

## **Mandanteninformationen des Monats Oktober 2007**

Der Ihnen 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:

### **Inhalt**

#### **Privatbereich**

1. Betriebsprüfung bei Einkunftsmillionären
2. Verfassungswidrigkeit der Besteuerung von Spekulationsgewinnen ab 2000?
3. Zustimmungspflicht zur Zusammenveranlagung im Trennungsjahr
4. Reform der Insolvenzordnung – Vereinfachtes Verfahren für mittellose Schuldner
5. Besonderes Kirchgeld
6. Angemessenheitsgrenze bei doppelter Haushaltsführung
7. Kfz-Steuer für Geländewagen
8. Krankenfahrten mit dem Taxi zum ermäßigten Steuersatz?

#### **Unternehmer und Freiberufler**

1. Rückstellungen für die Aufbewahrung von Geschäftsunterlagen
2. Kündigung nur mit Original-Kündigungsschreiben
3. Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers wegen unzureichender Information über betriebliche Unfallversicherung
4. Anwaltssozisten haften für das deliktische Verhalten eines „Schein-Sozius“ mit ihrem Privatvermögen
5. Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten ab 2008
6. Überentnahmen sind gesellschafterbezogen zu bestimmen
7. Preisvergleich von Produkten der eigenen Hausmarke mit Markenprodukten ist nicht wettbewerbswidrig
8. Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge und Rechtsfolgen bei Betriebsübergang
9. Trunkenheit während Dienstreise kann fristlose Kündigung rechtfertigen
10. Teilbetrieb umfasst auch Anteile an der Betriebsgesellschaft
11. Unterbeteiligung reduziert erweiterten Verlustausgleich des Kommanditisten
12. Berufshaftpflichtversicherung angestellter Rechtsanwälte als Arbeitslohn
13. Keine Steuerpause durch Umstellung des Gewinnermittlungszeitraums
14. Vorsteuerabzug im Umsatzsteuerkarussell

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

1. Unterlassenes Einschreiten gegen sexuelle Belästigung durch Mitgeschäftsführer kann fristlose Kündigung rechtfertigen
2. Krankheitsbedingte Kündigung älterer Arbeitnehmer
3. Der BGH ändert das Haftungskonzept zum so genannten „existenzvernichtenden Eingriff“
4. Postfachadresse für Klageerhebung nicht ausreichend
5. Keine Schenkungsteuer bei Formwechsel von Verein in GmbH
6. Keine Entschädigung nach AGG bei nicht ernst gemeinter Bewerbung
7. Gesellschafterwechsel führt nicht zum Betriebsübergang
8. Keine Abmahnung bei außerordentlicher Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers
9. Keine Kündigungsschutzvorschriften auf den GmbH-Geschäftsführer anwendbar
10. Widerstand gegen strategische Grundsatzentscheidungen kann Abberufung des Geschäftsführers rechtfertigen
11. Auch Formwechsel löst Sperrfrist für Gewerbesteuer aus
12. Formulärmäßiger Verzicht auf Kündigungsschutzklage unwirksam

<b>Privatbereich</b>
----------------------

## 1. Betriebsprüfung bei Einkunftsmillionären

### **Kernproblem**

Nicht nur Gewerbetreibende oder selbstständig Tätige können einer Betriebsprüfung unterzogen werden, sondern auch Privatpersonen, die hohe Einkünfte erzielen. Allerdings müssen besondere Umstände vorliegen, damit der Betriebsprüfer die Einkommensverhältnisse von Privatpersonen untersuchen darf.

### **Rechtslage**

Bei Gewerbetreibenden, Landwirten und Freiberuflern muss das Finanzamt keinen Grund für die Durchführung einer Prüfung angeben, im Gegenteil, auch zufällig ausgewählte Betriebe werden geprüft.

Privatpersonen, die Einkünfte aus nichtselbstständiger Tätigkeit, Kapitalvermögen oder Vermietung von mehr als 500.000 EUR (früher 1 Mio. DM; „Einkunftsmillionäre“) im Jahr erzielen, stuft die Finanzverwaltung zwar als Großbetriebe ein. Trotzdem können sie nicht grundlos einer Betriebsprüfung unterzogen werden: Die Betriebsprüfung ist nur zulässig, wenn sich aus den Akten ergibt, dass Aufklärungsbedarf besteht und dieser so groß ist, dass einzelne Anfragen an die Person nicht zum Ziel führen würden.

### **Entscheidung**

Das Finanzamt konnte aus den eingereichten Einkommensteuererklärungen des „Einkunftsmillionärs“ nicht erkennen, wie der Steuerpflichtige seine Einnahmen verwendet hat. Im Vergleich zu seinen hohen Einkünften aus nichtselbstständiger Tätigkeit erzielte er viel zu geringe Einkünfte aus Kapitalvermögen.

Der BFH hat diese Diskrepanz als ausreichenden Grund für die Durchführung einer Betriebsprüfung angesehen.

Die Betriebsprüfung bei Privatpersonen kann in der inländischen Wohnung des Steuerpflichtigen oder aber an Amtsstelle durchgeführt werden. Da der Steuerpflichtige zwischenzeitlich in die USA gezogen war, war die Betriebsprüfung an Amtsstelle zulässig. Dem Steuerpflichtigen ist es zuzumuten, die notwendigen Unterlagen auf eigene Kosten an das deutsche Finanzamt zu schicken.

### **Konsequenz**

Privatpersonen, die mehr als 500.000 EUR positive Einkünfte pro Jahr erzielen, werden grundsätzlich

nicht strenger überprüft als Privatpersonen mit niedrigeren Einkommen. Dennoch hat das Finanzamt die Möglichkeit, den Diskrepanzen, die im Rahmen der Einkommensteuerveranlagung aufgefallen sind, umfassender nachzugehen.

Die zunehmende Plausibilitätsprüfung der Steuererklärungen mit elektronischer Hilfe erleichtert dem Finanzamt die Suche nach einer Begründung für die Notwendigkeit einer Betriebsprüfung.

## 2. Verfassungswidrigkeit der Besteuerung von Spekulationsgewinnen ab 2000?

### Kernproblem

Noch immer ist nicht abschließend geklärt, ob die Besteuerung von Spekulationsgewinnen ab dem Jahr 1999 verfassungswidrig ist. Die Finanzämter haben begonnen, die gewährte Aussetzung der Vollziehung von Einkommensteuerbescheiden ab 1999 zu widerrufen.

### Rechtslage

Der BFH hat Ende 2005 überraschend entschieden, dass die Besteuerung der Spekulationsgewinne ab 1999 verfassungsgemäß sei. Nach Einführung des Kontenabrufverfahrens im Jahr 2005 bestehe kein Erhebungsdefizit mehr, da erzielte Spekulationsgewinne auch rückwirkend umfassend verifiziert werden könnten. Zwar wurde gegen diese Entscheidung Verfassungsbeschwerde eingelegt, trotzdem hat die Finanzverwaltung beschlossen, die Aussetzung der Vollziehung ab 1999 nicht mehr weiter zu gewähren.

### Entscheidung

Das Hessische Finanzgericht hat nach wie vor ernsthafte Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Besteuerung der Spekulationsgewinne. In dem entschiedenen Fall hat es daher weiter Aussetzung der Vollziehung für das Jahr 2000 gewährt.

Das Kontenabrufverfahren sei nicht – und schon gar nicht rückwirkend – geeignet, die Verfassungswidrigkeit der Spekulationssteuer zu beseitigen. Die geringe Zahl der durchgeführten Kontenabrufe (April 2005 – April 2007: 43.952) allein lasse darauf schließen, dass kein geeignetes Massenverfahren vorliege, um die erklärten bzw. nicht erklärten Gewinne im Rahmen der gewöhnlichen Verwaltungsabläufe überprüfen zu können.

Das Hessische Finanzgericht zweifelt darüber hinaus sogar die Verfassungsmäßigkeit der Spekulationssteuer für die Veranlagungszeiträume ab 2004 an. Selbst der Gesetzgeber habe offenbar Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit: Zukünftig wird die Einkommensteuer auf Spekulationsgewinne als Quellensteuer einbehalten. Dadurch wird die Besteuerung der Spekulationsgewinne aller Steuerpflichtigen erst ab 2009 sichergestellt.

### Konsequenz

Wenn das Finanzamt eine bereits gewährte Aussetzung der Vollziehung endgültig widerruft, kann das Finanzgericht auf Antrag die Aussetzung gewähren. Zur Begründung des Antrags kann auf das Urteil des Hessischen Finanzgerichts verwiesen werden.

## 3. Zustimmungspflicht zur Zusammenveranlagung im Trennungsjahr

### Kernproblem

Die steuerliche Zusammenveranlagung von Ehegatten führt regelmäßig zu einer Steuerentlastung im Vergleich zur getrennten Veranlagung. Die getrennte Veranlagung kann jedoch für einen Ehegatten isoliert betrachtet vorteilhaft sein. Fraglich ist dann, ob er im Trennungsjahr gleichwohl einer Zusammenveranlagung zuzustimmen hat. Darüber hinaus ist die Höhe des Nachteilsausgleichs zu bestimmen.

### Sachverhalt

Die Ehefrau (Steuerklasse V, relativ hohe Steuerabzüge) beantragte für das Trennungsjahr die getrennte Veranlagung; sie erhielt eine Steuererstattung von 2.900 EUR. Für den Ehemann (Steuerklasse III, relativ niedrige Steuerabzüge) resultierte aus seiner getrennten Veranlagung eine Nachzahlung von 3.800 EUR. Bei einer Zusammenveranlagung wäre lediglich eine „Gesamt“-Nachzahlung von 300 EUR (anstelle von 900 EUR) zu zahlen gewesen. Der Ehemann beehrte nunmehr – unter Ausgleich des Nachteils i. H. v. 300 EUR – die Zusammenveranlagung.

### **Entscheidung**

Der BGH hat ausgeführt, unter welchen Voraussetzungen die bisherige Ehefrau dem Antrag des Ehemannes auf Zusammenveranlagung zuzustimmen hat. Grundsätzlich besteht ein Anspruch auf Einwilligung, wenn dadurch die Steuerschuld des anderen verringert wird, der zustimmende Ehegatte aber keiner zusätzlichen steuerlichen Belastung ausgesetzt wird.

Aufgrund der während der Ehe vorgenommenen Zusammenveranlagung ist eine Zustimmung unter Ausgleich der bisherigen Steuerfestsetzung (2.900 EUR) nicht zulässig. Ebenso wenig beschränkt sich der Nachteilsausgleich auf die Erstattung der Gesamtnachzahlung (300 EUR). Zusätzlich ist der Steuernteil auszugleichen, der aus der Wahl der Steuerklasse V im Vergleich zur Steuerklasse II entstanden ist.

### **Konsequenz**

Die Voraussetzungen für die Zustimmungspflicht sind nunmehr weiter präzisiert worden. Ein sachgerechter Nachteilsausgleich erfordert u. a. eine fiktive Berechnung für eine „Was wäre wenn“-Situation, damit im Rahmen der Zusammenveranlagung keiner der bisherigen Ehegatten übervorteilt wird.

## **4. Reform der Insolvenzordnung – Vereinfachtes Verfahren für mittellose Schuldner**

### **Reform und Ziel**

Das Bundeskabinett hat am 22.8.2007 einen Gesetzentwurf zur Reform des Insolvenzrechts beschlossen, mit dem insbesondere ein vereinfachtes Entschuldungsverfahren bei mittellosen Schuldnern eingeführt werden soll. Hiernach soll das dem Restschuldbefreiungsverfahren bislang zwingend vorgeschaltete Insolvenzverfahren entfallen, wenn der Insolvenzantrag mangels Masse abgewiesen wird. Mit dem Reformvorhaben will der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung tragen, dass ca. 80 % der Schuldner mittellos sind. Darüber hinaus verfehle das Insolvenzverfahren seinen Zweck, wenn es bei nachweislich mittellosen Schuldnern nichts zu verwerten und damit zu verteilen gebe. Dabei gilt das Reformvorhaben sowohl für mittellose private Schuldner als auch für mittellose Unternehmen. Schließlich sieht das Reformvorhaben weitere Änderungen vor.

### **Kern des Reformvorhabens**

Kern der Reform ist ein vereinfachtes Entschuldungsverfahren. Bei mittellosen Schuldnern soll sich künftig direkt an den Insolvenzantrag das Restschuldbefreiungsverfahren anschließen, wenn der Insolvenzantrag nach Prüfung durch einen vorläufigen Treuhänder mangels Masse abgewiesen wird. Das bisher zwingend zwischengeschaltete Insolvenzverfahren entfällt. Die Schuldner sollen durch eine einmalige Zahlung von 25 Euro und monatlichen Zahlungen während der sechsjährigen Wohlverhaltensperiode von 13 Euro an den Verfahrenskosten beteiligt werden. Ziel ist die Senkung der bisherigen Verfahrenskosten.

### **Das vereinfachte Entschuldungsverfahren**

Erforderlich ist der Eröffnungsantrag bei Gericht unter Vorlage einer Bescheinigung einer geeigneten Person (z. B. Rechtsanwalt, Notar oder Steuerberater) oder einer geeigneten Stelle (z. B. Schuldnerberatungsstelle) darüber, dass eine Einigung mit Gläubigern entweder ergebnislos versucht oder aussichtslos war. Außerdem ist ein umfangreiches Verzeichnis über die Vermögensverhältnisse vorzulegen. Hiernach kommt es zur Bestellung eines Treuhänders, wenn das Vermögen des Schuldners zur Deckung der Verfahrenskosten voraussichtlich nicht ausreicht, der das Entschuldungsverfahren einleitet, wobei der Schuldner die Richtigkeit und Vollständigkeit seiner Angaben an Eides statt zu versichern hat. Im Anschluss muss es zur Entscheidung des Treuhänders kommen, den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels einer die Verfahrenskosten deckenden Masse abzulehnen. Es erfolgt die Information der Gläubiger einschließlich des Hinweises auf einen möglichen Antrag auf Versagung der Restschuldbefreiung. Es schließt sich die gerichtliche Ankündigung der sechsjährigen Wohlverhaltensperiode an, die den Beginn des normalen Restschuldbefreiungsverfahrens einleitet.

### **Weitergehende Änderungen des Reformvorhabens**

Ein weiterer Aspekt des Reformvorhabens ist das Ziel, Lizenzen insolvenzfest werden zu lassen. Insolvenzverwalter sollen künftig nicht mehr frei entscheiden können, ob sie einen bestehenden Lizenzvertrag weiter erfüllen. Der Vertrag soll vielmehr seine Gültigkeit zwingend behalten. Der Insolvenzverwalter soll allerdings bei einem krassen Missverhältnis zwischen der vereinbarten und einer marktgerechten Vergü-

tung eine Anpassung verlangen können. Macht er hiervon Gebrauch, so soll dem Lizenznehmer ein außerordentliches Kündigungsrecht zustehen. Darüber hinaus soll die Gläubigerposition gestärkt werden. So ist z. B. eine auf Sozialversicherungsträger zugeschnittene Regelung vorgesehen, die den Gläubiger von der Obliegenheit befreit, wiederholt Insolvenzanträge stellen zu müssen. Außerdem soll für Personen, die – wie etwa GmbH-Geschäftsführer – zur Stellung des Insolvenzantrags verpflichtet sind und diese Pflicht schuldhaft verletzt haben, eine Vorschusspflicht für die Verfahrenskosten geschaffen werden.

#### **Inkrafttreten**

Das Gesetzgebungsverfahren soll bis Frühjahr 2008 abgeschlossen sein. Der Bundesrat muss dem Gesetzentwurf nicht zustimmen.

### **5. Besonderes Kirchgeld**

#### **Einführung**

Seit dem Jahr 2001 erhebt die evangelische Kirche in Nordrhein-Westfalen (NRW) ein besonderes Kirchgeld. Das besondere Kirchgeld ist abhängig vom gemeinsamen Einkommen der Ehegatten. Es wird dann erhoben, wenn die Kirchensteuer auf der Basis der Einkommensteuer für einen Ehegatten geringer ist.

#### **Urteil**

Die Kirchensteuer wird als Zuschlag zur Einkommensteuer erhoben; die Höhe der Einkommensteuer ist für die Berechnung die Ausgangsbasis. Bei zusammen zur Einkommensteuer veranlagten Ehegatten wird die (gemeinsame) Einkommensteuer aufgeteilt. Sind beide Ehegatten Mitglied einer erhebungsberechtigten Religionsgemeinschaft (z. B. ein Ehegatte ist Mitglied der katholischen Kirche, der andere Ehegatte ist Mitglied der evangelischen Kirche) wird die Einkommensteuer als Bemessungsgrundlage hälftig geteilt. Ist nur ein Ehegatte Mitglied einer erhebungsberechtigten Kirche wird die auf ihn entfallende Einkommensteuer getrennt berechnet.

Der BFH hatte folgenden Fall zu entscheiden: Die Ehefrau war Mitglied der evangelischen Kirche. Sie hatte keine eigenen Einnahmen. Die gesamte Einkommensteuer und damit die Bemessungsgrundlage für eine Kirchensteuer entfiel auf den Ehemann. Der Ehemann war Mitglied einer anderen (öffentlich-rechtlichen) Religionsgemeinschaft, die aber keine Kirchensteuer oder andere Pflichtbeiträge erhob. Die freiwillig vom Ehemann geleisteten Zahlungen an seine Religionsgemeinschaft waren höher als das von seiner Ehefrau erhobene besondere Kirchgeld. Nach dem Kirchensteuergesetz NRW sind auf das besondere Kirchgeld des einen Ehegatten die vom anderen Ehegatten an eine (öffentlich-rechtliche) Religionsgemeinschaft gezahlten Beiträge anzurechnen. Der BFH stellt fest, dass auch die **freiwillig** vom Ehemann geleisteten Beiträge anzurechnen sind. Ein besonderes Kirchgeld für die Ehefrau darf somit nicht festgesetzt werden.

#### **Konsequenz**

Die Festsetzung des besonderen Kirchgelds ist besonders zu prüfen. Dabei geht es nicht nur, wie beschrieben, um die Berechnungswege (Anrechnung der Beiträge des Ehegatten). Es ist noch nicht gänzlich geklärt, ob das besondere Kirchgeld an sich verfassungsgemäß ist. Das besondere Kirchgeld wird auf der Basis des gemeinsamen Einkommens der Ehegatten ermittelt. Letztlich kommen die Gelder für das besondere Kirchgeld vom nicht „kirchensteuerpflichtigen“ Ehegatten. Der BFH hatte im Urteil v. 21.12.2005 keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen das besondere Kirchgeld. Es wurde aber beim Bundesverfassungsgericht Verfassungsbeschwerde eingelegt. Bis zum Ausgang des Verfahrens sollte gegen die Festsetzung des besonderen Kirchgelds Einspruch eingelegt werden.

### **6. Angemessenheitsgrenze bei doppelter Haushaltsführung**

#### **Kernproblem**

Die im Rahmen einer doppelten Haushaltsführung entstehenden Aufwendungen für eine Wohnung am Beschäftigungsort können als Werbungskosten oder Betriebsausgaben geltend gemacht werden. Der Abzug ist jedoch nach dem Gesetz auf „notwendige“ Mehraufwendungen begrenzt. Bisher ungeklärt war

die Frage, welche Angemessenheitsgrenze für den Wohnbedarf der doppelten Haushaltsführung besteht.

### **Bisherige Rechtsprechung**

Grundsätzlich sind betrieblich oder beruflich veranlasste Aufwendungen unabhängig davon, ob sie notwendig, angemessen, üblich oder zweckmäßig sind, in voller Höhe als Betriebsausgaben oder Werbungskosten abziehbar. Wenn ihr Abzug aber durch das Gesetz auf das Notwendige begrenzt ist, bestimmt sich dieser nach der Rechtsprechung des BFH nicht nach subjektiven Vorstellungen des Steuerpflichtigen, sondern nach objektiven Maßstäben. Hierbei erfolgt eine Orientierung an dem zusätzlichen Wohnbedarf des Steuerpflichtigen am Beschäftigungsort als Einzelperson, der von dort seiner Arbeit nachgeht, aber an einem anderen Ort seinen Lebensmittelpunkt und Haupthaushalt beibehalten hat. Eine nähere Konkretisierung des BFH oder der Finanzverwaltung stand jedoch bisher aus.

### **Neue Entscheidungen**

Wie der BFH jetzt in zwei Urteilen entschieden hat, kann angesichts der von Ort zu Ort erheblich schwankenden Wohnkosten zwar keine generell geltende betragsgemäße Höchstgrenze genannt werden. Notwendige Mehraufwendungen liegen aber insoweit vor, wie sie für eine Wohnung mit bis zu 60 qm Wohnfläche und einem nach Lage und Ausstattung durchschnittlichen Wohnstandard am jeweiligen Beschäftigungsort entstehen. Die Flächenbegrenzung kann auch nicht mit der Begründung überschritten werden, dass etwa ein Mangel an kleineren Wohnungen herrsche, die Wohnungswahl eilbedürftig sei oder zu der Wohnung ein Arbeitszimmer gehöre. Wenn das Arbeitszimmer jedoch die Voraussetzungen der steuerlichen Abzugsfähigkeit erfüllt, sind die dadurch entstehenden Aufwendungen gesondert zu beurteilen.

### **Konsequenz**

Die neuen Entscheidungen des BFH haben zur Folge, dass die bestimmenden Merkmale „Wohnfläche und ortsüblicher Durchschnittspreis“ die Angemessenheitsgrenze bereits bei einer Wohnfläche von unter 60 qm (z. B. Luxuswohnung) überschreiten können. Dafür kann diese bei einer Wohnfläche von über 60 qm noch eingehalten werden, wenn die Kosten je qm unter dem Ortsüblichen liegen. Dies gilt es genauso zu beachten, wie die zunächst vorzunehmende Trennung der Aufwendungen für das steuerlich abzugsfähige Arbeitszimmer in dieser Wohnung.

## **7. Kfz-Steuer für Geländewagen**

### **Einführung**

Bis zum 30.4.2005 wurden Geländewagen mit einem zulässigen Gesamtgewicht von über 2,8 t nicht nach Hubraum, sondern nach der günstigeren, LKW betreffenden Gewichtsbesteuerung besteuert. Zum 1.5.2005 wurde zunächst § 23 Abs. 6a der Straßenverkehrs-Zulassung-Ordnung (StVZO) mit dem Ziel gestrichen, diese Vergünstigung zu beseitigen. Die Frage, ob dieses Ziel erreicht sei, beschäftigte die Finanzgerichte. Zur Bestimmung des Begriffs „Personenkraftwagen“ wurde am 21.12.2006 mit Rückwirkung zum 1.5.2005 das Kraftfahrzeugsteuergesetz (KraftStG) ergänzt.

### **Neues Verfahren**

Hinsichtlich der Zulässigkeit der Rückwirkung der Änderung des KraftStG ist nun ein Verfahren beim BFH anhängig.

### **Konsequenz**

Besitzer eines von der Änderung betroffenen Geländewagens müssen prüfen, ob ein Einspruch einzulegen ist. Hierbei ist Folgendes zu bedenken. Hält der BFH die Rückwirkung für nicht zulässig, so bedeutet dies nicht zwingend, dass der Geländewagen günstiger besteuert wird. Der BFH hatte schon in einem vorherigen Urteil festgestellt, dass die Differenzierung zwischen PKW und LKW allein anhand der Bauart und Einrichtung des Fahrzeugs zu beurteilen ist. Schwere Geländewagen werden daher regelmäßig als PKW einzustufen sein. Eine Besteuerung nach den für LKW geltenden Regeln kommt nur noch in Ausnahmefällen in Betracht, z. B. wenn das Fahrzeug zur Beförderung von Lasten geeignet und bestimmt ist. Nur in diesen Fällen ist nach derzeitiger Rechtslage ein Einspruch erfolgversprechend. Die Finanzverwaltung lässt entsprechende Verfahren ruhen. Eine Aussetzung der Vollziehung wird nicht gewährt.

## 8. Krankenfahrten mit dem Taxi zum ermäßigten Steuersatz?

### Einführung

Die Beförderung von Personen im Rahmen des öffentlichen Nahverkehrs unterliegt dem ermäßigten Steuersatz (7 %). Hierzu zählen auch Taxifahrten. Von der Begünstigung betroffen sind Fahrten innerhalb einer Gemeinde oder Fahrtstrecken von bis zu 50 km. Bei Krankenfahrten mit Taxen war umstritten, ob die Hin- und Rückfahrt zu einer Fahrtstrecke zusammenzufassen sind. Dies hätte im Vergleich zu Hin- und Rückfahrten mit Bahn oder Bus, die insoweit von der Finanzverwaltung nicht zusammengefasst werden, schon bei einer Entfernung von mehr als 25 km zum Behandlungsort den Ansatz des erhöhten Steuersatzes (19 %) zur Folge.

### Neues Urteil

Nach Ansicht des BFH sind die Hin- und Rückfahrt nur dann zusammenzufassen, wenn das Taxi den Patienten zur Behandlung absetzt und anschließend auf den Patienten zwecks Rückfahrt wartet.

### Konsequenz

Taxifahrer können mit Patienten schon vor Antritt der Hinfahrt auch die Rückfahrt (z. B. zu einem bestimmten Zeitpunkt) vereinbaren, ohne befürchten zu müssen, durch Zusammenrechnung der Beförderungstrecken den ermäßigten Steuersatz zu verlieren.

Einzige Bedingung: Taxifahrer und Patient dürfen nicht vereinbaren, dass das Taxi nach Beendigung der Hinfahrt auf den Kunden warten soll.

## Unternehmer und Freiberufler

### 1. Rückstellungen für die Aufbewahrung von Geschäftsunterlagen

Der Kaufmann ist nach Handels- und Steuerrecht verpflichtet, bestimmte Geschäftsunterlagen aufzubewahren. Für empfangene Handelsbriefe und Kopien der versandten Handelsbriefe gilt so eine Frist von 6, für u. a. Inventare, Eröffnungsbilanzen und Jahresabschlüsse sowie sämtliche Buchungsbelege (Ausgangs-, Eingangsrechnungen, Bankauszüge) eine solche von sogar 10 Jahren.

Mit der Aufbewahrung geht Aufwand z. B. für den Archivraum, Regale, Schränke, Archiv- und Lagerbehälter einher. Für diesen Aufwand darf nicht nur, sondern ist sowohl in der Handels- wie Steuerbilanz eine Rückstellung für ungewisse Verbindlichkeiten zu bilden.

Wichtig ist insoweit das Kriterium der Verbindlichkeit (= Pflicht). Da nach den geltenden Vorschriften zur Datenarchivierung Unternehmen auch ihre elektronische Buchführungsdaten digital unverzüglich lesbar vorzuhalten haben, können z. B. auch die in diesem Zusammenhang veranlassten Kosten für Wartung und Pflege der EDV (Updates/Server- und Releasewechsel), ebenso wie Digitalisierungs- und Brennvorgänge, in die Rückstellung miteinbezogen werden. Umgekehrt – eben mangels korrespondierender Pflicht – ist der Aufwand für eine freiwillige Aufbewahrung, z. B. über den 6- bzw. 10- Jahres-Zeitraum hinaus, nicht berücksichtigungsfähig.

Der Rückstellungsansatz bemisst sich nach den geschätzten „Vollkosten“. Diese können entweder für die Unterlagen eines jeden Jahres gesondert ermittelt und mit der Anzahl der bis zum Ablauf der Aufbewahrungspflicht verbleibenden Jahre multipliziert werden oder z. B. bei laufenden Gemeinkosten (Archivraum) durch Multiplikation mit dem arithmetischen Mittel der Jahre 1 bis 10, also 5,5. Einmalige Kosten (Einlagerung, Mikroverfilmung) sind hingegen nicht zu vervielfältigen.

Die Rückstellung ist auch nicht abzuzinsen, da für eine Abzinsung stets der Zeitraum bis zur Erfüllung der jeweiligen Verbindlichkeit maßgeblich ist; die Aufbewahrungspflicht aber unmittelbar mit dem Entstehen der Unterlagen beginnt und daher naturgemäß kein Abzinsungszeitraum vorhanden ist.

### 2. Kündigung nur mit Original-Kündigungsschreiben

#### Kernfrage/Rechtslage

Die Regelungen des Zivilrechts schreiben für die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ausdrücklich vor,

dass die Wirksamkeit einer Kündigung davon abhängig ist, dass sie schriftlich erfolgt. Sogar die elektronische Form ist ausgeschlossen. Entsprechendes gilt für einen Auflösungsvertrag. Schriftform im Sinne der Vorschrift bedeutet, dass der Arbeitnehmer das vom Arbeitgeber (bzw. einem hierzu berechtigten Vertreter des Arbeitgebers) eigenhändig unterzeichnete Original des Kündigungsschreibens ausgehändigt erhält. Dies ist schon deshalb erforderlich, weil an den Zugang der Kündigung beim Arbeitnehmer insbesondere der Beginn der Frist zur Erhebung der Kündigungsschutzklage geknüpft ist.

#### **Entscheidung**

Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf hatte nunmehr über einen Sachverhalt zu entscheiden, in dem ein Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer zwar das Original der Kündigung in einem Personalgespräch zur Einsicht vorgelegt, dieses aber nicht an den Arbeitnehmer ausgehändigt, sondern ihm nur eine Kopie zur Verfügung gestellt hatte. Im Kündigungsschutzprozess machte der Arbeitnehmer geltend, die Kündigung sei mangels Einhaltung des Schriftformerfordernisses unwirksam. Im Übrigen sei ihm die Kündigung niemals zugegangen. Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf gab dem Arbeitnehmer Recht. Das Schriftformerfordernis der Kündigung sei nicht eingehalten und in Ermangelung der Schriftform sei daher auch kein Zugang anzunehmen.

#### **Konsequenz**

Letztlich bringt die – wenig überraschende – Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf Rechtssicherheit mit sich, zwingt sie den Arbeitgeber doch dazu, dafür Sorge zu tragen, dem Arbeitnehmer ein Original der Kündigung zu übergeben und damit eine solche Form zu wählen, die den Zugang des Kündigungsschreibens nachweisbar machen lässt. Jeder Versuch, das Originalkündigungsschreiben zu ersetzen, sollte unterlassen werden.

### **3. Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers wegen unzureichender Information über betriebliche Unfallversicherung**

#### **Kernfrage/Rechtslage**

Neben den Haupt- und Nebenpflichten des Arbeitsverhältnisses, wie sie sich insbesondere aus dem Arbeitsvertrag und den sonstigen Vereinbarungen zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer ergeben, bestehen aufgrund des durch das Arbeitsverhältnis begründeten besonderen Vertrauensverhältnisses ungeschriebene Pflichten, die sich insbesondere als Informations- und Aufklärungspflichten darstellen. Auf Seiten des Arbeitgebers bestehen diese Aufklärungspflichten jedenfalls dann, wenn dem Arbeitnehmer aufgrund des Arbeitsverhältnisses Ansprüche gegen den Arbeitgeber oder einen Dritten zustehen, die für den Arbeitnehmer nicht von vornherein erkennbar sind. Über den Umfang der Aufklärungspflichten des Arbeitgebers und die Folgen einer Verletzung dieser Pflichten hatte das Bundesarbeitsgericht in einer jüngeren Entscheidung zu befinden.

#### **Entscheidung**

Ein Arbeitnehmer hatte seinen ehemaligen Arbeitgeber auf Schadensersatz in Anspruch genommen, weil dieser ihn nicht darüber unterrichtet hatte, dass zu seinen Gunsten eine Unfallversicherung abgeschlossen worden war, aus der dem Arbeitnehmer ein unmittelbarer Anspruch gegen den Versicherer zustand. Weil der Arbeitnehmer hiervon nichts wusste, hatte er die Frist zur Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Versicherer versäumt, die nach einem schweren Unfall des Arbeitnehmers eigentlich entstanden waren. Zwar hatte der Versicherer in einem Vorprozess eine Vergleichszahlung geleistet, der Arbeitnehmer nahm den Arbeitgeber aber auf den Differenzbetrag zur eigentlichen Versicherungsleistung in Anspruch. Das Bundesarbeitsgericht urteilte zu Gunsten des Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber sei sowohl darüber aufklärungspflichtig gewesen, dass zu Gunsten des Arbeitnehmers eine betriebliche Unfallversicherung bestand, als auch darüber, dass der Arbeitnehmer einen Direktanspruch gegen den Versicherer habe. Versäume der Arbeitnehmer wegen der fehlenden Aufklärung durch den Arbeitgeber Fristen, die für die Geltendmachung der Ansprüche maßgeblich sind, sei der Arbeitgeber zum Schadensersatz verpflichtet.

#### **Konsequenz**

Die Entscheidung wird insbesondere bei seit langem bestehenden Arbeitsverhältnissen Auswirkungen haben. Dort wird zu überprüfen sein, ob sich die Konditionen von Versicherungen, die seit langem bestehen, zwischenzeitlich verändert haben. Gleichzeitig macht die Entscheidung deutlich, wie weit rei-

chend die Sekundärpflichten des Arbeitgebers sind. Im Zweifel wird zu Gunsten des Arbeitnehmers anzunehmen sein, dass der Arbeitgeber informationspflichtig ist.

#### 4. **Anwaltssozien haften für das deliktische Verhalten eines „Schein-Sozius“ mit ihrem Privatvermögen**

##### **Kernproblem**

Für das deliktische Handeln eines Scheinsozius haftet die Rechtsanwaltssozietät entsprechend § 31 BGB.

Haftet eine Rechtsanwaltssozietät für das deliktische Handeln eines Scheinsozius, müssen auch die einzelnen Sozien mit ihrem Privatvermögen dafür einstehen.

##### **Sachverhalt**

Die aus den fünf Beklagten bestehende Anwalts(schein)sozietät war vom Kläger in den Jahren 1999 bis 2001 mit der Prozessvertretung in einem Klageverfahren gegen zwei italienische Unternehmen beauftragt. Tatsächlich waren nur vier der Beklagten in einer Sozietät verbunden; der mandatsbetreuende Beklagte war Angestellter der Sozietät. Die Verfahrensbeteiligten schlossen einen gerichtlichen Vergleich, nach dem an den Kläger DM 80.000 gezahlt werden sollten. Der Betrag wurde von den Vergleichsschuldnern auf Weisung des mandatsbetreuenden Angestellten auf dessen Privatkonto einbezahlt und von diesem veruntreut. Der Kläger verlangte nunmehr von den Beklagten Schadensersatz in Höhe der unterschlagenen Summe. Die Klage hatte in allen Instanzen Erfolg.

##### **Entscheidung**

Die Beklagten müssen sich das deliktische Handeln ihres Scheinsozius nach § 31 BGB zurechnen lassen. Die Vorschrift ist auch auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts anwendbar; hiernach haftet die GbR für die vorsätzliche unerlaubte Handlung ihres verfassungsmäßig berufenen Vertreters, die dieser in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtung begeht. Bei einer Anwaltssozietät ist auch jeder Nichtgesellschaftsmitglied, der die GbR im Rechtsverkehr repräsentiert, ein „verfassungsmäßig berufener Vertreter“. Es genügt dabei, dass einzelnen Sozien die selbstständige und eigenverantwortliche Bearbeitung von Mandaten überlassen wurde, denn der Rechtsanwalt tritt bei der Mandatswahrnehmung auch als Repräsentant der Sozietät in Erscheinung. Nach den Feststellungen des BGH gelten diese Grundsätze auch für einen berufsrechtlichen Zusammenschluss von Anwälten, der ohne eine Gesellschaft zu sein, nach außen hin diesen Anschein erweckt (Scheinsozietät). Fehler eines Scheinsozius bei der Bearbeitung eines Mandats werden als solche der Sozietät behandelt.

Neben der entsprechenden Geltung der Haftungsvorschrift des § 31 BGB ist auch § 128 HGB auf die GbR analog anwendbar. Hiernach haften die übrigen vier Beklagten gesamtschuldnerisch mit ihrem Privatvermögen für die unerlaubte Handlung des Scheinsozius.

##### **Konsequenz**

Der BGH hat klargestellt, dass das in der Vorschrift des § 128 HGB zum Ausdruck kommende Haftungsprinzip auch auf die berufshaftungsrechtlichen Verbindlichkeiten einer Anwaltssozietät zutrifft und auch die Scheinsozietät diesbezüglich keine besondere Behandlung verdient.

#### 5. **Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten ab 2008**

##### **Kernproblem**

Das Steuerrecht folgt dem Zivilrecht: Zivilrechtlich wirksame Gestaltungen werden auch der Besteuerung zugrunde gelegt. Nach ständiger Rechtsprechung des BFH liegt allerdings ein Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten gemäß § 42 AO vor, wenn

1. die zivilrechtliche Gestaltung im Hinblick auf die Zielerreichung unangemessen und ungewöhnlich ist,
2. die Steuer dadurch vermindert wird,
3. der Steuerpflichtige mit Umgehungsabsicht handelt und
4. die Gestaltung nicht durch beachtliche außersteuerliche Gründe zu rechtfertigen ist.

Wenn das Finanzamt den Missbrauch nachweisen kann, wird die Steuer so festgesetzt, wie sie ohne die rechtlichen Umwege entstanden wäre.

### **Neuregelung**

Der Regierungsentwurf des Jahressteuergesetzes 2008 sieht gravierende Änderungen dieser Vorschrift ab 2008 vor.

Die vom BFH in ständiger Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze werden nur teilweise in das Gesetz übernommen und außerdem die Beweislastregelungen komplett verändert.

Das Finanzamt wird entlastet: Es muss zukünftig nur noch nachweisen, dass die gewählte Gestaltung „ungewöhnlich“ ist. Ob die Gestaltung zusätzlich auch „unangemessen“ ist, spielt nach dem Gesetzeswortlaut keine Rolle mehr. Das Finanzamt muss auch nicht mehr nachweisen, dass der Steuerpflichtige tatsächlich die Absicht hatte, die steuerlichen Vorschriften zu umgehen.

Der Steuerpflichtige dagegen muss zukünftig nachweisen, dass er die Gestaltung aus anderen als steuerlichen Gründen gewählt hat.

### **Konsequenz**

Das Bundesverfassungsgericht hat mehrfach entschieden, dass der Steuerpflichtige seine Angelegenheiten so einrichten kann, dass er möglichst wenig Steuern zahlen muss. Dieses Recht wird durch die Neufassung des § 42 AO erheblich eingeschränkt. Derjenige, der seine rechtlichen Verhältnisse auch zur steuerlichen Optimierung verändert, steht zukünftig unter dem Generalverdacht des Missbrauchs.

Die Vorschrift wird die ohnehin vorherrschende Rechtsunsicherheit in Deutschland noch verstärken.

## **5. Überentnahmen sind gesellschafterbezogen zu bestimmen**

### **Einführung**

Seit dem Jahr 1999 gilt eine gesetzliche Beschränkung für den betrieblichen Schuldzinsenabzug für Einzelunternehmer, Freiberufler und Personengesellschaften. Soweit der Saldo aus Entnahmen und Einlagen den Gewinn übersteigt (Überentnahme), sind die hierauf entfallenden Zinsaufwendungen (pauschal mit 6 % ermittelt) nicht abzugsfähig. Eine Ausnahme gilt für Zinsaufwendungen zur Finanzierung des Anlagevermögens. Außerdem gilt ein Mindestabzug i. H. v. 2.050 EUR. Bei Personengesellschaften lässt der Gesetzeswortlaut Fragen zur Anwendung der Regelung offen.

### **Bisherige Auffassung der Finanzverwaltung**

Die Finanzverwaltung vertrat bisher die Auffassung, dass die Überentnahmeregelungen bei Personengesellschaften gesellschaftsbezogen anzuwenden seien. Demzufolge kam es nur dann zur Anwendung der Regelung, wenn der Saldo aus Entnahmen und Einlagen aller Gesellschafter den Gesamtgewinn der Gesellschaft überstieg. Die Überentnahmen waren dann nach dem Gewinnverteilungsschlüssel den einzelnen Gesellschaftern zuzurechnen. Außerdem folgte aus dieser Betrachtungsweise, dass der Mindestabzug für das Gesamtunternehmen nur einmal gewährt wird.

### **Entscheidung des BFH**

Der BFH hat die Auffassung der Finanzverwaltung verworfen. Nach Ansicht der BFH-Richter sind die Überentnahmen gesellschafterbezogen zu bestimmen. Gleichwohl steht der Mindestabzug nicht jedem Gesellschafter in voller Höhe zu, sondern ist entsprechend den Schuldzinsenanteilen der einzelnen Gesellschafter aufzuteilen.

### **Konsequenz**

Wenn die BFH-Entscheidung von der Finanzverwaltung angewendet wird, wird es unter den Gesellschaftern von Personengesellschaften – abhängig von individuellem Entnahmeverhalten und Finanzierungsstruktur – Gewinner und Verlierer geben. Insgesamt dürfte die BFH-Auffassung nachteilig sein, weil Überentnahmen eines Gesellschafter nicht mehr durch Unterentnahmen eines anderen Gesellschafter ausgeglichen werden können.

## **6. Preisvergleich von Produkten der eigenen Hausmarke mit Markenprodukten ist nicht wettbewerbswidrig**

### **Einführung**

In Prospekten werden häufig Produkte der eigenen Hausmarke teureren Markenprodukten gegenübergestellt. Streitig war, ob ein solcher Eigenpreisvergleich einen Wettbewerbsverstoß darstellt, da der

Werbende die Preise für beide Produktgruppen selbst festsetzt, und ob durch die Werbung versucht wird, den guten Ruf der Markenprodukte auf die eigenen Produkte zu übertragen.

### **Entscheidung**

Eine Drogeriekette warb in ihren Prospekten unter tabellenartiger Gegenüberstellung mit ihren Preisen bekannter Markenprodukte und der eigenen Marken. Ihre Hausmarken-Produkte wurden dabei unter der Überschrift „Ihre Qualitätsmarke von M...“ abgebildet. Ein Markenverband hielt diese Werbekampagne für wettbewerbswidrig und klagte auf Unterlassung. Der BGH hat die Klage insgesamt abgewiesen. Die Drogeriekette muss die beanstandete Werbung nicht unterlassen. Es liege insbesondere keine unlautere vergleichende Werbung vor. Preisangaben seien auch im Rahmen eines Eigenpreisvergleichs keine subjektiven Werturteile, sondern objektive Angaben. Dem stehe nicht entgegen, dass die Unternehmen die Preise selbst festsetzen. Die Gefahr, dass derjenige, der einen Vergleich eigener Preise vornimmt, Preise manipuliert, rechtfertigt kein generelles Verbot eines Preisvergleichs zwischen hauseigenen Produkten und anderen Markenprodukten. Es liege auch keine unzulässige Übertragung der Wertschätzung der Markenartikel auf die eigenen Produkte vor. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sei nicht davon auszugehen, dass der Verbraucher die Angabe „Ihre Qualitätsmarke von M...“ dahingehend versteht, dass die hauseigenen Produkte mindestens über die Qualität der Markenprodukte verfügen. Der Werbende habe eine qualitative Gleichwertigkeit der Produkte nicht behauptet. Ebenfalls scheide eine unlautere Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung der Markenprodukte aus. Die bloße Nennung fremder Namen reicht nicht aus, um eine unlautere Rufausnutzung oder -beeinträchtigung anzunehmen.

### **Konsequenz**

Unternehmen dürfen in ihrer Werbung die unter ihrer Hausmarke vertriebenen Produkte jeweils teureren Markenprodukten auch tabellenartig mit Abbildung der Produkte gegenüberstellen.

## **7. Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge und Rechtsfolgen bei Betriebsübergang**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Auf ein Arbeitsverhältnis können die Regelungen eines Tarifvertrags aus unterschiedlichen Gründen Anwendung finden. Zunächst kann dies der Fall sein, weil der Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt worden ist. Zur Anwendung eines Tarifvertrags kommt es auch, wenn beide Arbeitsvertragsparteien tarifgebunden, d. h. (mittelbar) Mitglieder der Tarifvertragsparteien (Arbeitgeberverband bzw. Gewerkschaft) sind. Im Übrigen kommt eine Anwendung dann in Betracht, wenn der individuelle Arbeitsvertrag auf die Regelungen eines bestehenden Tarifvertrags verweist, was Formulararbeitsverträge oftmals vorsehen. Dabei ist zwischen der statischen (Nennung eines konkreten Tarifvertrags) und dynamischen (Benennung der Tarifverträge in ihrer jeweils geltenden Fassung) Bezugnahme zu unterscheiden, wobei es im Rahmen der dynamischen Bezugnahme regelmäßig dazu kommt, dass auf die geltenden Tarifverträge einer bestimmten Branche verwiesen wird. Die Tarifvertragsregelungen werden damit Bestimmungen des Arbeitsvertrags. Das Bundesarbeitsgericht hatte in zwei parallel laufenden, nahezu gleich gelagerten Fällen darüber zu entscheiden, welche Konsequenzen eine dynamische Bezugnahmeklausel im Rahmen eines Betriebsübergangs hat.

### **Entscheidungen**

Im ersten Fall war die nicht gewerkschaftlich organisierte Klägerin als Stationshilfe für Reinigungsarbeiten bei einem an die Tarifverträge für den öffentlichen Dienst tarifgebundenen Krankenhaus beschäftigt. Im schriftlichen Formulararbeitsvertrag war die Anwendung dieser Tarifverträge vereinbart. Es kam zum Betriebsübergang auf einen neuen Arbeitgeber, für den die (ungünstigeren) Bedingungen der Tarifverträge für die Gebäudereinigung galten. Die Gebäudereinigungsfirma behandelte die klagende Arbeitnehmerin seitdem nach den Bedingungen dieser Tarifverträge. Im zweiten Fall ging es ebenfalls um einen Teilbetriebsübergang mit Branchenwechsel mit unterschiedlichen Tarifbedingungen. Hier war die Klägerin kraft Gewerkschaftsmitgliedschaft an die Tarifverträge für den öffentlichen Dienst tarifgebunden. Beide Klägerinnen erstrebten die Weitergewährung von Lohn, Urlaub und Sonderzahlung sowie ihre Weiterbeschäftigung nach den im Zeitpunkt des Betriebsübergangs geltenden Tarifbedingungen für den öffentlichen Dienst und bekamen vor dem Bundesarbeitsgericht Recht. Das Gericht urteilte, die durch die dynamische Bezugnahme entstandene Geltung der Tarifnormen für die beiden Arbeitsverhältnisse gälte

auch im übergegangenen Arbeitsverhältnis – wenigstens statisch – weiter, selbst wenn es zu einem Branchenwechsel gekommen sei. Dies gelte nicht zuletzt deshalb, weil die Weitergeltung eine für den Arbeitnehmer günstigere Abmachung darstelle. Dass im übernehmenden Betrieb mehrere Tarifverträge zur Anwendung kämen, sei durch die gesetzlichen Regelungen zum Betriebsübergang angelegt.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung hat insbesondere in Fällen von Outsourcing weitreichende, teure Konsequenzen. Sie zeigt außerdem, dass in den Fällen, in denen ein Tarifvertrag nicht zwingend zur Anwendung kommen muss (Allgemeinverbindlichkeit und beiderseitige Tarifbindung), eine Bezugnahme durch Arbeitsvertrag vermieden werden sollte.

## **8. Trunkenheit während Dienstreise kann fristlose Kündigung rechtfertigen**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Ein Arbeitsverhältnis kann aus wichtigem Grund fristlos gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden nach Abwägung sämtlicher für beide Vertragsparteien wesentlichen Interessen die Fortführung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dabei ist die fristlose Kündigung zwingend binnen zweier Wochen nach Kenntnis des wichtigen Grundes auszusprechen. Das heißt, binnen dieser zwei Wochen muss die Kündigung dem Arbeitnehmer zugegangen sein. Bereits der Gesetzeswortlaut macht deutlich, dass eine fristlose Kündigung an besonders hohe Anforderungen geknüpft ist. Dabei sind dem Grad des Fehlverhaltens des Arbeitnehmers insbesondere Gesichtspunkte der Betriebszugehörigkeit sowie der persönlichen und sozialen Umstände des Arbeitnehmers gegenüber zu stellen. Regelmäßig fällt diese Abwägung, soweit es nicht zu Straftaten des Arbeitnehmers kommt, zu dessen Gunsten aus, sodass ein Fehlverhalten von Arbeitgeberseite regelmäßig entweder durch vorherige Abmahnung oder eine ordentliche Kündigung zu ahnden ist. Im Ergebnis sind Entscheidungen über die Zulässigkeit einer fristlosen Kündigung immer einzelfallbezogen, wodurch ihnen nur indizielle allgemeine Bedeutung zukommen kann; ausgenommen sind insoweit lediglich Straftaten gegenüber dem Arbeitgeber, die wohl regelmäßig die fristlose Kündigung rechtfertigen.

### **Entscheidung**

Das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein hatte über die Kündigungsschutzklage eines Arbeitnehmers zu entscheiden, dem fristlos gekündigt worden war. Der nicht alkoholranke Arbeitnehmer war Mitarbeiter eines Reisebüros und hatte auf einer Dienstreise fortwährend – nach dem Sachverhalt von vor dem Abflug bis zur Rückkehr – erheblich Alkohol zu sich genommen, was dazu führte, dass er seinen Aufgaben nur unzureichend nachkommen konnte. Das Gericht erachtete die fristlose Kündigung als wirksam und führte aus, dass die ständige Trunkenheit während einer Dienstreise an sich geeignet ist, einen zur fristlosen Kündigung berechtigenden wichtigen Grund darzustellen. Eine vorherige Abmahnung war deshalb nicht erforderlich, weil nachweisbar war, dass das Verhalten des Arbeitnehmers zu einem erheblichen Imageschaden bei Geschäftspartnern geführt hatte.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung des Gerichts ist zu begrüßen, lässt eine Einzelfallabwägung aber nicht obsolet werden. Im Rahmen der Übertragung der Grundsätze des Urteils auf gleichgelagerte Fälle wird insbesondere der Beweisbarkeit des Imageschadens besonderes Augenmerk zu widmen sein.

## **9. Teilbetrieb umfasst auch Anteile an der Betriebsgesellschaft**

### **Einführung**

Veräußert ein Unternehmer einzelne Wirtschaftsgüter seines Betriebs mit Gewinn, so unterliegt dieser Gewinn der normalen progressiven Besteuerung. Demgegenüber ist die Veräußerung eines Betriebs oder Teilbetriebs unter bestimmten Voraussetzungen tarifbegünstigt. Der hierauf gewährte ermäßigte Steuersatz beträgt 56 % des durchschnittlichen Steuersatzes, der sich ohne Anwendung der Ermäßigung ergäbe. Schwierig gestalten sich regelmäßig Abgrenzungsfragen über das Vorliegen eines Teilbetriebs.

### **Sachverhalt**

Der Steuerpflichtige hatte von seinem Vater ein Einzelunternehmen übernommen, das aus einer Tankstelle und einem Stahlbaubetrieb bestand. Das gesamte Betriebsvermögen wurde an eine neu gegründete GmbH zur Nutzung überlassen. Der Einzelunternehmer war zugleich alleiniger Gesellschafter der GmbH und begründete dadurch eine Betriebsaufspaltung. Vier Jahre später veräußerte er eine für den Betrieb der Tankstelle genutzte Teilfläche des Betriebsgrundstücks an einen fremden Erwerber.

### **Entscheidung des BFH**

Der BFH hat die Anwendung des ermäßigten Steuersatzes abgelehnt, weil kein vollständiger Teilbetrieb veräußert worden sei. Zwar könne durch die Vermietung ein Teilbetrieb gegeben sein, wenn an eine Betriebsgesellschaft räumlich abgrenzbare Grundstücksteile durch gesonderten Vertrag vermietet werden. Allerdings setze eine privilegierte Veräußerung voraus, dass die in diesem Teilbetrieb entfaltete Tätigkeit endgültig eingestellt und sämtliche zum Teilbetrieb gehörenden wesentlichen Betriebsgrundlagen in einem einheitlichen Vorgang veräußert oder entnommen werden. Hier lag das Problem im Streitfall, denn die GmbH-Anteile, die der BFH als wesentliche Betriebsgrundlage des Teilbetriebs qualifiziert hat, wurden weder veräußert noch entnommen.

### **Konsequenz**

Im vorliegenden Fall hätte auch die Mitveräußerung der GmbH-Anteile wohl nicht zum gewünschten Ziel geführt. Denn damit wäre die Betriebsaufspaltung insgesamt beendet worden. Sämtliche stille Reserven des Besitzunternehmens hätten aufgedeckt und – wenn auch begünstigt – besteuert werden müssen.

## **10. Unterbeteiligung reduziert erweiterten Verlustausgleich des Kommanditisten**

### **Einführung**

Ein Kommanditist kann die auf ihn entfallenden Verluste seiner KG grundsätzlich nur bis zur Höhe der von ihm geleisteten Einlage zum Ausgleich mit anderen positiven Einkünften verwenden. Darüber hinausgehende Verluste können nur mit späteren Gewinnanteilen aus der KG verrechnet werden. Eine Ausnahme gilt dann, wenn der Kommanditist im Handelsregister mit einer höheren Hafteinlage eingetragen ist. In diesem Fall haftet er den Gläubigern auch über den Betrag seiner geleisteten Einlage hinaus und hat damit auch zusätzliches steuerliches Verlustausgleichspotenzial.

### **Sachverhalt**

Ein Kommanditist war mit 20 % an einer KG beteiligt. Von seiner Hafteinlage von 10,1 Mio. DM wurden zunächst lediglich 5,3 Mio. DM eingezahlt. An dem Kommanditanteil war eine atypisch stille Unterbeteiligung von 5 % eingeräumt worden. Der Unterbeteiligte hatte dementsprechend in Höhe seiner prozentualen Unterbeteiligung die Einlage in die KG geleistet (265.000 DM). Aus diesem Grund kürzte das Finanzamt den vom Kommanditisten geltend gemachten erweiterten Verlustausgleich (4,8 Mio. DM) um 5 % (240.000 DM).

### **Entscheidung des BFH**

Der BFH hat das Vorgehen des Finanzamts bestätigt. Nach Ansicht der BFH-Richter scheidet der vollständige erweiterte Verlustausgleich daran, dass der Anteil dem Kommanditisten nicht in voller Höhe, sondern nur i. H. v. 95 % zuzurechnen ist. In Höhe der 5 % behandelt der BFH den Kommanditisten wie einen Treuhänder, dem der erweiterte Verlustausgleich ebenfalls nicht zusteht.

### **Konsequenz**

Im vorliegenden Fall kann der verbleibende Haftungsüberhang (zunächst) steuerlich nicht genutzt werden. Denn auch der Unterbeteiligte kann den auf ihn entfallenden Betrag nicht steuerlich ausgleichen, da er nicht als Kommanditist im Handelsregister eingetragen ist. Er hat allerdings die Möglichkeit, sein Verlustausgleichspotenzial zu erhöhen, indem er die volle Hafteinlage einzahlt.

## **11. Berufshaftpflichtversicherung angestellter Rechtsanwälte als Arbeitslohn**

### **Kernproblem**

Angestellte beziehen Zahlungen und Vorteile, die im Rahmen des Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber oder Dritten gewährt werden, regelmäßig als steuerpflichtigen Arbeitslohn. Das gilt z. B. auch dann, wenn der Arbeitgeber Ausgaben bezahlt, die vom Angestellten selbst verursacht wurden.

### **Rechtslage**

Rechtsanwälte, die nicht selbstständig in eigener Praxis arbeiten, benötigen, wenn sie als Angestellte arbeiten, für die Bestellung zum Anwalt den Nachweis über eine private Berufshaftpflichtversicherung. Diese Aufwendungen sind Werbungskosten im Rahmen der Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit.

### **Entscheidung**

Die Übernahme der Beiträge zur Berufshaftpflichtversicherung eines angestellten Anwalts durch seinen Arbeitgeber führt nach einer Entscheidung des BFH vom Juli 2007 zu Arbeitslohn. Denn die Beiträge werden im Interesse des Anwalts gezahlt, der ansonsten nicht bestellt worden wäre. Auch betriebliche Interessen des Arbeitgebers sind unbeachtlich, so der BFH.

### **Konsequenz**

Ohne Berufshaftpflichtversicherung, zu der ein Rechtsanwalt nach der Bundesanwaltsverordnung gesetzlich verpflichtet ist, erfolgt die Nichtzulassung zum Beruf. Damit ist der Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung unabdingbar für die Erlangung des Berufs selbst und nicht für die Tätigkeit als Angestellter.

### **Praxishinweis**

Selbstverständlich kann der Arbeitgeber die Aufwendungen für die Berufshaftpflichtversicherung des angestellten Anwalts erstatten, dann ist dies aber lohnsteuer- und ggf. sozialversicherungspflichtig. Beim angestellten Anwalt sind dagegen die i. d. R. selbst zu zahlenden Beiträge gleichwohl als Werbungskosten des Arbeitnehmers abzugsfähig, so auch der BFH in seinem Urteil.

## **12. Keine Steuerpause durch Umstellung des Gewinnermittlungszeitraums**

### **Kernproblem**

Gewerbetreibende haben das Wahlrecht, ihren Gewinn nicht nach dem Kalenderjahr, sondern nach einem abweichenden Wirtschaftsjahr zu ermitteln. Wird der Gewinnermittlungszeitraum umgestellt, darf dadurch keine Steuerpause entstehen.

Da die Abgrenzung zwischen Einkünften aus Gewerbebetrieb und anderen Einkünften, z. B. Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit oder Vermietung und Verpachtung, nicht immer eindeutig möglich ist, kann es vorkommen, dass Einkünfte im Nachhinein umqualifiziert werden müssen. Dann muss rückwirkend auch der Gewinnermittlungszeitraum umgestellt werden.

### **Entscheidung**

Der Steuerpflichtige hatte angenommen, er betreibe mit seinem Apartment-Hotel einen Gewerbebetrieb. Gewinnermittlungszeitraum war das gewählte Wirtschaftsjahr vom 1.4. bis 31.3. des Folgejahres. Da er jedoch neben der Vermietung keinerlei hoteltypischen Leistungen erbrachte, lagen von Beginn an Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung vor. Die fehlerhaften Einkommensteuerbescheide wurden ab dem Jahr 1997 korrigiert. Der Einkommensteuerbescheid für 1996 war nicht mehr abänderbar.

Der BFH entschied, dass die Umstellung des Gewinnermittlungszeitraums im Jahr 1997 erfolgen musste. Damit waren in 1997 die Einkünfte des Wirtschaftsjahres 1996/1997 und die Einkünfte vom 1.4. bis 31.12.1997 zu versteuern. Der vom Steuerpflichtigen ermittelte Gewinn aus Gewerbebetrieb musste für den gesamten Zeitraum in einen Überschuss aus Vermietung und Verpachtung umgerechnet werden.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung des BFH überrascht nicht. Der Grundsatz, dass durch die Umstellung von Gewinnermittlungszeiträumen keine Steuerpause entstehen darf, gilt erst recht für die Fälle, in denen der Steuerpflichtige nicht berechtigt war, ein abweichendes Wirtschaftsjahr zu wählen.

## **13. Vorsteuerabzug im Umsatzsteuerkarussell**

### **Einführung**

Die Berechtigung zum Vorsteuerabzug von Unternehmen, die unwissentlich Lieferungen im Rahmen eines Umsatzsteuerkarussells empfangen, beschäftigt zurzeit die Finanzgerichte. Die folgenden grundsätzlichen Fragen werden hierbei regelmäßig diskutiert:

- Besteht ein Gutgläubensschutz für den Empfänger einer mit einem Umsatzsteuerbetrag belasteten Lieferung?
- Wer trägt die Feststellungslast hinsichtlich der Gutgläubigkeit des Leistungsempfängers, dieser selbst oder das Finanzamt?
- Welche Anforderungen sind an die im Umsatzsteuerkarussell ausgestellten Rechnungen zu stellen?

### **Neues Urteil**

Im Anschluss an zwei Urteile des EuGH kommt der BFH zu den aufgeworfenen Fragen zu folgendem Ergebnis: Einem Unternehmer, der alle Maßnahmen getroffen hat, die vernünftigerweise von ihm erwartet werden können, um nicht in einen Umsatzsteuerbetrag einbezogen zu werden, steht grundsätzlich der Vorsteuerabzug zu. Dies setzt allerdings voraus, dass der Unternehmer weder wusste noch wissen konnte, dass die von ihm bezogene Lieferung vom Lieferanten zu einem Umsatzsteuerbetrag genutzt wurde. Die Beweislast hierfür liegt beim Unternehmer. Ebenso hat dieser den Nachweis zu erbringen, dass der in der Rechnung angegebene Sitz des Lieferanten bei Ausführung der Lieferung tatsächlich bestanden hat. Offen lässt der BFH, ob Gerätemummern (im Fall: IMEI-Nummern bei Mobiltelefonen) handelsübliche Bezeichnungen darstellen, die für Zwecke des Vorsteuerabzugs zwingend in einer Rechnung aufzuführen sind. Unabhängig von der Beantwortung dieser Frage sieht der BFH in der Nicht-Verwendung der Gerätemummern ein Indiz, dass der Unternehmer nicht alles Erforderliche getan hat, um nicht in einen Umsatzsteuerbetrag involviert zu werden. Dies hätte dann wiederum die Versagung des Vorsteuerabzugs zur Folge.

### **Konsequenz**

Zur Sicherung des Vorsteuerabzugs sollten Unternehmen genau prüfen, mit wem sie ihre Geschäfte abwickeln. Insbesondere beim Handel mit betrugsanfälligen Waren (hochwertige Produkte, Elektronikwaren etc.) ist Vorsicht anzuraten. Daneben sollten die Maßnahmen auch dokumentiert werden, um ggf. später gegenüber dem Finanzamt die Gutgläubigkeit auch nachweisen zu können. Trotz zum Teil gegenläufiger Finanzgerichtsurteile sollte derzeit nicht auf den Ausweis von Gerätemummern in Rechnungen verzichtet werden.

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

### **1. Unterlassenes Einschreiten gegen sexuelle Belästigung durch Mitgeschäftsführer kann fristlose Kündigung rechtfertigen**

#### **Kernfrage/Rechtslage**

Der GmbH-Geschäftsführer ist Vertretungs- und Geschäftsführungsorgan der Gesellschaft. Als solches nimmt er gegenüber den Angestellten Arbeitgeberfunktionen wahr. Aufgrund dieser Arbeitgeberfunktion ist der Geschäftsführer verpflichtet, die Fürsorgepflicht gegenüber den Mitarbeitern wahrzunehmen und deren Rechte zu sichern. Das heißt, er hat nicht nur sexuelle Belästigungen zu unterlassen, sondern muss aus allgemeinen Pflichten heraus alles unternehmen, um sexuelle Belästigungen zu unterbinden und von den Mitarbeitern fernzuhalten. Zwar nimmt der Geschäftsführer gegenüber etwaigen Mitgeschäftsführern keine Arbeitgeberfunktionen wahr (dies ist Aufgabe der Gesellschafterversammlung), aus allgemeinen Pflichten heraus muss er aber auch gegen sexuelle Belästigungen, die durch einen Mitgeschäftsführer verübt werden, vorgehen. Umfang der Handlungspflicht und der Handlungsmöglichkeiten sowie die Frage, ob ein unterlassenes Einschreiten gegen den Mitgeschäftsführer eine fristlose Kündigung rechtfertigt, also eine besonders schwere Pflichtverletzung darstellt, waren Gegenstand einer jüngeren Entscheidung des OLG Hamm.

#### **Entscheidung**

Das OLG Hamm hatte über folgenden Sachverhalt zu entscheiden: Ein GmbH-Geschäftsführer hatte gegen seine Abberufung und die fristlose Kündigung seines Anstellungsvertrags geklagt, die von der Gesellschafterversammlung damit begründet worden war, dass er nichts dagegen unternommen habe, dass sein Mitgeschäftsführer mehrfach weibliche Angestellte des Unternehmens sexuell belästigt habe, obwohl er hiervon Kenntnis hatte. In der Sache gab das OLG dem Geschäftsführer zwar Recht (ihm

konnte keine Kenntnis von den Belästigungshandlungen nachgewiesen werden) und erklärte die fristlose Kündigung für unwirksam; in seiner Entscheidung führt das Gericht aber aus, dass ein mangelndes Einschreiten des Geschäftsführers gegen sexuelle Belästigungen durch Mitarbeiter und Mitgeschäftsführer eine in Abhängigkeit vom Grad der Belästigung, des Handlungsbedarfs und der Handlungsmöglichkeit ggf. auch eine fristlose Kündigung tragende Pflichtverletzung im Rahmen des Anstellungsvertrags darstellen kann.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung konkretisiert die Pflichten des GmbH-Geschäftsführers nach altem Recht. Nach heutiger Gesetzeslage, also insbesondere unter Einbezug der gesetzlichen Handlungsnormen an den Arbeitgeber aus dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, erscheint es möglich, dass das OLG die fristlose Kündigung für wirksam erachtet hätte.

## **2. Krankheitsbedingte Kündigung älterer Arbeitnehmer**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz verbietet jede Diskriminierungshandlung gegenüber Arbeitnehmern aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität. Zwar sehen die Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes selbst vor, dass es auf Kündigungen nicht anwendbar sei. Ob diese gesetzliche Regelung europarechtskonform ist, ist aber höchst umstritten. Überwiegend wird von ihrer Europarechtswidrigkeit ausgegangen. Eine erste, diese Auffassung entsprechende arbeitsgerichtliche Entscheidung existiert. Damit ist zunächst davon auszugehen, dass Kündigungen diskriminierungsfrei erfolgen müssen. Das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg hatte nunmehr über eine Kündigungsschutzklage zu entscheiden, in der sich der Arbeitnehmer auf den Verstoß der Kündigung gegen die Regelungen des AGG berief.

### **Entscheidung**

Der klagende Arbeitnehmer war seit mehr als 20 Jahren in einem Kleinbetrieb (regelmäßig nicht mehr als fünf Arbeitnehmer) beschäftigt. In den letzten zehn Jahren des Arbeitsverhältnisses war der Arbeitnehmer an mehr als 395 Tagen krank, und zwar vermehrt in den letzten fünf Jahren. Dabei musste der Arbeitgeber mehrmals für mehr als sechs Wochen Entgeltfortzahlungen leisten. Die um etwa zehn Jahre jüngeren Kollegen wiesen krankheitsbedingte Fehlzeiten in Höhe der Hälfte der Fehlzeiten des klagenden Arbeitnehmers auf. Gegen die ihm gegenüber in Ansehung der Fehlzeiten krankheitsbedingt ausgesprochene Kündigung erhob der Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage mit der Begründung, auch in einem Kleinbetrieb dürfe eine Kündigung nicht willkürlich erfolgen. Außerdem stelle die Kündigung eines älteren Arbeitnehmers statt eines jüngeren und kürzer beschäftigten Arbeitnehmers allein wegen der krankheitsbedingten Fehlzeiten eine unzulässige Altersdiskriminierung dar. Dieser Auffassung ist das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg nicht gefolgt. Zwar bestätigt es die Zulässigkeit von Kündigungsschutzklagen auch in Kleinbetrieben, allerdings sah das Gericht die Anforderungen an eine nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz unzulässige Altersdiskriminierung nicht als erfüllt an. Eine solche käme allenfalls dann infrage, wenn einem älteren Arbeitnehmer wegen Fehlzeiten gekündigt wird, die über den durchschnittlichen Fehlzeiten jüngerer Kollegen liegen, sich aber noch im Rahmen der durchschnittlichen Fehlzeiten vergleichbarer Arbeitnehmer seiner Altersgruppe bewegen. Diese Voraussetzungen waren aber deutlich nicht erfüllt.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung stärkt Arbeitgeberrechte im Hinblick auf die Zulässigkeit von krankheitsbedingten Kündigungen. Insbesondere das Heranziehen von Vergleichszahlen wird insoweit als zulässiges Begründungsindiz anzusehen sein. Was die Entscheidung aber impliziert, ist die Tatsache, dass das Landesarbeitsgericht, auch wenn es ausdrücklich hierzu nichts ausführt, die Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf Kündigungen anwendet.

## **3. Der BGH ändert das Haftungskonzept zum so genannten „existenzvernichtenden Eingriff“**

### **Kernproblem**

Der BGH gibt das bisherige – im Wege der Rechtsfortbildung entwickelte – Rechtsinstitut der Existenzvernichtungshaftung, die an den Missbrauch der Rechtsform anknüpfte und als Durchgriffs(außen)haftung des Gesellschafters gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ausgestaltet, aber mit einer Subsidiaritätsklausel im Verhältnis zu den §§ 30, 31 BGB versehen war, auf.

### **Sachverhalt**

Der Beklagte ist Eigentümer eines mit einem Hotel bebauten Grundstücks, das er zeitlich nacheinander an verschiedene Gesellschaften, an denen er maßgeblich beteiligt ist, verpachtet bzw. an die er die Geschäftsbesorgung übertragen hat. Der Kläger ist der Sonderinsolvenzverwalter einer der Gesellschaften (Schuldnerin) und nimmt den Beklagten wegen eines von der Schuldnerin nicht aufzubringenden, zur Insolvenztabelle angemeldeten Forderungsbetrages von über 1,4 Mio. DM in Anspruch. Er behauptet, der Beklagte habe die Schuldnerin durch existenzvernichtende Eingriffe – u. a. eine Sicherungsübereignung von Inventar an seine Mutter im Zusammenhang mit einer Darlehensgewährung von 150.000 DM – in den Ruin getrieben. Die Vorinstanzen haben den Beklagten mit der Begründung zur Zahlung verurteilt, er habe als Mehrheitsgesellschafter pflichtwidrig in das Vermögen der Schuldnerin eingegriffen und damit deren Möglichkeit zerstört, Liquidität zu entwickeln und die Schulden zu begleichen.

### **Entscheidung**

Der BGH hat das Berufungsurteil wegen verfahrensfehlerhafter Übergehung von Parteivortrag aufgehoben und die Sache an das OLG zurückverwiesen. Er hat dabei das ursprüngliche Haftungskonzept in wesentlichen Punkten geändert und auf eine neue Grundlage gestellt.

An dem Erfordernis einer als „Existenzvernichtungshaftung“ bezeichneten Haftung des Gesellschafters für missbräuchliche, zur Insolvenz der GmbH führende oder diese vertiefenden kompensationslosen Eingriffe in das Gesellschaftsvermögen hält der BGH fest.

Der BGH gibt aber das bisherige Konzept einer eigenständigen Haftungsfigur auf und knüpft die Existenzvernichtungshaftung des Gesellschafters an die missbräuchliche Schädigung des im Gläubigerinteresse zweckgebundenen Gesellschaftsvermögens. Er ordnet sie – in Gestalt einer schadensersatzrechtlichen Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft – nunmehr allein in § 826 BGB als eine besondere Fallgruppe der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung ein.

## **4. Postfachadresse für Klageerhebung nicht ausreichend**

### **Kernproblem**

Enthält eine Klageschrift nicht die notwendigen Angaben, ist die Klage unzulässig. Das Finanzgericht entscheidet dann nicht mehr in der vorgetragenen Sache. Die Revision beim BFH gegen eine unzulässige Klage wird nur in den seltensten Fällen zur Entscheidung angenommen.

### **Rechtslage**

Nach den Vorschriften der Finanzgerichtsordnung müssen in einer Klageschrift Kläger und Beklagter bezeichnet werden. Notwendiger Mindestinhalt ist außerdem der Gegenstand des Klagebegehrens, die Bezeichnung des angefochtenen Verwaltungsakts sowie der entsprechenden Einspruchsentscheidung.

Fehlen diese Angaben, so fordert das Gericht i. d. R. dazu auf, sie zu ergänzen. Wenn das Finanzgericht hierzu eine Frist mit ausschließender Wirkung setzt, können die nach Ablauf dieser Frist eingereichten Unterlagen nicht mehr berücksichtigt werden.

Wenn die Angaben zu spät nachgereicht werden, ist die Klage unzulässig.

### **Entscheidung**

Dem Finanzgericht Kassel wurde eine Klageschrift eingereicht, in der der Kläger nur seine Postfachadresse angegeben hatte. Der Aufforderung des Gerichts, eine Straßenadresse anzugeben, kam er nicht nach.

Somit konnte ihm das Finanzgericht weder die Ladung zur mündlichen Verhandlung noch den Gebührenbescheid über die Gerichtskosten zustellen. Auch die fälligen Gerichtskosten konnte die Gerichtskasse nicht eintreiben.

Das Finanzgericht hat deswegen die Klage als unzulässig beurteilt. Der Kläger ist verpflichtet, eine ladungsfähige Anschrift anzugeben, also seinen tatsächlichen Wohnort. Tut er dies nicht, ist der notwendige Inhalt der Klageschrift nicht vollständig.

Eine Ausnahme bezüglich der Pflicht, den Wohnort anzugeben, besteht nur, wenn sich der Kläger dadurch der konkreten Gefahr einer Verhaftung aussetzen würde. Dann muss aber seine Identität eindeutig festgestellt werden können und die Zustellung an einen Bevollmächtigten sichergestellt sein.

## 5. **Keine Schenkungsteuer bei Formwechsel von Verein in GmbH**

### **Kernproblem**

Als Schenkungen unter Lebenden gilt auch die Bereicherung, die ein Steuerpflichtiger bei Auflösung eines Vereins erhält, dessen Zweck auf die Bindung von Vermögen gerichtet ist. Fraglich ist, ob auch der Formwechsel eines Vereins in eine GmbH als Auflösung des Vereins anzusehen ist.

### **Sachverhalt**

In einen „Familienverein“ ist von Vater und Onkel 1970 Vermögen eingebracht worden. Nachdem der Vater 1972 verstorben ist, sind der Onkel und sein Familienstamm aus dem Verein ausgetreten. 1990 haben die verbleibenden Mitglieder der Familie des Vaters eine formwechselnde Umwandlung in eine GmbH vollzogen. Das Finanzamt nahm an, dass der Erwerb des GmbH-Anteils bei den verbleibenden Vereinsmitgliedern der Schenkungsteuer unterliege.

### **Entscheidung**

Nach dem Erbschaftsteuergesetz gilt als Schenkung unter Lebenden, was bei Auflösung eines Vereins erworben wird, dessen Zweck auf die Bindung von Vermögen gerichtet ist. Das Steuerrecht knüpft insoweit an eine Auflösung im bürgerlich-rechtlichen Sinne an. Eine solche Auflösung sieht der BFH aber in einer formwechselnden Umwandlung nicht. Anders als bei der Auflösung eines Vereins kommt es bei dessen Formwechsel in eine GmbH somit nicht zum Anfall von dessen Vermögen bei den Mitgliedern oder den sonstigen Anfallsberechtigten. Da ebenso wenig eine Gesetzeslücke noch ein Missbrauch von Steuergestaltungen vorliegt, bleibt für eine Schenkungsteuer kein Raum.

### **Konsequenz**

Das Urteil des BFH ist zu begrüßen, da die Verwaltungsmeinung nicht aus dem Gesetzestext entnommen werden konnte. Die Finanzverwaltung hat bereits auf das Urteil reagiert. Die bisher abweichende Verwaltungsmeinung ist mit sofortiger Wirkung aufgehoben worden.

## 6. **Keine Entschädigung nach AGG bei nicht ernst gemeinter Bewerbung**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz schützt vor jedweder Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts, des Alters, einer Behinderung, der sexuellen Neigung, der Rasse oder ethnischen Herkunft sowie der Religion oder Weltanschauung. Im Bereich des Arbeitsrechts wird vom persönlichen Schutzbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes bereits der Bewerber auf eine ausgeschriebene Stelle umfasst. Das heißt, jedenfalls die Ablehnung eines Bewerbers – sei es bereits bei der Vorauswahl oder nach einem Bewerbungsgespräch – muss diskriminierungsfrei erfolgen. Ist dies nicht der Fall, hat der Bewerber einen unmittelbaren Schadensersatzanspruch gegen den ablehnenden potenziellen Arbeitgeber i. H. v. bis zu drei potenziellen Monatsgehältern. Voraussetzung ist aber, dass die Bewerbung ernst gemeint war. Zur Frage der ernsthaften Bewerbung hat nunmehr das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg entschieden.

### **Entscheidung**

Der Kläger war Volljurist. Er war mehrere Jahre selbstständig tätig und bezieht inzwischen Arbeitslosengeld II. Er bewarb sich auf die Stelle eines Juristen, die bei der Arbeitsgemeinschaft Arbeitslosengeld II angesiedelt war. Für das Bewerbungsschreiben verwendete der Kläger seinen früheren Anwalts-Briefkopf, den er zuvor mit einigen Durchstreichungen und Änderungen versehen hatte. Das Anschreiben endete mit einem als „Cetero Censeo“ gekennzeichneten Text, mit dem der Kläger eine Sonderabgabe für Bordellbesucher forderte. Das der Bewerbung beigefügte Lichtbild zeigte den Kläger anlässlich eines Schachturniers vor dem Schachbrett sitzend. Sein Lebenslauf enthielt unter anderem folgenden

Text: „Seit 1.1.2005 im Zuge der so genannten Reform Hartz IV auf Bahnhofpenner-Niveau verhartzt. Februar 2004 Bewerbung als Vorstandsvorsitzender der Bundesagentur für Arbeit, Nürnberg, auserwählt: Herr Weise.“ Nach Beendigung des Auswahlverfahrens teilte der potenzielle Arbeitgeber mit, dass er sich für eine andere Bewerberin entschieden habe. Daraufhin machte der Kläger Schadensersatz wegen Benachteiligung aufgrund seines Alters, seines Geschlechts, seiner Arbeitslosigkeit und seiner politischen Betätigungen geltend. Das Gericht entschied selbstverständlich gegen den Kläger. In seiner Entscheidung zeigt es aber die Anforderungen an den Schadensersatzanspruch des abgewiesenen Bewerbers auf. Dieser setze voraus, dass der Bewerber objektiv für die Stelle geeignet sei, sich subjektiv ernsthaft bewerbe und wegen eines Diskriminierungsmerkmals abgelehnt werde.

### **Konsequenz**

Keine Aussage hat das Gericht über die Frage getroffen, wann eine Bewerbung subjektiv ernst gemeint sei. Insoweit werden weitergehende Entscheidungen die Voraussetzung näher konkretisieren müssen. Dem ablehnenden potenziellen Arbeitgeber wird man raten müssen, Ablehnungsschreiben entweder zunächst nicht zu begründen (allerdings hat der abgelehnte Bewerber einen Auskunftsanspruch) oder aber die Ablehnung mit persönlichen Gründen zu begründen („die Chemie stimmt nicht“), um nicht in die Nähe eines Diskriminierungsmerkmals zu kommen.

## **7. Gesellschafterwechsel führt nicht zum Betriebsübergang**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Die gesetzlichen Regelungen über den Betriebsübergang (z. B. Unzulässigkeit von Kündigungen, Fortbestand geltender Arbeitsvertragsbedingungen) kommen immer dann zur Anwendung, wenn ein Betrieb oder ein Teilbetrieb von einem neuen Rechtsträger als wirtschaftliche Einheit und unter Wahrung der bisherigen Identität (wirtschaftlich wie organisatorisch) fortgeführt wird. Regelmäßiger Streitpunkt ist, welche organisatorischen Änderungen erforderlich sind, damit es nicht zur Annahme eines Betriebsübergangs kommt. Regelmäßig ist dies in Sachverhaltskonstellationen der Fall, in denen eine Dienstleistung per Vertrag neu vergeben wird. Streitig kann es aber auch sein, ob es überhaupt dazu gekommen ist, dass ein neuer Rechtsträger einen Betrieb übernommen hat. Dies ist z. B., wie in dem hier besprochenen Urteil des Bundesarbeitsgerichtes, dann der Fall, wenn lediglich der Betriebsinhaber wechselt.

### **Entscheidung**

Der Kläger war bei einer Gesellschaft als Staplerfahrer und Kommissionierer beschäftigt. Diese betreibt ein Frischelager und steht in Geschäftsbeziehungen zu Einzelhandelsunternehmen. Die von diesen bei Herstellern bestellten Lebensmittel nahm die Gesellschaft entgegen, lagerte sie zwischen, kommissionierte sie und lieferte sie über Spediteure an die Einzelhandelsunternehmen aus. Die Gesellschaft wurde in einen Konzern eingegliedert. Dabei kam es zu einem Wechsel der Gesellschafter der Gesellschaft. Die Konzernmutter erledigte fortan die Buchhaltungs- und Personalverwaltungsangelegenheiten der Gesellschaft. Zwei Prokuristen der Konzernmutter wurden Handlungsbevollmächtigte der Gesellschaft. Außerdem übernahm die Konzernmutter die Vertragsbeziehungen der Gesellschaft zu deren Kunden und beauftragte nunmehr ihrerseits die Gesellschaft aufgrund eines Dienstleistungsvertrags mit der Zwischenlagerung, Kommissionierung und Auslieferung der von den Herstellern gelieferten Lebensmittel an die Einzelhandelsunternehmen. Der Kläger sah in der Eingliederung in den Konzern einen Betriebsübergang auf die Konzernmutter und klagte gegen diese auf Feststellung, dass sein Arbeitsverhältnis übergegangen sei. Das Bundesarbeitsgericht wies die Klage ab. Die organisatorischen Maßnahmen der Konzernmutter seien angesichts des Geschäftsbetriebs der Gesellschaft nicht geeignet, einen Betriebsübergang zu begründen, weil die Konzernmutter keine Betriebsmittel und auch kein Personal übernommen habe. Die organisatorische Einheit des Betriebs sei bei der Gesellschaft erhalten geblieben.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung stellt klar, dass der bloße Gesellschafterwechsel beim Arbeitgeber keinen Betriebsübergang auslöst. Erforderlich ist, dass der Geschäftsbetrieb auf einen neuen Rechtsträger übergeht. Damit wird deutlich, dass die gesetzlichen Regelungen zum Betriebsübergang „betriebsbezogen“ und nicht „unternehmens- oder rechtsformbezogen“ zu verstehen sind.

## **8. Keine Abmahnung bei außerordentlicher Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers**

### **Kernfrage /Rechtslage**

Der Geschäftsführer einer GmbH ist ihr gesetzlicher Vertreter. Das heißt, der Geschäftsführer ist Organ der Gesellschaft. Die Organstellung erlangt der Geschäftsführer mit seiner Bestellung durch Beschluss der Gesellschafterversammlung. Aus seiner Eigenschaft als Organ der Gesellschaft ergibt sich, dass der Geschäftsführer auch die Arbeitgeberfunktionen für die Gesellschaft ausübt. Von der gesellschaftsrechtlichen Organstellung des Geschäftsführers zu trennen ist das rein schuldrechtliche Anstellungsverhältnis des Geschäftsführers, dessen Rechtsgrundlage regelmäßig ein Geschäftsführer-Anstellungsvertrag ist. Auf schuldrechtlicher Basis ist der Geschäftsführer mithin Angestellter der Gesellschaft, der nach den Regelungen des Anstellungsvertrags kündbar ist. Die Arbeitgeberfunktion gegenüber dem Geschäftsführer nimmt dann die Gesellschafterversammlung wahr. Dabei ist es zulässig, gesellschaftsrechtliche Organstellung und schuldrechtliche Anstellung miteinander dergestalt zu verknüpfen, dass die Abberufung in der Organstellung mit einer Kündigung des Anstellungsverhältnisses verbunden ist. Der BGH hatte in einer jüngeren Entscheidung darüber zu befinden, ob die außerordentliche Kündigung des Anstellungsvertrags einer vorherigen Abmahnung bedarf, oder ob eine Abmahnung vor Kündigung gerade nicht ausgesprochen werden muss. Die Abberufung ist jedenfalls jederzeit zulässig.

### **Entscheidung**

Der Kläger war Geschäftsführer einer GmbH und als solcher ihr organschaftlicher Vertreter. Gleichzeitig bestand ein Anstellungsvertrag zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer, der wegen Pflichtverletzungen des Geschäftsführers von Seiten der Gesellschaft ohne vorherige Abmahnung gekündigt worden war. Hiergegen wandte sich der Geschäftsführer und unterlag vor dem BGH. Das Gericht führte aus, dass die gesetzlichen Regelungen über die außerordentliche Kündigung von Dauerschuldverhältnissen, die auch auf den Geschäftsführer-Anstellungsvertrag Anwendung finden, der Kündigung zwar eine erforderliche Abmahnung vorschalten würden, diese Regelung käme jedoch gegenüber dem Geschäftsführer nicht zur Anwendung. Weil dem Geschäftsführer Arbeitgeberfunktionen zugewiesen seien, lägen besondere Umstände vor, die eine Abmahnung entbehrlich werden lassen.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung hat allgemein wirkenden Charakter. Allein wegen der Wahrnehmung von Arbeitgeberfunktionen kann einem Geschäftsführer wirksam außerordentlich gekündigt werden, ohne dass es – im schuldrechtlichen Anstellungsvertrag – weitergehender Maßnahmen bedarf. Das heißt im Ergebnis, dass die schuldrechtliche Kündigung im Bereich des Vorliegens außerordentlicher Kündigungsgründe der gesellschaftsrechtlichen Abberufung gleichgestellt wird. Liegen außerordentliche Gründe vor, kann außerordentlich gekündigt werden.

## **9. Keine Kündigungsschutzvorschriften auf den GmbH-Geschäftsführer anwendbar**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers wird von zwei verschiedenen, voneinander unabhängigen Rechtskreisen bestimmt. Seine gesellschaftsrechtliche Stellung als Organ der GmbH richtet sich nach den einschlägigen Regelungen des GmbH-Gesetzes. Daneben besteht zwischen der GmbH und ihrem Geschäftsführer ein schuldrechtliches Anstellungsverhältnis. In diesem schuldrechtlichen Rechtsverhältnis werden 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 Kündigung des Anstellungsvertrags. Das OLG Hamm hatte in einer jüngeren Entscheidung darüber zu befinden, ob auf die Kündigung des Anstellungsverhältnisses die allgemeinen Kündigungsschutzregelungen Anwendung finden können.

### **Entscheidung**

Der Kläger war ursprünglich Angestellter einer Aktiengesellschaft, deren Tochtergesellschaft die beklagte GmbH ist. Mit einer zwischen der AG und den Parteien dieses Rechtsstreits getroffenen Vereinbarung sollte das Arbeitsverhältnis mit der AG beendet und ein neues „Arbeitsverhältnis“ mit der Beklagten als

Geschäftsführer begründet werden. Der Anstellungsvertrag sah u. a. vor, dass für den nicht am Unternehmenserfolg beteiligten Kläger Sozialversicherungsbeiträge entrichtet werden sollten. Der Kläger wurde durch Gesellschafterbeschluss der Beklagten zum Geschäftsführer bestellt und als solcher in das Handelsregister eingetragen. Ein knappes Jahr später kündigte die Beklagte den „Arbeitsvertrag“ des Klägers, nachdem er zuvor durch die Gesellschafterversammlung als Geschäftsführer abberufen worden war. Gegen die Kündigung wandte sich der Kläger mit der Begründung, dass die Kündigung gegen diverse arbeitsrechtliche Kündigungsschutzvorschriften verstoße. Das OLG wies die Klage ab. Ein Geschäftsführer-Anstellungsvertrag stelle in keinem Fall ein Arbeitsverhältnis dar, auf das Arbeitnehmer schützende Kündigungsschutzvorschriften Anwendung finden könnten. Daran ändere auch die Weisungsgebundenheit des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschafterversammlung nichts. Diese ergebe sich aus gesellschaftsrechtlichen Regelungen, nicht aus arbeitnehmergleicher Weisungsgebundenheit.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung reiht sich in weitere Entscheidungen der Obergerichte ein, die Geschäftsführern eine Arbeitnehmerstellung regelmäßig absprechen und ihr Anstellungsverhältnis keinen besonderen Schutzvorschriften unterstellen. Es bleibt festzuhalten, dass mit der Abberufung die Kündigung möglich ist. Ausnahmen können allenfalls dort gelten, wo der Geschäftsführer nur Strohmann ist oder eine ausdrückliche Vereinbarung besteht, dass ein ehemaliges Arbeitsverhältnis ruhend für den Zeitraum der Geschäftsführerfunktion weiter bestehen soll.

## **10. Widerstand gegen strategische Grundsatzentscheidungen kann Abberufung des Geschäftsführers rechtfertigen**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Eine Kapitalgesellschaft handelt durch ihre Geschäftsführer. Bei Personenhandelsgesellschaften (insbesondere offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft) obliegt die Geschäftsführung den nach dem gesetzlichen Leitbild gemeinschaftlich hierzu berechtigten und verpflichteten persönlich haftenden Gesellschaftern. Der Gesellschaftsvertrag kann einzelnen Gesellschaftern das Recht einräumen, die Geschäfte der Gesellschaft alleine zu führen. Von der Geschäftsführungsbefugnis zu trennen ist die Vertretungsberechtigung, die bei Personenhandelsgesellschaften nach dem gesetzlichen Leitbild jedem einzelnen persönlich haftenden Gesellschafter zusteht. Allerdings können in einem Gesellschaftsvertrag abweichende Regelungen getroffen werden. Haben die Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft in ihrem Gesellschaftsvertrag Regelungen über die Einrichtung eines Geschäftsführungsorgans sowie die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern getroffen, dann gelten diese Regelungen unmittelbar. Die Zulässigkeit von vereinfachten gesellschaftsvertraglichen Abberufungsregelungen sowie die Möglichkeit zur wechselseitigen Abberufung von verfeindeten Gesellschafter-Geschäftsführern war Gegenstand einer aktuellen Entscheidung des OLG Köln.

### **Entscheidung**

Das OLG hatte in zwei Fällen über einen Streit um die Geschäftsführung in der Gaffel Brauerei oHG zu entscheiden. Die Gesellschaftsanteile werden zu jeweils 38 % von zwei Brüdern, A. und B., die gleichzeitig auch Geschäftsführer sind, sowie zu 24 % von einem Neffen C. gehalten. Nach dem Gesellschaftsvertrag können die Geschäftsführer unter erleichterten Voraussetzungen auch ohne wichtigen Grund von ihrem Amt abberufen werden. Zwischen den beiden Geschäftsführern bestand schon seit längerer Zeit Streit über die strategische Ausrichtung des Unternehmens. Dieser Streit eskalierte in der Gesellschafterversammlung vom 6.12.2006, auf der B. gemeinsam mit dem Neffen C. gegen die Stimmen des A. die Übernahme einer Getränkevertriebsfirma, an der die Brauerei bislang zu 25,1 % beteiligt war und über die die Brauerei einen Großteil ihrer Produkte absetzte, beschlossen. A. hatte lediglich eine Erhöhung der Beteiligung auf 50 % angestrebt und kündigte unmittelbar nach dem Beschluss an, dass er sich dem Vorhaben widersetzen werde. Daraufhin versuchten die beiden Brüder untereinander sich gegenseitig als Geschäftsführer abberufen. Während B. gemeinsam mit dem Neffen C. mit einfacher Mehrheit die Abberufung des A. beschlossen, stimmten sie gemeinsam gegen den Antrag des A., B. aus wichtigem Grund als Geschäftsführer abberufen. A. hatte seinen Antrag insbesondere damit begründet, dass B. Tankrechnungen seiner Angehörigen als Betriebsausgaben der Brauerei abgerechnet habe. Auf Antrag von B. und C. untersagte das OLG im Wege der einstweiligen Verfügung dem A., weiterhin für die

Brauerei als Geschäftsführer aufzutreten oder zu handeln. Einen entsprechenden Antrag des A. in Bezug auf die Abberufung des B. lehnte das Gericht dagegen ab. Das Gericht führte im Hinblick auf die Abberufung des A. aus, dass die gesellschaftsvertragliche Klausel, wonach Geschäftsführer unter erleichterten Bedingungen auch ohne wichtigen Grund von ihrem Amt abberufen werden können, ohne weiteres zulässig sei. Außerdem habe der A. dadurch, dass er angekündigt habe, sich einer strategischen Mehrheitsentscheidung zu widersetzen, einen sachlichen Grund für seine Abberufung geliefert. Insoweit sei das Vertrauen in seine Geschäftsführungstätigkeit ernsthaft gestört. Mit Rücksicht auf die Abberufung des B. aus wichtigem Grund führte das Gericht aus, dass das auf die nicht ordnungsgemäße Abrechnung von privaten Tankquittungen begründete Abberufungsverlangen des A. schon deshalb nicht begründet sei, weil allein A. dieses Verlangen geltend gemacht und sich selber in der Vergangenheit ähnlich verhalten habe.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung zeigt zum einen die Bedeutung gesellschaftsvertraglicher Regelungen im Bereich der Personengesellschaften, die Vorrang vor den gesetzlichen Regelungen erlangen. Zum anderen zeigt die Entscheidung auch die Reichweite gesellschaftlicher Treuebindung. So rechtfertigt das Fehlverhalten des anderen bei gleichwertigem eigenem Fehlverhalten kein Vorgehen gegen den anderen. Hingewiesen wird darauf, dass die Gesellschafterstellung der Beteiligten von dem Streit über die Geschäftsführungsbefugnis nicht betroffen wird.

## **11. Auch Formwechsel löst Sperrfrist für Gewerbesteuer aus**

### **Einführung**

Die Gewinne aus der Veräußerung und der Aufgabe eines Betriebs, Teilbetriebs und eines Mitunternehmeranteils unterliegen nicht der Gewerbesteuer, wenn sie auf natürliche Personen entfallen. Veräußert dagegen eine Kapitalgesellschaft ihren gesamten Betrieb oder einen Teilbetrieb, so ist der Gewinn in vollem Umfang gewerbesteuerpflichtig. Ist eine derartige Veräußerung geplant, könnte eine vorherige Umwandlung der Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft steuerlich attraktiv sein. Diese Umwandlung kann zivilrechtlich in Gestalt eines Formwechsels erfolgen. Dabei wird die wirtschaftliche und rechtliche Identität der Gesellschaft gewahrt; anders als bei einer Verschmelzung oder Spaltung geht das Vermögen nicht auf einen anderen Rechtsträger über.

### **Sachverhalt**

Im Jahr 1998 wurde eine zu einem Konzern gehörende GmbH zunächst formwechselnd in eine GmbH & Co. KG umgewandelt und anschließend (vier Monate später) mit hohem Gewinn verkauft. Der Gewinn wurde in der Gewerbesteuererklärung nicht angesetzt. Der Steuerpflichtige begründete dies mit dem Wortlaut des Umwandlungsteuergesetzes in der damals geltenden Fassung. Dort war geregelt, dass ein Veräußerungsgewinn der Gewerbesteuer unterliegt, wenn die Veräußerung innerhalb von fünf Jahren erfolgt. Allerdings setzte dies einen vorherigen „Vermögensübergang“ voraus, der – nach Auffassung des Steuerpflichtigen – bei einem Formwechsel gerade nicht vorliege.

### **Entscheidung des BFH**

Der BFH ist der Auffassung des Steuerpflichtigen und des Finanzgerichts nicht gefolgt. Der Begriff des „Vermögensübergangs“ habe bereits im Jahr 1998 auch den Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft umfasst, sodass der Veräußerungsgewinn gewerbesteuerpflichtig war.

### **Konsequenz**

Seit dem Jahr 1999 ist die gesetzliche Regelung unstrittig, da der Begriff „Vermögensübergang“ durch „Umwandlung“ ersetzt wurde, was den Formwechsel eindeutig miteinschließt. Nachteilig kann die Regelung insbesondere dann sein, wenn sich innerhalb der Sperrfrist von fünf Jahren weitere stille Reserven bilden und der dann gewerbesteuerpflichtige Veräußerungsgewinn höher ist als im Zeitpunkt der Umwandlung.

## **12. Formulärmäßiger Verzicht auf Kündigungsschutzklage unwirksam**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Der Arbeitnehmer kann gegen eine arbeitgeberseitige Kündigung Kündigungsschutzklage vor dem zu-

ständigen Arbeitsgericht erheben. Dies gilt sowohl dann, wenn auf das Arbeitsverhältnis die besonderen Kündigungsschutzregelungen des Kündigungsschutzgesetzes Anwendungen finden, als auch in Kleinst- und Kleinbetrieben, auf deren Arbeitsverhältnisse die Regelungen des Kündigungsschutzgesetzes ggf. keine Anwendung finden, wenn die Kündigung willkürlich ausgesprochen wird. Bisher mögliche Praxis war es, dass der Arbeitnehmer bei Erhalt der Kündigung eine Erklärung abgab, mit der er auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage verzichtete. Diese außergerichtliche Prozessklärung machte eine später doch eingelegte Kündigungsschutzklage unzulässig. Vielleicht häufigster Anwendungsfall eines sog. Klageverzichts war die Verdachtskündigung, also eine fristlose Kündigung wegen des Verdachts einer vom Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber begangenen Straftat. Denn eine Verdachtskündigung ist nur unter Einhaltung besonderer formaler Voraussetzungen zulässig und scheitert oft an den hohen Anforderungen, die an den Verdachtsgrad gestellt werden. Der Klageverzicht nahm in diesen Fällen das große Risiko des Arbeitgebers, im Kündigungsschutzprozess zu verlieren. Über die Zulässigkeit eines Klageverzichts, der in einer eben solchen Situation auf einem vorgedruckten Formular ausgesprochen worden war, hatte nunmehr das Bundesarbeitsgericht zu entscheiden.

### **Entscheidung**

In einer Drogerie waren zwei Tageseinnahmen aus dem Tresor verschwunden. Für das Verschwinden infrage kamen drei Verkäufer, von denen aber keiner die Tat zugab. Daraufhin sprach der Arbeitgeber gegenüber allen drei Mitarbeitern Verdachtskündigungen aus und entließ sie fristlos. Die Kündigung wurde auf einem allgemein hierfür verwendeten Formular des Arbeitgebers ausgesprochen, dessen Abschlussatz hieß: „Kündigung akzeptiert und mit Unterschrift bestätigt. Auf Klage gegen die Kündigung wird verzichtet.“ Obwohl die Klägerin den Abschlussatz unterzeichnete, erhob sie Kündigungsschutzklage mit der Begründung, der Klageverzicht sei unwirksam. Außerdem habe sie keinen Diebstahl begangen. Der Arbeitgeber wiederum war der Auffassung, der Klageverzicht sei wirksam. Darüber hinaus sei ihm eine Zusammenarbeit mit keinem der drei Mitarbeiter mehr zuzumuten. Das Bundesarbeitsgericht gab der Klägerin Recht. Der Klageverzicht sei unwirksam, für eine Verdachtskündigung lagen keine ausreichenden konkreten Verdachtsmomente vor. Eine gegen die gesetzlichen Regelungen zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen verstoßende, den Arbeitnehmer unangemessen benachteiligende Regelung liege regelmäßig dann vor, wenn der Arbeitnehmer im unmittelbaren Anschluss an eine Arbeitgeberkündigung ohne Gegenleistung in einem ihm vom Arbeitgeber vorgelegten Formular auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage verzichtet.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung hat jedenfalls in Situationen der Verdachtskündigung weitreichende Folgen. Hier wird ein Klageverzicht nur noch in ganz besonderen Ausnahmesituationen zulässig sein. Mindestens erforderlich wird insoweit eine Gegenleistung z. B. in Form einer Abfindung sein, zu der der Arbeitgeber regelmäßig nicht bereit sein wird. Der Abschluss eines Aufhebungsvertrags wird insoweit vorzuziehen sein. Es steht zu befürchten, dass die Entscheidung auf alle Fälle ausgedehnt wird, in denen eine Kündigung formularmäßig erklärt wird.