfreien Fahrzeugen, z. B. Fahrrädern, untersagt werden.

4. Zurückweisung der Anträge auf Aufhebung und Änderung der Grundsteuer

Einführung

Es war fraglich, ob die Erhebung der Grundsteuer in Übereinstimmung mit dem Grundgesetz steht. Zahlreiche Steuerpflichtige stellten insoweit Aufhebungs- und Änderungsanträge zur Festsetzung der Grundsteuer bzw. ihrer Berechnungsgrundlagen. Das BVerfG und der BFH haben jedoch die Erhebung der Grundsteuer für verfassungsgemäß erklärt.

Neue Verwaltungsanweisung

Die Finanzverwaltung hat nun durch eine Allgemeinverfügung alle Aufhebungs- und Änderungsanträge zurückgewiesen. Betroffen sind Anträge auf

- Aufhebung oder Änderung der Festsetzung des Grundsteuermessbetrages,
- Aufhebung oder Änderung der Feststellung eines Einheitswertes für inländischen Grundbesitz,
- Fortschreibung des Einheitswertes für inländischen Grundbesitz,
- Neuveranlagung des Grundsteuermessbetrages und
- Aufhebung oder Änderung der von den Finanzämtern der Länder Berlin, Bremen und Hamburg erlassenen Grundsteuerbescheide.

Konsequenz

Gegen die Zurückweisung der Anträge kann innerhalb von einem Jahr Klage erhoben werden. Aufgrund der geringen Aussichten auf Erfolg ist dies jedoch nicht zu empfehlen.

Nicht betroffen von der Zurückweisung sind laufende Einsprüche und Klageverfahren vor dem Finanzamt sowie Widersprüche bei den Gemeinden. Anhängige Klagen sollten ebenso wie die bei den Gemeinden anhängigen Widersprüche zurückgenommen werden, um Kosten zu sparen. Da die Einspruchsverfahren vor dem Finanzamt nicht mit Kosten verbunden sind, kann die Ablehnung seitens der Finanzämter abgewartet werden.

5. Fit statt fett

Kernproblem

Zu den als außergewöhnliche Belastungen abzugsfähigen Kosten können auch Krankheitskosten gehören. Nach ständiger Rechtsprechung des BFH setzt der Begriff der Krankheit einen anormalen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand voraus, der den Betroffenen in der Ausübung normaler psychischer oder körperlicher Funktionen derart beeinträchtigt, dass er nach herrschender Auffassung einer medizinischen Behandlung bedarf. Über die Frage, ob das auch bei einer operativen Fettabsaugung und der Behandlung herabgesunkener Augenlider der Fall ist, kann man trefflich streiten, wie ein Verfahren vor dem BFH gezeigt hat.

Bisherige Rechtslage

Der BFH verlangt für die medizinische Erforderlichkeit von Maßnahmen, die ihrer Art nach nicht nur der Heilung oder Linderung einer Krankheit dienen können, im Regelfall ein vor der Behandlung ausgestelltes amts- oder vertrauensärztliches Gutachten. Hieraus soll sich die Notwendigkeit der Aufwendungen zweifelsfrei ergeben. Dies sei auch zumutbar, wie der BFH meint. Ein nachträglich erstelltes Gutachten

reiche nicht aus. Ausnahme: das Erfordernis eines vorhergehenden Nachweises sei in Bezug auf die Art der Aufwendungen erstmals höchststrichterlich verlangt worden. Ebenfalls ohne amtsärztliches Gutachten lässt die Finanzverwaltung Aufwendungen für eine Laser-Augenoperation zum Abzug zu. Hierbei wird unterstellt, dass eine Fehlsichtigkeit und damit immer eine Krankheit vorliegt.

Entscheidung

Im entschiedenen Fall, der zugleich eine Kombination von zwei streitbefangenen Aufwendungen enthielt (operative Fettabsaugung und Behandlung herabgesunkener Augenlider), hat der BFH an der bisherigen Rechtsprechung festgehalten. Im Regelfall sei davon auszugehen, dass solche Eingriffe aus kosmetischen Gründen erfolgen. Im Ausnahmefall sei es dagegen zumutbar, fachlichen Rat einzuholen, unter welchen Voraussetzungen Aufwendungen für derartige Operationen abzugsfähig seien. Der „besondere Charakter“ der Aufwendungen sei auch erkennbar gewesen, da die Krankenkasse die Kosten nicht übernommen habe.

Konsequenz

Sicherlich gibt es vor einer Behandlung mit „besonderem Charakter“ wichtigere Dinge, als sich mit der steuerlichen Abzugsfähigkeit zu beschäftigen. Will man diese jedoch erreichen, bleibt nur der Gang zum Amts- oder Vertrauensarzt. Ob dies zum gewünschten Attest führt, kann nicht allgemeingültig beantwortet werden. Zum Trost: Die Bundesregierung will das Übel mit einem neuen Fünf-Punkte-Plan „Fit statt Fett“ an der Wurzel packen.

6. Werbungskostenabzug auch bei Steuerhinterziehung

Kernproblem

Die Finanzverwaltung sieht in Kosten, die im Zusammenhang mit Steuerhinterziehung angefallen sind, keinen steuerlich abzugsfähigen Aufwand, z. B. als Werbungskosten bei Kapitaleinkünften.

Rechtslage

Stehen Aufwendungen aber in einem objektiven Zusammenhang mit der auf Einnahmeerzielung gerichteten Tätigkeit, so ist es für die Erfüllung des Werbungskostenbegriffs regelmäßig nicht von Bedeutung, ob die Aufwendungen nach objektiven Gesichtspunkten üblich, notwendig oder zweckmäßig gewesen sind.

Entscheidung

Das FG Baden-Württemberg hat in einem rechtskräftigen Urteil vom März 2007 entschieden, dass auch Kosten der Hinterziehung abzugsfähig sind, wenn sie objektiv in Zusammenhang mit der Erzielung von Einkünften stehen. Im Urteilsfall ging es um Depotkosten für in der Schweiz erzielte Kapitaleinkünfte. Wirtschaftlich stehen Bankgebühren dann mit den erzielten Einkünften in Zusammenhang und erfüllen deshalb den Werbungskostenbegriff, wenn sie in der Absicht dauerhafter Erzielung von Einkünften getätigt werden, so das Finanzgericht.

Konsequenz

Auch durch rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten verursachte Aufwendungen können als Erwerbsaufwendungen zu berücksichtigen sein. In diesen Fällen ist nicht nur die private Lebensführung des Steuerpflichtigen betroffen, wie die Finanzverwaltung annimmt. Für die Einordnung von Aufwendungen als solche des Erwerbs oder der privaten Lebensführung ist ein Abstellen auf das Verschulden, die Strafbarkeit oder das moralische Verhalten des Steuerpflichtigen keine geeignete Wertung, so die Richter in ihrem Urteil. Denn die Besteuerung sei grundsätzlich wertungsindifferent und richte sich nur nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und dem objektiven Nettoprinzip.

Praxishinweis

Nach den Entwürfen zur „Unternehmensteuerreform 2008“ ist durch die Einführung einer pauschalen Abgeltungssteuer auf Kapitaleinkünfte ab 1.1.2009 die Abschaffung des tatsächlichen Werbungskostenabzugs für jegliche Formen von Kapitaleinkünften geplant. Bis zum 31.12.2008 tatsächlich gezahlte Depot- und Bankgebühren sind noch steuermindernd als Werbungskosten abzugsfähig. Ab 2009 wird es nach dem Willen der Bundesregierung nur noch einen einheitlichen Sparerpauschbetrag von 810 EUR geben, mit dem dann alle Aufwendungen im Zusammenhang mit Kapitaleinkünften abgegolten sein sollen.

7. Doppelte Haushaltsführung bei nichtehelicher Lebensgemeinschaft

Kernproblem

Der Abzug von Aufwendungen für einen beruflich erforderlichen zweiten Haushalt in der persönlichen Steuererklärung führt immer wieder zu Streit zwischen Finanzamt und Steuerpflichtigem. Streitig ist regelmäßig, welche Voraussetzungen für den Werbungskostenabzug erforderlich und wie die Nachweispflichten sind.

Rechtslage

Notwendige Mehraufwendungen, die einem Arbeitnehmer wegen einer aus beruflichem Anlass begründeten doppelten Haushaltsführung entstehen, sind Werbungskosten. Eine doppelte Haushaltsführung liegt dann vor, wenn der Arbeitnehmer außerhalb des Ortes, in dem er einen eigenen Hausstand unterhält, beschäftigt ist und auch am Beschäftigungsort wohnt. Dem Begründungsakt muss stets ein beruflicher Anlass zu Grunde liegen, was regelmäßig voraussetzt, dass bei bereits bestehendem Hausstand wegen des Berufs eine zweite Wohnung am Beschäftigungsort hinzukommt.

Entscheidung

Der BFH hat mit seinem Urteil vom März 2007 ein Urteil des vorinstanzlichen Finanzgerichts aufgehoben, welches die Voraussetzungen einer doppelten Haushaltsführung bei nicht verheirateten Personen zu Unrecht bejaht hatte.

Konsequenz

Der Kläger hatte neben seinem bereits bestehenden Haushalt am Beschäftigungsort nach der Geburt der gemeinsamen Tochter mit seiner Lebensgefährtin an einem anderen Ort einen gemeinsamen Hausstand gegründet. Das auslösende Element bzw. der unmittelbare Anlass für die Aufsplitterung des Wohnens auf zwei Haushalte lag somit im privaten Bereich, wie bei einer Eheschließung. Wichtig ist also die richtige Reihenfolge der Wohnungsbegründung.

Praxishinweis

Nur wenn Ehegatten vor ihrer Heirat beide berufstätig waren und am Arbeitsort wohnten gilt etwas anderes, weil dann einer von ihnen zwangsläufig seinen Lebensmittelpunkt verlegen muss. Diese aber nur bei beidseitiger Berufstätigkeit für Ehegatten gemachte Ausnahme ist auf nichteheliche Lebensgemeinschaften nur dann zu übertragen, wenn sie wegen eines Kindes gleichzeitig eine Familie bilden. Im Streitfall lag auch kein solcher beruflicher Anlass vor. Denn die Betroffenen hatten die Wohnung der Lebensgefährtin nicht im zeitlichen Zusammenhang mit der Geburt des Kindes, sondern erst ca. zwei Jahre später zur Familienwohnung gemacht. Eine aus beruflichem Anlass gegründete doppelte Haushaltsführung läge auch nicht vor, wenn Arbeitnehmer nach ihrer Heirat zunächst ihre Wohnungen am jeweiligen Arbeitsort beibehielten und erst später eine der Wohnungen zur gemeinsamen Familienwohnung machten.

8. Fortbestand eines befristeten Nutzungsrechts

Kernproblem

Die Befristung eines schuldrechtlichen Nutzungsrechts führt dann nicht zur Beendigung der Rechtswirkungen, wenn ein Fortbestehen ausdrücklich oder stillschweigend auch für den Zeitraum nach Ablauf der Bedingungsfrist vereinbart wird.

Sachverhalt

Der Kläger hatte seinen minderjährigen Kindern an seinem Hausgrundstück ein schuldrechtliches, befristetes Nießbrauchsrecht eingeräumt, das Ende 1984 auslief. In der Folgezeit erklärten weiterhin die Kinder die Einkünfte aus dem Objekt in ihren Steuererklärungen. Das beklagte Finanzamt rechnete abweichend davon dem Kläger die Einkünfte zu.

Nachdem Einspruch des Klägers und Klage erfolglos blieben, hatte die Revision beim BFH Erfolg.

Entscheidung

Grundsätzlich können Vermietungseinkünfte dem Nießbrauchsberechtigten infolge einer Verlängerung der Nießbrauchvereinbarung zuzurechnen sein.

Bestellen Eltern ihren minderjährigen Kindern einen zivilrechtlich – zulässigen – Nießbrauch an einem Grundstück, führt die Befristung eines dinglichen Nießbrauchs zu dessen Erlöschen kraft Gesetzes, die Wirkung von befristet eingeräumten Nutzungsrechten endet i. d. R. durch Zeitablauf. Danach steht das Recht auf Nutzung wieder dem Eigentümer zu. Das gilt allerdings nicht, wenn das Fortbestehen des schuldrechtlichen Nutzungsrechts ausdrücklich oder stillschweigend auch für den Zeitraum nach Ablauf der Frist vereinbart wurde.

Konsequenz

Zur Zurechnung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung an einen Nießbrauchsberechtigten muss eindeutig feststehen, dass der Fortbestand des Nutzungsrechts auch für die Zeit nach der Befristung verlängert wurde.

9. Arbeitnehmeranteile zur Gesamtsozialversicherung als Arbeitslohn

Kernproblem

Arbeitnehmeranteile zur Gesamtsozialversicherung sind als Arbeitslohn mit ihrer Abführung durch den Arbeitgeber gegenwärtig zugeflossen.

Entscheidung

Arbeitnehmeranteile zur Gesamtsozialversicherung sind als Gegenleistung für die Erbringung der Arbeitsleistung und damit als Arbeitslohn anzusehen.

Zwar hat der Arbeitgeber als alleiniger Schuldner die Gesamtsozialversicherungsbeiträge an die Einzugsstelle zu zahlen und durch Lohnabzug beim Arbeitnehmer einzubehalten; der Arbeitnehmer hat aber die Beiträge zur Hälfte (Arbeitnehmeranteil) wirtschaftlich aus dem ihm zustehenden Bruttoentgelt zu tragen. Der einbehaltene Arbeitnehmeranteil zur Sozialversicherung ist ein dem Arbeitnehmer verschaffter Vermögensvorteil und unterliegt der Besteuerung.

Konsequenz

Die Arbeitnehmerbeiträge sind – bei eigenem Rechtsanspruch des Arbeitnehmers gegen die Versorgungseinrichtung – diesem als Arbeitslohn mit ihrer Abführung durch den Arbeitgeber gegenwärtig zugeflossen.

10. Schenkungsteuerpflicht der an Sportvereine geleisteten Zuwendungen

Sachverhalt

Der BFH hatte kürzlich über Geldzuwendungen zu befinden, die ein Mäzen an „seinen“ Sportverein leistete. Es wurde die Frage aufgeworfen, ob in der dem Zuwendenden genehmen Mittelverwendung – z. B. die Investition in eine starke „erste“ Mannschaft – eine Gegenleistung des Vereins erblickt werden könne, die dem Schenkungscharakter (Unentgeltlichkeit) einer Zuwendung entgegenstehe.

Grundsatz

Der BFH wies zunächst darauf hin: Keine Schenkungsteuerpflicht besteht, wenn die Zuwendung erbacht wird, um gezielt eine Gegenleistung zu erhalten („synallagmatische oder konditionale“ Verknüpfung) oder der Erhalt der erstrebten Gegenleistung zumindest „Geschäftsgrundlage für die eigene Leistung“ ist (sog. „kausale Verknüpfung“).

Schenkungssteuerlich relevant bleibe indes – aufgrund Unentgeltlichkeit – die sog. Zweckschenkung, bei der der Zuwendende zwar eine Verwendungswidmung mit seiner Zuwendung verbindet, diese aber nur Auswirkungen für das Behaltendürfen der Zuwendung bei vereinbarungsgemäßer Verwendung hat, ohne dass daraus ein eigenständiger Leistungsanspruch des Schenkenden folgt.

Ausschlaggebendes Kriterium

Das Gericht verkennt nicht, dass die Abgrenzung im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten dürfte. Als maßgebliches Abgrenzungskriterium will es den Parteiwillen und die Parteiinteressen berücksichtigt wissen: „Je mehr die Zweckerreichung dem Interesse des Leistenden oder eines Dritten dient, desto näher liegt die Annahme einer kausalen Verknüpfung; je mehr die Zweckerreichung dem Interesse des Leistungsempfängers dient, desto näher liegt die Annahme einer Zweckschenkung“.

Das Gericht verkennt nicht, dass die Abgrenzung im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten dürfte. Als maßgebliches Abgrenzungskriterium will es den Parteiwillen und die Parteiinteressen berücksichtigt wissen: „Je mehr die Zweckerreichung dem Interesse des Leistenden oder eines Dritten dient, desto näher liegt die Annahme einer kausalen Verknüpfung; je mehr die Zweckerreichung dem Interesse des Leistungsempfängers dient, desto näher liegt die Annahme einer Zweckschenkung“.

11. Finanzministerium: Kürzung Pendlerpauschale ab 2007 nicht verfassungswidrig

Kernproblem

Liegt der Arbeitsplatz nicht am Wohnort, dann entstehen dem Steuerpflichtigen für die Wege zwischen Wohnung und Arbeits-/Betriebsstätte regelmäßig erhöhte Aufwendungen mit privaten oder öffentlichen Verkehrsmitteln.

Rechtslage

Bis Ende 2006 gewährte der Fiskus Pendlern für ihre Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsort pauschal ab dem ersten Entfernungskilometer einen Werbungskostenabzug von 0,30 EUR je km. Ab 2007 wird nur noch für Fernpendler ab dem 21. Entfernungskilometer eine Pauschale von 0,30 EUR je km als Härteausgleich gewährt.

Entscheidung

Das Niedersächsische FG und das FG des Saarlandes halten die Kürzung der Pendlerpauschale für verfassungswidrig und haben daher Anfang der Jahres 2007 das BVerfG zur Klärung angerufen. Die Entscheidung des BVerfG steht derzeit noch aus.

Verwaltungsmeinung

Das Bundesfinanzministerium (BMF) hat jetzt in einem Schreiben v. 4.5.2007 erklärt, dass die Neuregelung ab 2007 nicht verfassungswidrig ist.

Der Gesetzgeber habe ab 2007 die alte Entfernungspauschale im Bereich der Werbungskosten aus dem Gesetz gestrichen und einen Härteausgleich für Fernpendler eingeführt. Dabei handele es sich ab 2007 nicht um einen Werbungskostenabzug.

Dem Gesetzgeber stehe es auch frei, Gesetze zu machen und zu ändern. Außerdem seien Aufwendungen für die Wege zwischen Wohnung und Arbeits- oder Betriebsstätte sowieso privat veranlasste Aufwendungen. Denn nach Auffassung des BMF stehe die überwiegend privat motivierte Wohnortwahl jedem Steuerbürger frei. Außerdem werde von Arbeitnehmern heute eine erhöhte Mobilität und Flexibilität gefordert, so das BMF.

Es erfolge künftig durch die Kürzung auch keine Besteuerung des Existenzminimums, weil dies ausreichend durch das System von Grundfreibetrag und Familienleistungsausgleich sichergestellt sei. Zudem erfolge eine realitätsgerechte Steuerfreistellung des Betreuungs- und Erziehungsbedarf von Kindern entsprechend den Vorgaben des BVerfG.

Konsequenz

Der Fiskus gewährt keine Aussetzung der Vollziehung, wenn Steuerpflichtige sich mit Einsprüchen gegen die Kürzung der Entfernungspauschale ab 2007 wehren, weil es sich um Privataufwand handele. Das gilt insbesondere für abgewiesene Anträge auf Eintragung eines Freibetrages auf der Lohnsteuerkarte ab 2007. Das Urteil des BVerfG bleibt trotzdem mit Spannung abzuwarten, denn „ausgezahlt“ wird immer erst am Ende.

12. Nachschusspflicht bei Publikumsgesellschaft

Einführung

Erneut hat der BGH entschieden, dass nachträgliche Beitragspflichten („Nachschüsse“) auch in einer Publikumspersonengesellschaft einer gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung im Voraus bedürfen, wodurch die Pflichten der Höhe nach bestimmt oder zumindest bestimmbar seien.

Entscheidung

Die Parteien stritten darum, ob die Gesellschafterin eines geschlossenen Immobilienfonds zur Zahlung eines als Nachschuss bezeichneten Geldbetrages verpflichtet war.

Zweck der klagenden, 1990 gegründeten BGB-Gesellschaft ist die Bebauung bestimmter Grundstücke mit Wohnanlagen und diese im Anschluss zu verwalten und zu vermieten. Im Gesellschaftsvertrag sind u. a. das Investitionsvolumen sowie eine Regelung „Haftung/Nachschüsse“ aufgenommen, in der es heißt: „Soweit bei der laufenden Bewirtschaftung der Grundstücke Unterdeckungen auftreten, ist der jeweilige Gesellschafter verpflichtet, ... die seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen entsprechenden Zahlungen zu erbringen.“ Hierauf berief sich die Klägerin und forderte von der Beklagten die Zahlung eines Vorschusses auf den erwarteten Nachschuss in Höhe von 2,6 % ihrer Gesellschaftsbeteiligung (= 1.329,26 EUR). In den Jahren 1999 bis 2003 hatte die Beklagte bereits Nachschussforderungen von insgesamt 5.777,59 EUR gezahlt. Für das Jahr 2004 verweigerte sie jedoch die Zahlung weiterer Beträge.

Der BGH entschied, dass die Revision der Beklagten gegen die stattgebende Entscheidung des Berufungsgerichts begründet ist und stellte das die Klage abweisende Urteil des Amtsgerichts wieder her.

Nach Auffassung des BGH war die Beklagte nicht zu Nachschusszahlungen verpflichtet. Die Vorinstanz hatte unzutreffend angenommen, eine Verpflichtung der Gesellschafter, Nachschüsse zu leisten, ergebe sich unmittelbar aus dem Gesellschaftsvertrag. Bei dessen Auslegung sei die Grundentscheidung der Regelung in § 707 BGB zu beachten. Zu einer müssen zusätzliche Beitragspflichten aus dem Gesellschaftsvertrag eindeutig hervorgehen und zum anderen in jedenfalls objektiv bestimmbarer Weise ausgestaltet sein. Beides sei hier nicht der Fall. Vielmehr ergebe sich aus dem Gesellschaftsvertrag, dass eine Nachschussverpflichtung einen Beschluss erfordert, dem alle Gesellschafter zustimmen müssen. Außerdem sei die Beklagte ebenso wenig aus gesellschaftsrechtlicher Treuepflicht verpflichtet, den geforderten Nachschuss zu zahlen. Es seien keine besonderen Umstände ersichtlich, nach denen die Beklagte Eingriffe in ihre Mitgliedschaft hätte hinnehmen müssen.

Konsequenz

Abweichend von § 707 BGB kann der Gesellschaftsvertrag grundsätzlich bestimmen, dass die Gesellschafter über die eigentliche Einlageschuld hinaus weiter gehende Beitragspflichten zu erfüllen haben. Das bedarf aber klar und eindeutig formulierter gesellschaftsvertraglicher Regelungen, damit jeder einer Personengesellschaft Beitretende im Voraus ersehen kann, welche Beitragspflichten er übernimmt. Dementsprechend hängt nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch die Zulässigkeit nachträglicher, durch Mehrheitsbeschluss begründeter Beitragspflichten davon ab, dass im Gesellschaftsvertrag eine Obergrenze für Beitragserhöhungen festgelegt oder das Erhöhungsrisiko sonst in entsprechender Weise eingegrenzt wird. Für Publikumsgesellschaften gilt nichts anderes.

13. Erbschaftsteuer wird wegen Verfassungsgerichtsurteil nur noch vorläufig festgesetzt

Hintergrund

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Beschluss vom 7.11.2006 entschieden, dass das bisherige Erbschaftsteuer- und Bewertungsrecht mit dem Grundgesetz unvereinbar ist. Es hat den Gesetzgeber verpflichtet, spätestens bis zum 31.12.2008 eine Neuregelung zu treffen. Bis zu dieser Neuregelung bleibt das bisherige Recht weiter anwendbar.

Koordinierter Ländererlass

Die Finanzministerien der Länder haben mit koordiniertem Ländererlass vom 19.3.2007 die Finanzämter angewiesen, im Hinblick auf die anstehende gesetzliche Neuregelung sämtliche Festsetzungen von Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer gem. § 165 Abs. 1 AO für vorläufig zu erklären. Sollte aufgrund der anstehenden gesetzlichen Neuregelung des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts ein Steuerbescheid aufzuheben oder zu ändern sein, wird die Aufhebung oder Änderung von Amts wegen vorgenommen; ein Einspruch ist insoweit nicht erforderlich. Dem Vernehmen nach soll der Vorläufigkeitsvermerk nicht dazu dienen, auch eine Verböserung für den Steuerpflichtigen durchführen zu können.

1. Bundestag verabschiedet Unternehmensteuerreform

Am 25. Mai hat der Bundestag das Unternehmensteuerreformgesetz 2008 verabschiedet. Gegenüber dem Regierungsentwurf haben sich nur wenige Änderungen ergeben. Die **wesentlichen** Eckpunkte des Gesetzes lassen sich wie folgt skizzieren:

Einkommensteuer, Körperschaftsteuer:

- Die **Körperschaftsteuer** wird auf **15 %** abgesenkt und die Gewerbesteuer so angepasst (Senkung der Gewerbesteuermesszahl auf einheitlich **3,5 %**), dass sich für Kapitalgesellschaften (bei einem Hebesatz von 400 %) eine Gesamtbelastung von 29,83 % ergibt.
- Einzelunternehmen und Personengesellschaften können für laufende Gewinne zu einer **Thesaurierungsbegünstigung** (ca. 28,25 % zzgl. Solidaritätszuschlag) mit anschließender Nachbelastung bei Entnahmen optieren.
- Die bisherigen Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung werden durch die neu eingeführte „**Zinsschranke**“ ersetzt, die für alle Rechtsformen einheitlich gilt. Danach ist ein Abzug als Betriebsausgaben ausgeschlossen, soweit der Saldo zwischen Zinsaufwand und Zinsertrag 30 % des steuerlichen EBITDA übersteigt. Für kleine und mittelgroße Unternehmen wird eine Freigrenze von 1 Mio. EUR eingeführt.
- Die Regelungen zum **Mantelkauf** bei Kapitalgesellschaften werden deutlich verschärft. Künftig entfällt bei jeder Anteilsübertragung von mehr als 50 % der Verlustvortrag in vollem Umfang. Bereits bei über 25 % übertragenen Anteilen kommt es zu einem quotalen Untergang des Verlustvortrags.
- Dividenden und Veräußerungsgewinne im Zusammenhang mit **im Betriebsvermögen gehaltenen Beteiligungen an Kapitalgesellschaften** werden zukünftig nicht mehr mit 50 %, sondern mit 60 % besteuert.
- Die degressive **Abschreibung** wird abgeschafft.
- Die Regelung für geringwertige Wirtschaftsgüter wird geändert. Eine **Sofortabschreibung** ist für Wirtschaftsgüter bis 150 EUR (ursprünglich geplant: 100 EUR) nunmehr zwingend vorgeschrieben. Für Neuanschaffungen zwischen 150 und 1.000 EUR ist ein **Sammelposten** zu bilden, der über fünf Jahre aufgelöst wird.
- Die Begünstigung nach § 7g EStG wird ausgebaut. Unternehmen mit einem Betriebsvermögen bis 235.000 EUR (ursprünglich geplant: 210.000 EUR) können einen **Investitionsabzugsbetrag** von 40 % der geplanten Investitionen steuerlich geltend machen, wenn innerhalb der drei Folgejahre (ursprünglich geplant: zwei Jahre) tatsächlich investiert wird.
- Die Gewerbesteuer wird **nicht** mehr als **Betriebsausgabe** abziehbar sein.

Gewerbesteuer:

- Neben der Absenkung der **Gewerbesteuermesszahl** auf 3,5 % wird der **Anrechnungsfaktor** bei der Einkommensteuer von 1,8 auf 3,8 erhöht.
- Dauerschuldzinsen werden **gewerbesteuerlich** nicht mehr gesondert hinzugerechnet. Vielmehr erfolgt eine Hinzurechnung von 25 % **aller Zinsen**, einschließlich der Zinsanteile in Mieten, Pachten und Leasingraten. Die ursprünglich geplante Hinzurechnung von Skonti und Boni unterbleibt hingegen. Für die Hinzurechnungen besteht ein Freibetrag von 100.000 EUR.

Insbes. Kapitalerträge, Spekulationsfristen:

- Ab **1.1.2009** soll für **private Kapitalerträge** das Halbeinkünfteverfahren abgeschafft und eine **Abgeltungssteuer** von 25 % (zzgl. Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer) eingeführt werden.
- Im Rahmen dieser Abgeltungssteuer werden zukünftig auch Gewinne aus dem Verkauf von nach dem 31.12.2008 erworbenen **Anteilen an Kapitalgesellschaften** (Aktien!) – unabhängig von der Beteiligungshöhe – als Einkünfte aus Kapitalvermögen erfasst.
- Bei **Immobilien** bleibt die Spekulationsfrist mit 10 Jahren unverändert.
- Für andere Wirtschaftsgüter verbleibt es bei **einem Jahr** Spekulationsfrist. Dient der jeweilige Gegenstand allerdings der **Einkünfteerzielung**, verlängert sich die Spekulationsfrist auf **10 Jahre**.
- Sparer-Freibetrag und Werbungskosten-Pauschbetrag werden für private Anleger zu einem **Sparer-Pauschbetrag** i. H. v. 801 EUR vereinheitlicht. Der Abzug der **tatsächlichen Werbungskosten** wird ausdrücklich **ausgeschlossen**.

Die endgültige Verabschiedung soll nach Beratung durch den Bundesrat noch vor der Sommerpause erfolgen. Wesentliche Änderungen sind nicht mehr zu erwarten.

2. Anwendbarkeit des AGG auf Kündigungen

Kernfrage/Rechtslage

Am 18.8.2006 ist das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz in Kraft getreten, das Diskriminierungen wegen des Alters, Geschlechts, der Rasse oder ethnischen Abstammung, der Religion oder Weltanschauung oder der sexuellen Identität verhindern und sanktionieren soll. Im Arbeitsrecht gilt das Diskriminierungsverbot aus dem AGG allumfassend; d. h., von der Bewerbung bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses. Allerdings hat der deutsche Gesetzgeber im Gesetzeswortlaut des AGG ausdrücklich vorgesehen, dass die Regelungen des AGG auf die Kündigung selbst keine Anwendung finden sollen, was allerdings den (Wortlaut)Vorgaben der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien, die mit dem AGG umgesetzt worden sind, widerspricht. Diese erstrecken den Anwendungsbereich der Antidiskriminierungsregelungen ausdrücklich auch auf Kündigungen. Auch der Europäische Gerichtshof wendet die europarechtlichen Antidiskriminierungsregelungen uneingeschränkt auf Kündigungen an. In der Literatur war und ist der Ausschluss der Anwendbarkeit der Regelungen des AGG auf Kündigungen hoch umstritten. Überwiegend wird davon ausgegangen, dass die entsprechende Norm offensichtlich europarechtswidrig ist. Klärung kann aber nur die Rechtsprechung bringen. Erstmals hat nunmehr das Arbeitsgericht Osnabrück zur Frage der Anwendbarkeit des AGG auf Kündigungen entschieden.

Entscheidung

Gegen seine betriebsbedingte Kündigung hatte ein seit 27 Jahren beschäftigter Arbeitnehmer geklagt, dem im Zuge einer betriebsweiten Entlassungsmaßnahme gekündigt worden war. Grundsätzlich sah der ausgehandelte Sozialplan vor, dass gleichmäßig viele Arbeitnehmer in den im Sozialplan gebildeten Altersgruppen gekündigt werden sollten. Da wegen früherer Kündigungen der Arbeitnehmer-Altersdurchschnitt beim Arbeitgeber aber deutlich gestiegen war, wurden überproportional viele ältere Arbeitnehmer gekündigt, weil der Arbeitgeber fürchtete, wegen des höheren Durchschnittsalters mittelfristig seine Produktion in normalen Umfang nicht aufrecht erhalten zu können. In dem Kündigungsverhalten sah das Arbeitsgericht Osnabrück eine Altersdiskriminierung (ohne die Altersgruppenbildung wären nach sozialer Rechtfertigung weniger ältere Arbeitnehmer gekündigt worden), folgte der Rechtfertigung des Arbeitgebers nicht und verurteilte zur Weiterbeschäftigung. Mit Rücksicht auf das AGG führte das Arbeitsgericht Osnabrück aus, die Nichtanwendbarkeitsklausel des AGG auf Kündigung sei europarechtswidrig und damit unbeachtlich.

Konsequenz

Zwar stellt die Entscheidung des Arbeitsgerichts Osnabrück lediglich eine erstinstanzliche Entscheidung dar, allerdings wird man ihr Beachtung schenken müssen. Zum einen entspricht sie der offenkundigen Europarechtswidrigkeit des AGG, zum anderen entspricht sie dem Begünstigungsgebot zu Gunsten des Arbeitnehmers. Gerade betriebsbedingte Kündigungen werden auf der Grundlage dieser Entscheidung erheblich schwerer durchzusetzen sein. Altersgruppenbildungen im Rahmen der Sozialauswahl sind zunächst wohl unzulässig.

3. Arbeitspflicht im Annahmeverzug auch hinsichtlich nicht geschuldeter Leistungen

Rechtslage/Kernfrage

Kann der Arbeitnehmer seine arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitsleistung nicht erbringen, weil sich der Arbeitgeber im Annahmeverzug befindet, dann hat der Arbeitnehmer grundsätzlich einen Anspruch auf Annahmeverzugslohn. Im Annahmeverzug befindet sich der Arbeitgeber regelmäßig dann, wenn er den Arbeitnehmer trotz dessen Angebot zur Arbeitsleistung nicht einsetzt. Typischerweise entsteht diese Situation nach Ablauf der Kündigungsfrist im noch nicht entschiedenen Kündigungsrechtsstreit. Auf den Annahmeverzugslohn muss sich der Arbeitnehmer jedoch das anrechnen lassen, was er zu erwerben böswillig unterlassen hat. Bei dieser Hinzuverdienstregelung war stets problematisch, dass der Arbeitnehmer nicht verpflichtet war, eine unzumutbare andere Beschäftigung auszuüben. War die andere Beschäftigung unzumutbar, was bereits dann der Fall war, wenn sie eine andere als die im Arbeitsvertrag genannte Beschäftigung war, war der Arbeitnehmer nicht verpflichtet, die andere Beschäftigung auszuüben. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sah bislang vor, dass Arbeitnehmer nicht einerseits arbeitsvertraglich zur Ablehnung einer nicht im Arbeitsvertrag vorgesehenen Beschäftigung berechtigt

und gleichzeitig aus Annahmeverzugslohngesichtspunkten zur Verrichtung einer „Hinzuverdienst“-Beschäftigung verpflichtet sein können. Mit anderen Worten, konnte man dem Arbeitnehmer nicht den gleichen Arbeitsplatz anbieten, hatte der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Annahmeverzugslohn. Diese Rechtsprechung hat das Bundesarbeitsgericht nunmehr aufgegeben.

Entscheidung

Das Bundesarbeitsgericht hatte über den Fall eines LKW-Fahrers zu entscheiden, der, nachdem der einzige LKW des Unternehmens gestohlen worden war, nicht mehr als Fahrer arbeiten konnte. Der Arbeitgeber hatte daraufhin eine Änderungskündigung ausgesprochen, die auf die Beschäftigung in einem anderen Bereich des Unternehmens gerichtet war. Der Arbeitnehmer hatte hierauf zwar seine Arbeitsleistung angeboten, die Arbeit in dem anderen Bereich aber verweigert. Nachdem der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis gekündigt hatte, verklagte er den Arbeitgeber auf Zahlung des Annahmeverzugslohns, weil er vertraglich nicht zur Arbeitsleistung in dem anderen Unternehmensbereich verpflichtet gewesen sei. Das Bundesarbeitsgericht entschied im Grundsatz gegen den Arbeitnehmer. Zwar sei der Arbeitnehmer arbeitsvertraglich nicht zu einer anderen Arbeit verpflichtet gewesen, der Anspruch auf Annahmeverzugslohn setze aber voraus, dass der Arbeitnehmer einen Hinzuverdienst nicht böswillig unterlassen habe. Wann eine Leistungsverweigerung auf einem anderen Arbeitsplatz ein böswilliges Unterlassen von Hinzuverdienst sei, hänge von den Umständen des Einzelfalls ab und sei insbesondere anhand der Kriterien Art der anderen Arbeit, Arbeitsbedingungen und Gründe des Nichtanbietens vertraglich geschuldeter Arbeit zu prüfen.

Konsequenz

Auch wenn die Entscheidung zunächst als Einzelfallentscheidung erscheinen mag, weil der Sachverhalt so liegt, dass ein Anbieten vertraglich geschuldeter Arbeit bereits von vornherein ausgeschlossen ist, ist die Entscheidung als Rechtsprechungsänderung zu bezeichnen. Der Arbeitnehmer erhält einen Annahmeverzugslohn nicht mehr bereits dann, wenn der Arbeitgeber eine andere Arbeit anbietet. Zusätzlich ist es erforderlich, dass die Arbeit auf dem angebotenen anderen Arbeitsplatz unzumutbar ist. Besondere Bedeutung erhält diese Rechtsprechungsänderung im Bereich der betriebsbedingten Kündigungen wegen Wegfall des Arbeitsplatzes.

4. Neue Kriterien bei der Abgrenzung von arbeitsvertraglichen Verweisen auf Tarifverträgen

Kernfrage/Rechtslage

Tarifverträge, die nicht für allgemeinverbindlich erklärt worden sind, gelten unmittelbar nur zwischen Arbeitgebern und deren einzelnen Arbeitnehmern, die Mitglieder der Tarifvertragsparteien sind. Tarifverträge finden aber auch dann Anwendung, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendbarkeit im Arbeitsvertrag vereinbaren, wie dies in vielen Arbeitsvertragsmustern vorgesehen ist. Arbeitgeber verwenden in ihren Arbeitsverträgen oft Klauseln, die auf bestehende Tarifverträge verweisen. Grund hierfür ist das allgemeine Gleichbehandlungsgebot, nach dem Arbeitgeber ihre Arbeitnehmer im Wesentlichen gleich zu behandeln haben. Dies gilt auch für Arbeitgeber, deren Arbeitnehmer (teilweise) Mitglieder der arbeitnehmerseitigen Tarifvertragspartei (= Gewerkschaft), sie selber aber nicht auf Arbeitgeberseite Mitglied der Tarifvertragspartei (= Arbeitgeberverband) sind, beispielsweise weil sie nachträglich aus der Tarifgemeinschaft ausgetreten sind. Die Regelungen aus für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen gelten für alle Arbeitsverhältnisse in den betroffenen Branchen unmittelbar. Bei den Bezugnahmeklauseln unterscheidet man zwischen einer dynamischen Verweisung auf die Regelungen des jeweiligen Tarifvertrags und sog. bloßen Gleichstellungsabreden. Während dynamische Verweisungsklauseln dazu führen, dass die Regelungen des jeweiligen Tarifvertrags in seiner jeweils geltenden Fassung Anwendung finden, führen bloße Gleichstellungsabreden dazu, dass nicht gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer bezogen auf bestimmte Tarifverträge, mit organisierten Arbeitnehmern gleich gestellt werden. In einer aktuellen Entscheidung hat das Bundesarbeitsgericht nunmehr geurteilt, dass für Arbeitsverträge, die nach dem 31.12.2001 geschlossen worden sind, Bezugnahmeklauseln grundsätzlich als dynamische Verweisungen zu verstehen sind, es sei denn, der Vertragswortlaut oder andere Begleitumstände rechtfertigen die Annahme einer bloßen Gleichstellungsabrede.

Entscheidung

Ein nach Abschluss des Arbeitsvertrags aus der Tarifgemeinschaft ausgeschiedener Arbeitgeber weiger-

te sich, nach seinem Verbandsaustritt abgeschlossene Tarifvertragsänderungen auf das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin anzuwenden. Der zwischen den Parteien im Mai 2002 abgeschlossene Arbeitsvertrag enthielt eine Klausel, die auf den „einschlägigen Tarifvertrag in seiner jeweils geltenden Fassung“ verwies. Das Bundesarbeitsgericht urteilte (in Abänderung seiner früheren Rechtsprechung), dass es für die Unterscheidung zwischen dynamischer Verweisung und bloßer Gleichstellung alleine auf den Wortlaut des Arbeitsvertrags ankomme. Nur wenn sich dieser ausdrücklich darauf beschränken wolle, nicht organisierte Arbeitnehmer mit organisierten gleich zu stellen, können eine Gleichstellungsabrede angenommen werden. In allen anderen Fällen komme es zur gewollten dynamischen Verweisung auf das einschlägige Tarifrecht.

Konsequenz

Unabhängig davon, dass Verweisungsnormen oftmals ohne Not in Arbeitsverträge aufgenommen werden, führt das zuvor besprochene Urteil zu einer weiteren Verschärfung der Rechtslage zulasten des Arbeitgebers. Nur wenn der Vertragswortlaut ausdrücklich davon spricht, lediglich gleichstellen zu wollen, kann eine statisch wirkende Gleichstellungsabrede angenommen werden. In allen anderen Fällen kommt es zur dynamischen Bezugnahme auf den oder die Tarifverträge in ihrer jeweils geltenden Fassung, auf die Bezug genommen wird. Die Grundsätze aus dem besprochenen Urteil sind auf Arbeitsverträge anwendbar, die nach dem 31.12.2001 geschlossen worden sind. Im Ergebnis sollte auf Verweisklauseln generell verzichtet werden.

5. Umsetzung eines Beamten zur Befriedung der Arbeitsatmosphäre zulässig

Kernfrage/Rechtslage

Das betriebliche Vertrauensverhältnis ist Grundlage jeder produktiven Zusammenarbeit. Ist dieses Vertrauensverhältnis gestört, ist es Aufgabe und Pflicht des Arbeitgebers, geeignete Maßnahmen zu treffen, ein reibungsloses Zusammenarbeiten wieder zu ermöglichen. Im Rahmen allgemeiner Arbeitsverhältnisse ist eine der ersten möglichen Wiederherstellungsmaßnahmen neben der Abmahnung die Um- bzw. Versetzung eines Arbeitnehmers auf einen anderen, ggf. in einer anderen Betriebsstätte gelegenen Arbeitsplatz. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz nennt die Um- bzw. Versetzung sogar als Regelbeispiel, das geeignet ist, eine Belästigung abzuwenden. Das Recht des Arbeitgebers, solche Disziplinarmaßnahmen zu ergreifen, ergibt sich, wenn nicht beispielsweise aus besonderen Rechtsnormen (vgl. AGG), aus seinem allgemeinen Direktionsrecht i. S. einer Nebenbestimmung zum Arbeitsvertrag. Für den öffentlichen Dienst gelten zwar besondere gesetzliche Bestimmungen, die öffentliche Arbeitsverhältnisse reglementieren, grundsätzlich kennt aber auch das öffentliche Dienstrecht das Weisungs- und Direktionsrecht des Dienstherrn.

Entscheidung

Das Verwaltungsgericht Koblenz hatte über die Klage eines Beamten zu entscheiden, der sich gegen seine Versetzung in eine andere Dienststelle, auf einen anderen Dienstposten, wehrte. Die Versetzung wurde vom Dienstvorgesetzten ausgesprochen, nachdem es zwischen dem Kläger und seinem unmittelbaren Vorgesetzten zu erheblichen Spannungen, die schließlich in Handgreiflichkeiten endeten, gekommen war. Der Kläger hatte gegen die Versetzung u. a. eingewendet, es liege kein sachlicher Grund hierfür vor und außerdem erleide er hierdurch erhebliche Nachteile. Insbesondere hatte er aber eingewendet, dass die Entscheidung, gerade ihn zu versetzen, ermessensfehlerhaft sei. Dieser Auffassung folgte das Verwaltungsgericht nicht, sondern führte aus, dass die Berechtigung zur Umsetzung wegen irreparabler Schäden der reibungslosen Zusammenarbeit und der damit verbundenen erheblichen Störung des Vertrauensverhältnisses gegeben gewesen sei. Gleichzeitig räumte das Gericht dem Dienstherrn einen weiten Ermessensspielraum mit Rücksicht auf seine Umsetzungsentscheidung ein, die alleine einer Missbrauchskontrolle unterliege.

Konsequenz

Zwar unterliegt das beamtenrechtliche Beschäftigungsverhältnis besonderen gesetzlichen Vorschriften, bedeutsam ist die Entscheidung aber mit Rücksicht auf den weiten Ermessensspielraum, den das Gericht dem Dienstherrn einräumt. Insoweit kann die Entscheidung und der in ihr ausgedrückte Entscheidungsspielraum jedenfalls in der streitigen Auseinandersetzung mit einem Arbeitnehmer in Fragen des Weisungs- und Direktionsrechts des Arbeitgebers als Vergleich herangezogen werden.

6. Arbeitsförderungs-Initiative „50Plus“ in Kraft

Hintergrund

Schon in der jüngeren Vergangenheit hat die Politik immer wieder auch durch gesetzliche Maßnahmen versucht, ältere (langzeitarbeitslose) Arbeitnehmer wieder in den ersten Arbeitsmarkt zu integrieren. Bekanntester, letztendlich vom Europäischen Gerichtshof als europarechtswidrig eingestuft Versuch hierzu war wohl, die Befristung von Arbeitsverhältnissen mit älteren Arbeitnehmern im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern zu erleichtern.

Inhalt des Gesetzesprogramms

Am 1.5.2007 ist nunmehr die Initiative „50Plus“ in Kraft getreten, bei der es sich um ein gesetzlich verankertes Programm handelt, das die Beschäftigungschancen für ältere Arbeitnehmer und Arbeitslose verbessern soll. Kernpunkte der Neuregelung sind Kombilöhne für ältere Arbeitslose, die sich für eine schlechter bezahlte Tätigkeit entscheiden, sowie Eingliederungszuschüsse für Arbeitgeber, die ältere Arbeitnehmer einstellen. Außerdem gelten neue Befristungsregelungen für ältere Arbeitnehmer. Im Hinblick auf den Kombilohn bedeutet dies, dass Arbeitslose, die das 50. Lebensjahr vollendet haben, einen Kombilohn erhalten können, wenn sie einen Job annehmen, der schlechter bezahlt wird als ihre vorhergehende Beschäftigung, und mindestens noch für 120 Tage einen Anspruch auf Arbeitslosengeld I haben. Der Kombilohn soll die Differenz zum alten Gehalt teilweise ausgleichen, und zwar im ersten Jahr zu 50 % und im zweiten Jahr zu 30 %. Zusätzlich werden die Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung aus der neuen Beschäftigung zu 90 % der früheren Beiträge bezuschusst. Daneben können Arbeitgeber Eingliederungszuschüsse erhalten, wenn sie Arbeitnehmer, die das 50. Lebensjahr vollendet haben, einstellen und mindestens ein Jahr lang beschäftigen. Weiterer Bestandteil des Maßnahmenkataloges ist eine Regelung, nach der Arbeitgeber mit älteren Arbeitssuchenden (älter als 52 Jahre) sachgrundlos befristete Arbeitsverträge mit einer Höchstbefristungsdauer von fünf Jahren abschließen können, wobei die Befristung mehrfach verlängert werden kann. Voraussetzung für das Befristungsmodell ist lediglich eine mindestens viermonatige vorherige Beschäftigungslosigkeit. Schließlich soll die Weiterbildung älterer Arbeitnehmer in Betrieben ausgeweitet werden. Arbeitnehmer können bereits ab Vollendung des 45. Lebensjahres (bisher: ab 50) und in Betrieben mit bis zu 250 Beschäftigten (bisher: 100) sog. Bildungsgutscheine beanspruchen.

7. Spekulationsfrist beginnt erst bei Eintragung der Verschmelzung

Einführung

Werden zwei Kapitalgesellschaften miteinander verschmolzen, findet bei den Gesellschaftern der übertragenen Gesellschaft ein Anteilstausch statt. Dieser Vorgang ist für den Anteilseigner i. d. R. steuerneutral, wenn ein entsprechender Antrag gestellt wird. Allerdings beginnt mit dem Tausch eine neue „Spekulationsfrist“ für ein evtl. privates Veräußerungsgeschäft – die Frage ist nur: wann?

Entscheidung

Das FG München hat in einem Beschluss über eine beantragte Vollziehungsaussetzung entschieden, dass die im Wege der Verschmelzung erworbenen Aktien am Tag der Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister als angeschafft gelten. Erfolgt innerhalb eines Jahres nach diesem Termin ein Verkauf, dann liegt ein privates Veräußerungsgeschäft vor.

Gründe

Erst mit der Eintragung wird die Verschmelzung zivilrechtlich wirksam. Die im Umwandlungssteuergesetz vorgesehene Rückwirkung auf den steuerlichen Übertragungstichtag, der regelmäßig vor der Eintragung liegt, gilt nach Überzeugung der Richter nur für die Einkommensermittlung der beteiligten Gesellschaften.

Konsequenz

Um steuerpflichtige Veräußerungsgewinne zu vermeiden, muss ein Aktionär im Falle der Verschmelzung den Tag der Eintragung im Handelsregister kennen. Gerade bei größeren Wertpapierdepots mit häufigem Umschlag stellt dies für Anleger und ihre Berater eine große Herausforderung dar.

8. **Gewerblichkeit: Risiko für selbstständige Berater**

Kernproblem

Das FA behandelte die Einkünfte eines Diplom-Bankbetriebswirts (Bankakademie) abweichend von der Steuererklärung nicht als solche aus freiberuflicher, sondern aus gewerblicher Tätigkeit und erließ entsprechende Gewerbesteuermessbescheide. Der Kläger beriet seine Kunden in Bank- und Finanzierungsfragen, aber auch auf dem Gebiet der Finanz-, Anlagen- und Kreditberatung.

Rechtslage

Gewerbliche Einkünfte haben alle, die selbstständig eine nachhaltige Betätigung ausüben, mit der Absicht, Gewinn zu erzielen und sich dafür am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr beteiligen. Ob eine solche Tätigkeit als freiberuflich o. Ä. gilt, muss stets der Steuerpflichtige beweisen. Weil der Katalog der Freiberufler abschließend im EStG aufgezählt ist, kommt oft nur ein ähnlicher Beruf infrage.

Entscheidung

Die Auffassung des Klägers, dass seine Tätigkeit der eines beratenden Betriebswirts ähnlich und damit freiberuflicher Art sei, hat das FG Münster in seinem Urteil vom Dezember 2006 rechtskräftig aber nicht geteilt, obwohl der Kläger ein Studium der BWL an der Fernuniversität und ein Studium an der Bankakademie absolviert hatte. Das Finanzamt sah eine Ähnlichkeit des tatsächlichen Tätigkeitsbereichs mit dem eines Finanzberaters bzw. Finanzanalysten. Daher seien die Studien des Klägers für die Beurteilung unerheblich, anders als bei beratenden Betriebswirten.

Konsequenz

Selbstständige Bank- und Finanzierungsberater üben eine gewerbliche Tätigkeit aus und unterliegen damit neben der Einkommen- auch der Gewerbesteuer. Eine Freiberuflichkeit kommt nach rechtskräftigem Urteil des FG nicht in Betracht, weil Ausbildung und Abschluss zum Bankbetriebswirt nicht identisch mit dem „normalen“ Betriebswirt seien. Das zeige auch schon die Bezeichnung „Bank“-Betriebswirt i. S. eines Spezialgebietes. Vor allem aber habe der Betriebswirt ein fachlich viel breiter angelegtes Wissensspektrum. Im Streitfall hat der Kläger nicht nachgewiesen, dass er über eine Ausbildung verfügt, die einem beratenden Betriebswirt, zumindest mit Fachschulniveau, vergleichbar ist.

9. **Neu in eine Gemeinschaftspraxis eintretende Vertragsärzte dürfen drei Jahre lang von den Mitgesellschaftern „überprüft“ werden**

Kernproblem

Grundsätzlich müssen Ärzte, die einen Vertragsarzt in ihre Gemeinschaftspraxis aufnehmen wollen, die Möglichkeit haben, zu prüfen, ob der neue Partner zu ihnen passt. Sie dürfen die Beteiligung des neu hinzutretenden Vertragsarztes daher zeitlich beschränken. Insoweit ist ein Zeitraum von drei Jahren angemessen.

Sachverhalt

Die Parteien sind Ärzte, die früher eine Gemeinschaftspraxis betrieben haben. Die Klägerin ist jetzt selbstständig tätig, der Beklagte hatte nach dreieinhalb Jahren der Zusammenarbeit den Gesellschaftsvertrag ordentlich gekündigt und berief sich hierzu auf eine gesellschaftsvertragliche Regelung, wonach dem Beklagten für die Dauer von zehn Jahren ein Übernahmerecht zustehen sollte, das selbst bei einer gegen ihn gerichteten fristlosen Kündigung gelten solle.

Die Klägerin begehrte die Feststellung, dass die Kündigung wegen Verstoßes gegen das „Hinauskündigungsverbot“ unwirksam sei.

Das Landgericht gab der Klage statt, auf die Berufung des Beklagten wurde das Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Die Revision der Klägerin hatte keinen Erfolg mehr.

Entscheidung

Das für die Dauer von zehn Jahren im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Übernahmerecht des Beklagten war nichtig, konnte aber unter Heranziehung der Bestimmung über die Teilnichtigkeit auf drei Jahre reduziert werden. Ferner konnte sich die Klägerin aber auf die an sich schon unwirksame Kündigung nicht nach den Grundsätzen von Treu und Glauben berufen, weil sie schon nach zwei Jahren und sieben Monaten von der beabsichtigten Kündigung Kenntnis hatte. Zwar soll jedes Mitglied einer Personengesellschaft seine Rechte und Pflichten unabhängig von dem Wohlwollen der Mehrheit in Selbstverantwortung

ausüben und nicht unter dem „Damoklesschwert“ des jederzeitigen Ausschlusses stehen dürfen. Diese Situation, die für jeden Gesellschafter mit der Begrenzung der Kündigungsfrist zeitlich eingeschränkt werden soll, bestand aber für den Beklagten bereits vor Ablauf der höchstzulässigen Drei-Jahres-Frist nicht mehr.

Konsequenz

Mit dem Urteil hat der BGH die im „Laborärzte-Fall“ offen gelassene Frage entschieden, für welchen begrenzten Zeitraum den aufnehmenden Berufsträgern die Möglichkeit zugebilligt werden kann, zu prüfen, ob der neue Partner in die Gesellschaft passt. Eine Drei-Jahres-Frist umfasst den Zeitraum des gegenseitigen Kennenlernens und eröffnet ausreichend Zeit, auftretende Differenzen auszuräumen und tragfähige Kompromisse zu schließen.

10. Vermögensverwaltende Personengesellschaft durch ausländische Kapitalgesellschaft gewerblich prägbar

Der allgemeine Grundsatz

Nach dem Grundsatz der „gewerblich geprägten Personengesellschaft“ kann jede mit Einkünfteerzielungsabsicht unternommene Tätigkeit einer Personengesellschaft als in vollem Umfang gewerblich anzusehen sein, unabhängig davon, ob die Tätigkeit selbst gewerblicher Natur ist. Bereits klassische vermögensverwaltende Tätigkeiten, wie bspw. Vermietung und Verpachtung oder Kapitalüberlassung, können so einen Gewerbebetrieb begründen.

Voraussetzung für die Anwendung dieser Fiktion ist, dass als persönlich haftender Anteilseigner der Gesellschaft ausschließlich eine (oder mehrere) Kapitalgesellschaft/en beteiligt ist/sind und nur diese oder gesellschafterfremde Dritte zur Geschäftsführung berufen sind. Betroffen ist also insbesondere die „typische“ GmbH & Co. KG, bei der die Kommanditisten regelmäßig (vgl. § 164 HGB) von der Führung der Geschäfte ausgeschlossen sind.

Diese Regelung galt bisher schon bei vermögensverwaltenden ausländischen Personengesellschaften. Diese können gewerblich geprägt werden, soweit ihr rechtlicher Aufbau und ihre wirtschaftliche Gestaltung einer inländischen Personengesellschaft entsprechen (sog. Typenvergleich).

Entscheidung des BFH

Nach der BFH-Entscheidung vom 14.3.2007 reicht nunmehr auch für die „aktive“ Prägung eine ausländische Kapitalgesellschaft aus, die nach Aufbau und Gestaltung einer inländischen Kapitalgesellschaft entspricht.

Dabei kommt es – wie der BFH ausdrücklich hervorhebt – auch nicht darauf an, ob die ausländische Kapitalgesellschaft selbst tatsächlich gewerblich tätig ist. Ausreichend ist vielmehr die typenvergleichbare Rechtsform, um in- wie ausländische Personengesellschaften prägen zu können.

Konsequenz

Durch die Qualifizierung als Gewerbebetrieb drohen insbesondere bei der Aufgabe des Betriebs zusätzliche Belastungen durch die Aufdeckung stiller Reserven.

11. Jahressonderzahlungen auch für befristet Beschäftigte

Kernfrage/Rechtslage

Regelmäßig besteht ein Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf Sonderzahlungen nicht, es sei denn eine solche ist ausdrücklich im Arbeitsvertrag geregelt, durch Tarifvertrag vereinbart oder der Arbeitgeber ist durch betriebliche Übung zur Zahlung verpflichtet. Regelmäßig sehen Arbeitsverträge daher sog. Freiwilligkeitsklauseln vor, die einen Rechtsanspruch ausdrücklich ausschließen. Darüber hinaus sehen insbesondere Standardarbeitsverträge oftmals vor, dass erhaltene Sondervergütungen eines Jahres zurückzahlen sind, wenn das Arbeitsverhältnis bis zu einem bestimmten Termin im Folgejahr vonseiten des Arbeitnehmers beendet wird. Scheidet ein Arbeitnehmer mithin bis zum Ende des Jahres oder in dem Nachwirkungszeitraum aus dem Betrieb aus, so wird regelmäßig die Zahlung von Sondergratifikationen verweigert oder es werden geleistete Zahlungen zurückgefordert. Unberücksichtigt bleibt dabei oftmals, dass es ständiger Rechtsprechung entspricht, dass das Verweigerungs- bzw. Rückforderungsrecht davon abhängig ist, aus welchem Grund und für welche Zwecke die Sondergratifikation gezahlt

wird. Soll damit bereits geleistete Arbeit honoriert werden, kann das Verweigerungs- bzw. Rückforderungsrecht ggf. nicht ausgeübt werden. Etwas anderes gilt, wenn zukünftige Betriebstreue honoriert werden soll.

Entscheidung

Das Bundesarbeitsgericht hatte über folgenden Fall zu entscheiden. Geklagt hatte ein für den Zeitraum von September bis Ende Dezember des Folgejahres befristet beschäftigter Arbeitnehmer. Sein Arbeitsvertrag sah mit Rücksicht auf Sonderzahlungen sowohl eine Freiwilligkeitsklausel als auch eine Klausel vor, nach der eine Rückzahlung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Folgejahr aus vom Arbeitnehmer zu vertretenden Gründen erfolgen sollte. Im ersten Teiljahr hatte der Arbeitnehmer eine (anteilige) Sonderzahlung erhalten. Für das Folgejahr wurde wieder eine Sonderzahlung gewährt, die der Kläger aber wegen seines Ausscheidens zum Jahresende nicht erhielt. Daraufhin klagte er auf Zahlung. Das Bundesarbeitsgericht gab ihm Recht. Es war der Auffassung, der Arbeitgeber sei aus Gleichbehandlungsgrundsätzen heraus verpflichtet, auch an den Kläger eine Sonderzahlung zu leisten. Die anteilige Zahlung im ersten Jahr und die Ausgestaltung der Rückforderungsregelung zeigten, dass die Sonderzahlung nicht für zukünftige Betriebstreue geleistet worden sei. Hätte zukünftige Betriebstreue belohnt werden sollen, dann hätte die Klägerin die Sonderzahlung alleine vom Fortbestand des Arbeitsverhältnisses abhängig machen müssen. Dies habe sie aber nicht getan, sondern die Sonderzahlung sei auch vergangenheitsbezogen zu verstehen. Die Voraussetzungen der Rückforderungsklausel konnte der Kläger aber gar nicht erfüllen, weil sein Arbeitsverhältnis zum Jahresende beendet war.

Konsequenz

Im Hinblick auf Sonderzahlungen werden in Zukunft solche Klauseln nicht mehr verwendet werden können, die eine Rückforderung für den Fall vorsehen, dass das Arbeitsverhältnis im Folgejahr aus Gründen, die der Arbeitnehmer zu vertreten hat, beendet wird. Vielmehr werden Sondergratifikationsklauseln in der Zukunft darauf abstellen müssen, dass nur zukünftige Betriebstreue honoriert wird. Hat die Sonderzahlung eine rückwirkende Komponente, dann wird ein Anspruch des ausscheidenden Arbeitnehmers nur schwer zu verhindern sein.

12. Bundesländer wollen Gerichtsvollzieherwesen privatisieren

Einführung

Am 11.5.2007 hat der Bundesrat beim Deutschen Bundestag zwei Gesetzentwürfe zur Privatisierung des Gerichtsvollzieherwesens eingebracht.

Ziel der Gesetzentwürfe

Nach den Gesetzentwürfen sollen die Aufgaben der Gerichtsvollzieher nicht länger durch justizeigene Beamte, sondern durch Privatunternehmen, sog. Beliehene, erledigt werden, die auf eigene Rechnung, aber unter staatlicher Aufsicht tätig sind. Mit der Reform des Gerichtsvollzieherwesens will der Bundesrat Gläubigern helfen, ihre gerichtlich anerkannten Forderungen schneller und effizienter durchzusetzen. Hierzu sollen Gläubiger künftig zwischen mehreren, miteinander im Wettbewerb stehenden Gerichtsvollziehern auswählen können. Dies würde vor allem die derzeit langen Wartezeiten reduzieren. Von einem solchen Systemwechsel erhofft sich der Bundesrat den Erhalt einer effizienten Zwangsvollstreckung, insbesondere eine stärkere Orientierung am Vollstreckungserfolg. Außerdem könnten die umfangreichen staatlichen Subventionen für die Zwangsvollstreckung abgebaut werden. Um die Aufgabenübertragung zu ermöglichen, sollen das Grundgesetz und das Gerichtsvollziehergesetz geändert werden. Da das Grundgesetz nur mit Zweidrittelmehrheit und nicht zusammen mit einfachgesetzlichen Normen veränderbar ist, bedürfe es der beiden getrennten Gesetzentwürfe.

Stellungnahme des Bundesjustizministeriums

In einer ersten Stellungnahme hat sich das Bundesjustizministerium – weil Gerichtsvollzieher hoheitliche Aufgaben wahrnehmen, welche einen erheblichen Eingriff in Grundrechte der Bürger darstellen können – gegen eine Reform des Gerichtsvollzieherwesens ausgesprochen. Insbesondere müsse bedacht werden, dass Gerichtsvollzieher im äußersten Fall sogar körperliche Gewalt anwenden dürften. Dies könne Privaten nicht aufgebürdet werden. Sinnvoller sei eine Neuorganisation des bestehenden Gerichtsvollzieherwesens, vor allem die Verbesserung der Sachaufklärung. Die Sachaufklärung diene der Ermittlung der allgemeinen Vermögensverhältnisse des Schuldners durch den Gerichtsvollzieher. Eine Bund-

Länder-Arbeitsgruppe, die sich mit einem Gesetzentwurf zur Reform der Sachaufklärung befasst, stehe kurz vor dem Abschluss ihrer Arbeit.

13. Erklärungen einer Bank zur Sicherheit eines Schecks sind regelmäßig nur Auskunft, keine Garantie

Einführung

Die Parteien stritten um Schadensersatzansprüche wegen angeblicher Verletzungen von Beratungspflichten.

Sachverhalt

Der Beklagte und seine Ehefrau unterhalten bei der Klägerin ein Girokonto. Der Beklagte bot im Internet einen PKW zum Privatverkauf an. Es meldete sich ein niederländischer Interessent, der unter einem Firmenbriefkopf per Faxschreiben die Zahlung bei Abholung mit bankbestätigtem Scheck ankündigte. Der Scheck sei „Unwiederruflich, und wirt ihn von unseren hausbank pro fax bestaetigt“. Am Folgetag erhielt der Beklagte ein Fax mit dem Briefkopf der niederländischen Postbank, das auch in der Absenderkennung die „Postbank E, Fax Nr.: 09 ... 09...“ auswies. Das Fax enthielt ein Bestätigungsschreiben, eine Rückrufnummer des Direktors der Postbank sowie ein Scheckformular. Gegen Aushändigung des Originals des auf dem Fax abkopierten Formulars wickelte der Beklagte das Geschäft ab. Bei der Klägerin reichte er das Original zum Scheckeinzug ein. Der Betrag von 47.000 EUR wurde seinem Konto mit dem Vermerk „Eingang vorbeh.“ gutgeschrieben. Die X-AG, bei der die Klägerin den vermeintlichen Scheck vorlegte, sandte diesen mit dem Vermerk zurück: „Sch. ist nur in Niederland zirkulierbar“. Es stellte sich heraus, dass der Vorgang nicht in Ordnung war. Der Beklagte erstattete Anzeige gegen Unbekannt. Einigungs- und Schlichtungsversuche zwischen den Parteien scheiterten, insbesondere herrschte Uneinigkeit über den Inhalt mehrerer Gespräche rund um die Scheckeinlösung.

Entscheidung

Der Beklagte behauptet, er habe sich an die Angestellten der Klägerin mit der Bitte gewandt, den Scheck fachkundig zu prüfen und ausdrücklich nach der „Auslandsabteilung“ gefragt. Es sei erwidert worden, dass jeder den Vorgang prüfen könne. Mehrfach habe er betont, dass „nichts schief gehen“ dürfe. Eine Angestellte habe daraufhin das Fax geprüft und erklärt, dass alles in Ordnung und überzeugend sei und er ohne Bedenken den Scheck entgegennehmen und den PKW abgeben könne. Ein Anruf bei der ausländischen Bank sei nicht nötig. Insoweit hätte die Klägerin zugesagt, den Scheck zu prüfen. Gegen diese übernommene Verpflichtung habe sie aber verstoßen und müsse deshalb für den Schaden haften.

Die Klägerin vertritt hingegen die Ansicht, dass sich aus dem Girovertrag keine Rechtspflicht ergebe, Auskünfte dazu einzuholen, ob ein Scheck von der Ausstellerbank gutgeschrieben werde oder nicht. Erklärungen hierzu seien Auskunft und keine Garantie. Ein gesonderter Beratungsvertrag hierüber sei nicht abgeschlossen worden. Pflichten aus dem Girovertrag hätten Angestellte der Klägerin nicht verletzt. Vielmehr sei auch für den Beklagten erkennbar offen geblieben, ob das Schreiben gefälscht gewesen sei.

Dem schloss sich nun der BGH an. Erklärungen einer Bank zur Sicherheit eines Schecks seien i. d. R. nur eine Auskunft und keine Garantie. Zwar könne bei Unrichtigkeit dieser Erklärungen ein Schadensersatzanspruch oder eine Haftung aus einem gesonderten Beratungsvertrag in Betracht kommen, aber der Beklagte habe weder eine für seinen Schaden ursächliche falsche Auskunft noch den Abschluss eines selbstständigen Beratungsvertrages nachweisen können, nach dem die Klägerin den Scheck dahingehend hätte überprüfen müssen, ob dieser bei Einreichung auch auf dem Konto des Beklagten gutgeschrieben werde würde. In den Gesprächen sei es lediglich um die Qualifikation eines bankbestätigten Schecks gegangen. Die Klägerin habe den Scheck nur auf formale Richtigkeit und nicht auf dessen tatsächliche Einlösung überprüfen wollen. Einen Auftrag zur „besonders sorgfältigen Prüfung“ eines vermeintlich bankbestätigten Schecks habe die Klägerin nicht angenommen. Sie sei also auch nicht bereit gewesen, für dessen Einlösung einzustehen.

Konsequenz

Wenn ein Bankkunde in Anbetracht aus seiner Sicht vager Auskünfte und einer letztendlich zum Ausdruck gebrachten Weigerung, einen vermeintlichen Scheck auf Bonität zu prüfen, gleichwohl einen solchen akzeptiert, nimmt er das Risiko der Nichteinlösung selbst sehenden Auges in Kauf. Will er für die

Nichterteilung einer Gutschrift selbst nicht eintreten, muss er mit seiner Bank einen gesonderten „Prüfungsvertrag“ schließen.

14. **Passiver Ausgleichsposten ist bei Veräußerung der Organbeteiligung erfolgsneutral aufzulösen**

Einführung

Bei der Organschaft wird das steuerliche Einkommen der Organgesellschaft dem Organträger zugerechnet und von diesem versteuert. Weicht das steuerliche Einkommen von dem handelsrechtlich abgeführten Gewinn bzw. ausgeglichenen Verlust der Organgesellschaft ab, so spricht man von Mehr- bzw. Minderabführungen. Hierfür bildet der Organträger in seiner Steuerbilanz einen passiven bzw. aktiven Ausgleichsposten. Dieser Posten wird bei einer Veräußerung der Organbeteiligung aufgelöst. Bislang war nicht eindeutig geklärt, ob die Auflösung ergebniswirksam oder ergebnisneutral zu erfolgen hat.

Auffassung der Finanzverwaltung

Nach Auffassung der Finanzverwaltung wird der Ausgleichsposten in der Steuerbilanz des Organträgers so lange weitergeführt, wie die Beteiligung an der Organgesellschaft noch besteht. Auch die Beendigung des Ergebnisabführungsvertrages führt nicht zu einer Auflösung. Erst bei Veräußerung der Beteiligung sind die Ausgleichsposten ertragswirksam aufzulösen. Dabei sollen die Vorschriften des Halbeinkünfteverfahrens zur Anwendung kommen.

Entscheidung des BFH

Der BFH hat entschieden, dass die Auflösung des passiven Ausgleichspostens im Fall der Veräußerung nicht zu einer Gewinnerhöhung führt. Der Ausgleichsposten sei lediglich ein bilanztechnisches Mittel, die Einmalbesteuerung des Organeinkommens sicherzustellen. Für die erfolgswirksame Auflösung dieses Erinnerungspostens fehle die gesetzliche Grundlage, die zumindest im Fall des passiven Ausgleichspostens erforderlich sei, da dies zu einer Belastung des Steuerpflichtigen führt. Die hiervon abweichende Verwaltungspraxis habe sich auch nicht zu Gewohnheitsrecht verfestigt.

Konsequenz

Der BFH hat lediglich den Fall des passiven Ausgleichspostens entschieden. Für den umgekehrten Fall wird es vorerst bei einer Gewinn mindernden Auflösung des aktiven Ausgleichspostens bleiben, da sich die Finanzverwaltung durch die entsprechende Richtlinienregelung selbst gebunden hat. Allerdings dürfte diese imparitätische Behandlung des Ausgleichspostens, wenn sie von der Finanzverwaltung überhaupt angewandt wird, nur von kurzer Dauer sein. Wahrscheinlicher ist, dass – wie in vielen ähnlich gelagerten Fällen – die bisherige Verwaltungsauffassung gesetzlich festgeschrieben wird.

GmbH-Gesellschafter/-Geschäftsführer

1. **In keinem Fall soziale Rechtfertigung bei Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers erforderlich**

Kernfrage/Rechtslage

Das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers wird von zwei verschiedenen, voneinander unabhängigen Rechtsgebieten bestimmt. Seine gesellschaftsrechtliche Stellung als handelndes Organ der GmbH richtet sich nach den einschlägigen Regelungen des GmbH-Gesetzes. In diesem organschaftlichen Rechtsverhältnis sind die Rechte und Pflichten des Geschäftsführers gegenüber der GmbH und deren Gesellschaftern geregelt. Daneben besteht zwischen der GmbH und ihrem Geschäftsführer ein schuldrechtliches Anstellungsverhältnis. In diesem schuldrechtlichen Rechtsverhältnis sind allein die Fragen der Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses des Geschäftsführers geregelt. Beide Rechtsverhältnisse haben in ihren jeweiligen Regelungsbereichen Überschneidungen. Die rechtliche Trennung von gesellschaftsrechtlicher Bestellung und schuldrechtlicher Anstellung wird besonders dann bedeutsam, wenn der Geschäftsführer abberufen wird, was nach den Regelungen des GmbH-Gesetzes jederzeit zulässig ist. Anders als im Gesellschaftsrecht wird durch die bloße Abberufung der schuldrechtliche Anstellungsvertrag nicht beendet. Hierfür bedarf es der ordentlichen Kündigung des Anstellungsvertrags (ausgesprochen durch die Gesellschafterversammlung) und der Einhaltung der Kündigungsfrist. Daher sehen

die schuldrechtlichen Anstellungsverträge regelmäßig vor, dass eine Abberufung gleichzeitig als ordentliche Kündigung des Anstellungsverhältnisses gilt (sog. Koppelungsklausel). Möglich ist es aber, die Kündigung des Anstellungsverhältnisses noch an zusätzliche Voraussetzungen zu knüpfen.

Entscheidung

Das OLG Hamm hatte über die Kündigungsschutzklage eines GmbH-Geschäftsführers zu entscheiden, dessen Anstellungsvertrag eine sog. Koppelungsklausel vorsah, und der von der Gesellschafterversammlung als Geschäftsführer abberufen worden war. Gleichzeitig sah der Anstellungsvertrag vor, dass das Kündigungsschutzgesetz Anwendung finden sollte. Wegen dieser Klausel wandte der Geschäftsführer gegen die Kündigung seines Anstellungsvertrags ein, diese sei nach Maßgabe des Kündigungsschutzgesetzes sozial nicht gerechtfertigt. Das Gericht wies die Klage des Geschäftsführers zurück und urteilte, die mit gesondertem Schreiben auf der Grundlage des Abberufungsbeschlusses und der anstellungsvertraglichen Koppelungsklausel erfolgte Kündigung unter Einhaltung der Kündigungsfrist sei wirksam. Eine Sozialauswahl musste nicht durchgeführt werden, weil der Verlust der Organstellung durch Abberufung einen zur ordentlichen Kündigung berechtigenden personenbedingten Kündigungsgrund eröffne.

Konsequenz

Die Entscheidung zeigt, dass anstellungsvertragliche Koppelungsklauseln zulässig sind. Darüber hinaus macht die Entscheidung aber deutlich, dass die Kündigung des Anstellungsvertrags in diesen Fällen jedenfalls eines wirksamen Abberufungsbeschlusses und der Einhaltung der Kündigungsfrist bedarf. Darüber hinaus wird auch bei einer Koppelungsklausel das gesonderte Kündigungsschreiben wohl nicht obsolet. Bei außerordentlichen Abberufungen aus wichtigem Grund und anschließender fristloser Kündigung gelten Besonderheiten der fristlosen Kündigung.

2. Insolvenz(reife) der GmbH: Haftung des Geschäftsführers für Sozialversicherungsbeiträge oder für Kapitalerhalt?

Kernfrage/Rechtslage

Die persönliche Haftung des Geschäftsführers der insolventen GmbH ist eine der meistdiskutierten und umstrittensten Fragen im Rahmen der Insolvenz. Während der Geschäftsführer gesellschaftsrechtlich verpflichtet ist, nach Eintritt der Insolvenzreife keine Zahlungen mehr zu leisten und das noch vorhandene Kapital zu schützen, ist er sozialversicherungsrechtlich und strafrechtlich verpflichtet, Sozialversicherungsbeiträge abzuführen. Das Dilemma stellt sich so dar: Zahlt der Geschäftsführer die Sozialversicherungsbeiträge, haftet er persönlich wegen Verstoßes gegen Kapitalerhaltungsvorschriften, zahlt er die Sozialversicherungsbeiträge nicht, ist der Straftatbestand des Vorenthaltens von Arbeitsentgelt erfüllt, sodass der Geschäftsführer neben der persönlichen Strafbarkeit auch noch persönlich auf die Sozialversicherungsbeiträge aus unerlaubter Handlung haftet. Einigkeit besteht nur dahingehend, dass eine persönliche Haftung innerhalb des dreiwöchigen Zeitraums der Insolvenzantragspflicht nicht besteht. Im Übrigen ist die Rechtslage, was die persönliche Haftung nach Ablauf der Drei-Wochen-Frist anbelangt, ungeklärt und dadurch gekennzeichnet, dass selbst innerhalb des BGH keine einheitliche Rechtsprechung besteht. Während der für Insolvenzfragen zuständige Gesellschaftsrechtsenat eine Strafbarkeit des Geschäftsführers verneint, bejaht der zuständige Strafsenat regelmäßig eine persönliche Verantwortung des Geschäftsführers. Das OLG Brandenburg hat sich nunmehr als erstes Obergericht gegen die Auffassung des zuständigen Strafsenats beim Bundesgerichtshof gestellt.

Entscheidung

Das Oberlandesgericht Brandenburg hatte über die Klage einer Krankenkasse gegen den Geschäftsführer einer GmbH zu entscheiden, der nach Eintritt der Insolvenzreife, hier in Form der Zahlungsunfähigkeit, keine Sozialversicherungsbeiträge mehr abgeführt hatte und hierfür nunmehr persönlich haften sollte. Das Gericht urteilte zu Gunsten des Geschäftsführers. Der Geschäftsführer befinde sich regelmäßig in einer Pflichtenkollision. Entweder hafte er aufgrund der Kapitalerhaltungsvorschriften dafür, dass er Sozialversicherungsbeiträge abgeführt habe, oder er hafte aus unerlaubter Haftung dafür, dass er keine Arbeitnehmeranteile abgeführt habe. Diese Pflichtenkollision führt dazu, dass dem Geschäftsführer mit Rücksicht auf eine persönliche Haftung aus unerlaubter Handlung das hierfür erforderliche Verschulden nicht zur Last gelegt werden könne. Da das Verschulden entfalle, könne der Geschäftsführer nicht aus

unerlaubter Handlung haften, wenn die Zahlungen an den Sozialversicherungsträger nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit fällig geworden sind. Der Geschäftsführer könne demnach weder für die nicht abgeführten Sozialversicherungsbeiträge im dreiwöchigen Antragszeitraum noch für die nicht abgeführten Beiträge nach Ablauf der Drei-Wochen-Frist persönlich in Regress genommen werden.

Konsequenz

Die Entscheidung des OLG wendet sich gegen die bisherige strafrechtliche Rechtsprechung des BGH, der eine persönliche Haftung des Geschäftsführers und damit verbunden auch dessen Strafbarkeit für diejenigen nicht abgeführten Sozialversicherungsbeiträge, die nach Ablauf der dreiwöchigen Insolvenzantragspflicht zu entrichten sind, regelmäßig bejaht. Die Entscheidung ist aus Sicht des Geschäftsführers zu begrüßen und in entsprechenden Fällen zur Verteidigung heranzuziehen. Ob eine entsprechende Verteidigung in Ansehung der Rechtsprechung des BGH erfolgreich ist, bleibt offen. Eine genau entgegengesetzte, jüngere Entscheidung eines anderen OLG existiert. Beide Entscheidungen liegen dem BGH zur Entscheidung vor.

3. Porto, durchlaufender Posten oder Entgelt?

Kernproblem

Werbeagenturen u. ä. Unternehmen übernehmen häufig den Versand von Prospekten, Flyern usw. für ihre Kunden. Dabei wird das Porto zunächst verauslagt und den Kunden anschließend weiterberechnet. Wirtschaftlich betrachtet stellt das Porto einen durchlaufenden Posten dar. Umsatzsteuerlich kann die Weiterbelastung des Portos hingegen als steuerpflichtiger Bestandteil des Entgelts oder als nicht steuerbarer durchlaufender Posten zu erfassen sein.

Neue Verwaltungsanweisung

Nach Ansicht der OFD Frankfurt kann das Porto nur als durchlaufender Posten behandelt werden, wenn der Kunde in Rechtsbeziehungen zur Deutschen Post AG tritt. Dies setzt voraus, dass der Kunde als Absender auf dem Brief vermerkt ist. Die Weiterbelastung des Portos ist damit als durchlaufender Posten zu behandeln, wenn das Unternehmen

- Briefe für den Auftraggeber versendet, das Porto verauslagt und der Auftraggeber als Absender auf den Briefen genannt ist,
- sich als Großkunde bei der Deutschen Post AG anmeldet, die Briefe dort einliefert und der Auftraggeber als Absender angegeben wird.

Verwenden die Unternehmen ihren eigenen Freistempler, so stellt die Weiterbelastung des Portos einen durchlaufenden Posten dar, wenn das Unternehmen

- in den Stempel das „Klischee“ des Auftraggebers einsetzt oder
- auf andere Weise den Kunden, z. B. durch Absenderaufkleber oder Aufdruck des Absenders auf den Umschlag, als eigentlichen Absender kennzeichnet.

Konsequenz

Sofern Porto weiterbelastet wird, sollten die betroffenen Unternehmen die dargestellten Grundsätze beachten. Gegenüber Auftraggebern, die nicht vollständig zum Vorsteuerabzug berechtigt sind, sollte der Auftrag so abgewickelt werden, dass das Porto als durchlaufender Posten zu erfassen ist, um eine Mehrbelastung durch die Umsatzsteuer zu vermeiden. Für Versandhandelsunternehmen besteht diese Möglichkeit nicht, da nur sie die Rechtsbeziehung zur Deutschen Post AG unterhalten. Die Weiterbelastung des Portos unterliegt bei ihnen daher der Umsatzsteuer.

4. Korrektur des Vorsteuerabzugs

Einführung

Im Zeitpunkt des Leistungsbezugs ist auf Basis der beabsichtigten Verwendung über die Höhe des Vorsteuerabzugs zu entscheiden. Weicht die spätere Verwendung hiervon ab, erfolgt unter bestimmten Voraussetzungen eine Korrektur der Vorsteuer über § 15a UStG. Unter die Korrekturvorschrift fallen auch sonstige Leistungen, die an einem Wirtschaftsgut ausgeführt werden (z. B. Malerarbeiten an einem Gebäude) und Gegenstände, die nachträglich in ein Wirtschaftsgut eingehen (z. B. Einbau eines Autoradios in ein Kfz; § 15 Abs. 3 UStG).

Neue Verwaltungsanweisung

In einem aktuellen Schreiben bezieht das BMF u. a. Stellung zu der ab dem 1.1.2007 gültigen Neufassung des § 15 Abs. 3 UStG. Demnach sind mehrere im Rahmen einer Maßnahme an einem Wirtschaftsgut bezogene Leistungen zu einem Berichtigungsobjekt zusammen zu fassen, wenn die Leistungen nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten dem Erhalt oder der Verbesserung des Wirtschaftsguts dienen. Das BMF unterstellt dies für Leistungen an einem beweglichen Wirtschaftsgut, die innerhalb von 3 Kalendermonaten bezogen werden. Bei unbeweglichen Wirtschaftsgütern beträgt der Zeitraum 6 Kalendermonate. Möchte das Unternehmen von den genannten Zeiträumen abweichen, verlangt das BMF einen Nachweis. Die Zusammenfassung erfolgt auch, wenn die Leistungen von unterschiedlichen Unternehmen bezogen werden. Leistungen, die im Zeitpunkt des Leistungsbezugs verbraucht sind, werden nicht einbezogen. Der Korrekturzeitraum von 5 Jahren bei beweglichen und 10 Jahren bei unbeweglichen Wirtschaftsgütern beginnt zu dem Zeitpunkt, in dem das Wirtschaftsgut nach Durchführung der Maßnahme erstmalig zur Ausführung von Umsätzen verwendet wird.

Konsequenz

Für Unternehmen wird sich zukünftig die Frage stellen, ob es sinnvoll ist, die vom BMF vorgegebenen Zeiträume zu akzeptieren oder nachzuweisen, dass die Leistungen über einen längeren oder kürzeren Zeitraum zusammen zu fassen sind. Für einen längeren Zeitraum spricht grundsätzlich die Vereinfachung, indem die Anzahl der zu überwachenden Korrekturzeiträume minimiert wird (z. B. bei Gebäuden). Wenn allein aufgrund der Zusammenfassung der Leistungen, die Bagatellgrenzen des § 44 UStDV überschritten werden, sollte eine Verkürzung des Zeitraums angestrebt werden, soweit eine Vorsteuerkorrektur zulasten des Unternehmens erwartet wird (und umgekehrt).

5. Kiesvorkommen darf nicht abgeschrieben werden

Einführung

Gehört ein Wirtschaftsgut zum Privatvermögen, so unterliegen Wertsteigerungen im Regelfall nicht der Besteuerung. Bei einer späteren Einlage dieses Wirtschaftsguts in ein Betriebsvermögen kann es zu einer steuerfreien Wertaufstockung und zu einer Steuerersparnis kommen, wenn die Abschreibungen von dem höheren Einlagewert vorgenommen werden. Ein Fall mit besonders großen steuerlichen Auswirkungen beschäftigt die Finanzgerichte bereits seit Jahrzehnten.

Sachverhalt

Der Kläger hatte ein ehemals landwirtschaftlich genutztes Kiesgrundstück im Wege der vorweggenommenen Erbfolge von seiner Mutter erworben. Einige Jahre später beantragte er die Erlaubnis zur Kiesentnahme. Vor Beginn der Abbauarbeiten legte er das Wirtschaftsgut „Kiesvorkommen“ mit dem Teilwert (420.000 DM) in sein Betriebsvermögen ein und nahm hierauf später Absetzungen für Substanzverringering vor.

Entscheidung

Nachdem verschiedene Senate des BFH zu dieser Frage unterschiedliche Auffassungen vertreten hatten, musste der Große Senat als Schlichter entscheiden. Nach dessen Entscheidung ist das Kiesvorkommen ein materielles Wirtschaftsgut, das auch bei unentgeltlichem Erwerb im Fall der Einlage in ein Betriebsvermögen mit dem Teilwert anzusetzen ist. Allerdings dürfen keine Absetzungen für Substanzverringering vorgenommen werden. Damit soll „verhindert werden, dass die Besteuerung der Abbauerträge unterbleibt“.

Konsequenz

Die Entscheidung des Großen Senats ist erkennbar von dem gewünschten Ergebnis getragen: Steuerpflichtige, die keine Anschaffungs- oder Herstellungskosten zu tragen hatten, sollen auch keine Abschreibungen geltend machen dürfen. Steuersystematisch ist die Entscheidung durchaus fragwürdig. Trotz des Urteils dürfte ein steuermindernder Ansatz des Teilwerts in anderen Konstellationen zulässig sein. Spätestens mit Beendigung des Kiesabbaus liegt bilanziell ein Abgang vor, ggf. kommen schon vorher Teilwertabschreibungen in Betracht.

6. Negativbeweis bei Falschberatung eines Steuerberaters

Kernproblem

Derjenige, der einen zur umfassenden Belehrung und Aufklärung verpflichteten Steuerberater auf Leistung von Schadensersatz in Anspruch nimmt, weil dieser seine Pflichten nicht gehörig erfüllt habe, trägt für dieses Unterlassen die Beweislast, auch wenn ihm damit der Beweis einer negativen Tatsache aufgebürdet wird. Es handelt sich hierbei jedoch nicht um eine Umkehr der Beweislast.

Sachverhalt

Der Kläger war Inhaber eines landwirtschaftlichen Betriebs. Da er den Verkauf mehrerer Grundstücke beabsichtigte, suchte er den beklagten Steuerberater zwecks Beratung auf, der ihm zur Erklärung der Aufgabe des land- und forstwirtschaftlichen Betriebes riet. Dies tat der Kläger auch. Bei einer Betriebsprüfung wurde seitens der Finanzbehörde festgestellt, dass der Kläger vor der Betriebsaufgabe drei Grundstücke mit Gewinn veräußert hatte, danach hatte er noch Gewinne aus weiteren Grundstücksverkäufen erzielt. Die Festsetzungen in den Einkommensteuerbescheiden für die betreffenden Jahre führten zu erheblichen steuerlichen Mehrbelastungen des Klägers. Der Kläger verlangte mit seiner Klage vom Beklagten Ersatz der steuerlichen Mehrbelastungen, die auf der Betriebsaufgabe beruht hätten. Der Beklagte habe insoweit seine Beratungspflicht verletzt.

Die Klage wurde abgewiesen.

Entscheidung

Die Pflichten eines Steuerberaters ergeben sich aus Inhalt und Umfang des ihm erteilten Mandats. Innerhalb dessen hat er den Auftraggeber umfassend zu beraten. Der Beklagte hätte den Kläger über die bei einer Betriebsaufgabe anfallenden steuerlichen Belastungen, die steuerlichen Folgen einer Grundstücksveräußerung und Gestaltungsalternativen und die Möglichkeit einer Wiederanlage der Erlöse – unmittelbar oder nach Einbringung in eine Gesellschaft – belehren müssen.

Nach Ansicht des Gerichts hat der Kläger den ihm obliegenden Beweis für einen Verstoß des Beklagten gegen diese Verpflichtung nicht erbracht. Der Kläger trug für die unterlassene Pflichterfüllung des Beklagten die Beweislast, auch wenn er damit den Beweis einer negativen Tatsache erbringen musste. Bei dem Beweis negativer Tatsachen ändert sich an den allgemeinen Beweisregeln nichts.

Konsequenz

Die Schwierigkeit des sog. Negativbeweises ist dadurch zu beheben, dass die Gegenpartei – der Beklagte – nach Lage des Falls die Behauptung substantiiert bestreitet und die beweisbelastete Partei – der Kläger – die Unrichtigkeit der Gegendarstellung beweisen muss.

7. Dritte können die Eintragung einer GmbH ins Handelsregister bei mangelnder Unterscheidbarkeit der Firma verhindern

Kernproblem

Die Eintragung einer angemeldeten GmbH im Handelsregister kann durch dritte Personen nur verhindert werden, wenn sie in eigenen Rechten unmittelbar verletzt sind. Eine Beschwerdebefugnis ist gegeben, wenn der neu einzutragenden Firma die nach § 30 HGB erforderliche Unterscheidbarkeit fehlt.

Sachverhalt

Der Beteiligte hatte als Alleingesellschafter und Geschäftsführer die von ihm gegründete N-GmbH zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet. Der Beschwerdeführer ist der Anmeldung mit der Begründung entgegengetreten, dass es sich bei der Bezeichnung „N“ um die im Geschäftsverkehr bekannte Bezeichnung N2 für die vormalige Firma seines Vaters handle. Das Unternehmen falle in den Nachlass einer ungeteilten Erbengemeinschaft, zu der auch der Beteiligte gehöre. Der Geschäftsbetrieb der N2 ruhe zwar, könne und werde jedoch wieder aufgenommen.

Das Amtsgericht hat die Akte dem Landgericht vorgelegt, das das Amtsgericht zur Vornahme der Eintragung anwies. Die hiergegen gerichtete weitere Beschwerde des Beschwerdeführers wurde als unbegründet zurückgewiesen.

Entscheidung

Der Beschwerdeführer kann die Eintragung der N-GmbH ins Handelsregister nicht verhindern, da er nicht in seinen individuellen Rechten beeinträchtigt ist. Im Eintragungsverfahren berücksichtigungsfähig ist das Firmenrecht nach § 30 HGB. Die erforderliche Firmenunterscheidbarkeit zu anderen eingetrag-

nen Gesellschaften war aber im Streitfall gewahrt. Der Ansicht, dass die N-GmbH wegen des Bekanntheitsgrades von N2 mit dieser gleichzusetzen sei, ist das Gericht nicht gefolgt, denn bei der Bezeichnung N handelt es sich um eine sonstige Unternehmensbezeichnung, die als Geschäftsbezeichnung i. S. des Markengesetzes zu qualifizieren ist. Im Registerverfahren sind solche Schutzrechte bei der Prüfung der Firmenzulässigkeit nicht zu berücksichtigen.

Konsequenz

Derjenige, der die Auffassung vertritt, die neu einzutragende Firma stehe aufgrund ihres Bekanntheitsgrades einer schon eingetragenen Firma gleich, muss markenschutzrechtlich dagegen vorgehen. Durch die Eintragung der GmbH im Handelsregister wird er im Hinblick auf eine Täuschungshandlung der Firmenbildung nicht in eigenen Rechten, sondern allenfalls mittelbar oder wirtschaftlich betroffen.

8. Teilzeitkräfte haben einklagbaren Anspruch auf Vollzeitstelle

Kernfrage/Rechtslage

Will ein Arbeitnehmer seine Arbeitszeit auf eine Teilzeitstelle verringern, so muss der Arbeitgeber diesem Wunsch i. d. R. nachkommen. Will ein Teilzeitbeschäftigter seine Arbeitszeit (wieder) aufstocken, so sieht das Teilzeit- und Befristungsgesetz vor, dass aufstockungswillige Teilzeitkräfte bei der Besetzung eines entsprechenden freien Arbeitsplatzes bevorzugt berücksichtigt werden müssen, wenn keine dringenden betrieblichen Gründe oder Arbeitszeitwünsche anderer Teilzeitkräfte entgegenstehen. Sind diese Voraussetzungen zu Gunsten der aufstockungswilligen Teilzeitkraft erfüllt, dann hat der Teilzeitbeschäftigte einen einklagbaren Rechtsanspruch auf Aufstockung der Arbeitszeit.

Entscheidung

Das Bundesarbeitsgericht hat diesen Rechtsanspruch auf Aufstockung in einer jüngeren Entscheidung bestätigt. Auf Aufstockung der Arbeitszeit geklagt hatte eine Teilzeitkraft, die zu Tarifvertragsbedingungen beschäftigt war und deren Arbeitgeber insgesamt vier freie Vollzeitstellen ausgeschrieben hatte. Der Arbeitgeber hatte das Aufstockungsbegehren damit zurückgewiesen, dass die vier Stellen außerhalb des Tarifvertrages ausgeschrieben seien und eine Aufstockung nur dann infrage käme, wenn die klagende Teilzeitkraft bereit gewesen wäre, zu außertariflichen Bedingungen zu arbeiten. Das Bundesarbeitsgericht wies die Rechtsauffassung des Arbeitgebers zurück. Die nur außertarifliche Ausschreibung der Vollzeitstellen stelle keinen dringenden betrieblichen Grund dar, der geeignet sei, den vom Gesetzgeber gewollten Rechtsanspruch zur Aufstockung auf eine Vollzeitstelle ausnahmsweise zurückzudrängen. Primär müsse dem Aufstockungsverlangen bereits beschäftigter Teilzeitkräfte nachgegeben werden, auch wenn dies zu höheren als den beabsichtigten Kosten führe.

Konsequenz

Will der Arbeitgeber den Aufstockungsanspruch abwenden, wird es erforderlich sein, mithilfe eines nachprüfbaren (d. h. ordentlich dokumentierten) Personalmanagements darzulegen, dass betriebliche Gründe, z. B. kein entsprechender Arbeitsbedarf, gegen eine Aufstockung sprechen. Bei einer frei werdenden Vollzeitstelle ist darüber hinaus zu überlegen, ob diese, wenn Teilzeitkräfte vorhanden sind, zuerst nur betriebsintern ausgeschrieben wird.