



## Ihre Mandanteninformationen des Monats

Sehr geehrte Damen und Herren,

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.

### Allgemeine Steuerzahlungstermine im Februar

Fälligkeit <sup>1</sup>		Ende der Zahlungs-Schonfrist
11.02. <sup>2</sup>	Lohnsteuer, Kirchensteuer, Solidaritätszuschlag <sup>3</sup>	14.02.
	Umsatzsteuer <sup>4</sup>	14.02.
15.02.	Gewerbsteuer	18.02.
	Grundsteuer	18.02.
28.02.	Lohnsteuerbescheinigung 2007	

Die 3-tägige Schonfrist gilt nur bei Überweisungen; maßgebend ist die Gutschrift auf dem Konto der Finanzbehörde. Dagegen muss bei Scheckzahlung der Scheck spätestens 3 Tage vor dem Fälligkeitstermin eingereicht werden.

Bitte lesen Sie im Einzelnen:

### Inhalt

#### Privatbereich

S. 3

1. Anwendungsschreiben zur Steuerermäßigung bei haushaltsnahen Aufwendungen
2. Verluste aus Verwendung von Mieteinnahmen
3. Bank verwertet ein sicherungsübereignetes Fahrzeug; Schätzung darf nicht ohne Weiteres nach Händlereinkaufspreis erfolgen
4. Schenkung eines Miteigentumsanteils an einem vermieteten Grundstück
5. Zur Hinweispflicht des Rechtsanwalts auf die Abhängigkeit der Vergütung vom Streitwert
6. Keine Durchgriffshaftung im Fall des insolventen Kolping-Bildungswerks Sachsen e. V.
7. Senkung des Beitragssatzes zur Arbeitslosenversicherung und Verlängerung der Bezugsdauer des Arbeitslosengeldes I beschlossen
8. Merkblatt zur Steuerklassenwahl 2008

#### Unternehmer und Freiberufler

S. 10

1. Bundesrat stimmt dem Jahressteuergesetz 2008 zu
2. Sonderkündigungsrecht und wechselseitige Wettbewerbsansprüche bei erfolgreicher Kündigungsschutzklage
3. Flucht eines Landwirts bewirkt keine sofortige Betriebsaufgabe
4. Voraussetzungen einer selbstständigen Bewirtschaftung für die Milcherzeugung gepachteter Produktionseinheiten

<sup>1</sup> Lohnsteuer-Anmeldungen bzw. Umsatzsteuer- Voranmeldungen müssen bis zum Fälligkeitstag abgegeben werden, da sonst Verspätungszuschläge entstehen können

<sup>2</sup> Die Fälligkeit verschiebt sich auf den 11.02., weil der 10.02. ein Sonntag ist.

<sup>3</sup> Für den abgelaufenen Monat

<sup>4</sup> Für den abgelaufenen Monat; bei Dauerfristverlängerung für den vorletzten Monat bzw. das 4. Kalendervierteljahr 2007



5. Umsatzsteuerfreiheit für Heilbehandlungsleistungen einer Personengesellschaft mit angestellten Krankengymnasten
6. Steuerfreiheit für Privatlehrer?
7. Abmahnung verbraucht Kündigungsrecht zugleich zur Wirksamkeit einer „i. A.“ unterzeichneten Kündigung
8. Darlehen der Komplementär-GmbH an GmbH & Co KG schädlich
9. Teilzeitbeschäftigte dürfen nicht schlechter bezahlt werden
10. Persönliche Haftung des Heilbehandlungsarztes anstatt Haftung der Berufsgenossenschaft bei einem Diagnosefehler
11. „Second-hand-shops“ – Eigenhandel oder Vermittlung?
12. Steuerfreiheit von Massageleistungen
13. Überzahlungen sind umsatzsteuerpflichtig
14. Kein Verzug von Verbrauchern durch einfache Rechnung mit Zahlungsziel
15. Der Bundesgerichtshof entscheidet über die Anfechtbarkeit von Globalzessionen
16. Neuordnung der Rechtsberatung durch das Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG)
17. Ansparrücklage für Restbetrieb kann zulässig sein

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

**S. 21**

1. Euro-Zahlungsverkehrsraum kommt zum 1.1.2008
2. Vorlagebeschluss zur Verfassungsmäßigkeit des § 8b Abs. 3 und Abs. 5 KStG
3. Welche Mitarbeiter sind in eine Sozialauswahl einzubeziehen?
4. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz findet auch auf die Betriebliche Altersversorgung Anwendung
5. Voraussetzung des Verzugs ist auch im Fall der grundlosen Erfüllungsverweigerung die Fälligkeit der Forderung gegen den Schuldner
6. Wann ist die Forderung aus einer Umsatzsteuerkorrektur zu aktivieren?
7. Rückforderung abgetretener Vorsteuererstattungen
8. Zur Eintragung der Befreiung des GmbH-Geschäftsführers vom Selbstkontrahierungsverbot ins Handelsregister
9. Bundesweites Rechtsanwaltsregister unter <http://www.rechtsanwaltsregister.org>
10. Notare müssen GmbH-Gesellschafter bei einer Sachkapitalerhöhung auf die Gefahr einer Differenzhaftung des Übernehmers hinweisen
11. Frist zur elektronischen Offenlegung von Jahresabschlüssen läuft ab



## Privatbereich

### 1. Anwendungsschreiben zur Steuerermäßigung bei haushaltsnahen Aufwendungen

#### Kernproblem

Privat veranlasste Aufwendungen sind in der Regel nur eingeschränkt steuerlich berücksichtigungsfähig, z. B. als Sonderausgaben oder außergewöhnliche Belastungen. Der Fiskus fördert jedoch bereits seit dem Jahr 2003 Aufwendungen für haushaltsnahe Beschäftigungsverhältnisse sowie die Inanspruchnahme haushaltsnaher Dienstleistungen, die in einem inländischen Haushalt des Steuerpflichtigen ausgeübt werden. Ab dem Jahr 2006 wurde der Anwendungsbereich der Vorschrift für Dienstleistungen erweitert. In einem neuen Anwendungsschreiben hat die Finanzverwaltung die vor etwa einem Jahr veröffentlichten Verwaltungsanweisungen punktuell erweitert.

#### Neues Anwendungsschreiben

Die wesentlichen Neuerungen des BMF-Schreibens lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Für Wohnungseigentümergeinschaften und Vermieter kommt mangels Zulassung zum sog. Haushaltsscheckverfahren die Steuerermäßigung für geringfügige Beschäftigungsverhältnisse nicht in Betracht. Dafür lässt der BMF den Abzug als haushaltsnahe Dienstleistung zu. Das führt zu einem Vorteil, denn hier sind 20 % der Aufwendungen, höchstens 600 EUR abzugsfähig (anstatt 10 %, 510 EUR).
- Frisör- oder Kosmetikerleistungen sind nicht begünstigt, auch wenn diese im Haushalt erbracht werden (Ausnahmen bei Pflege/Betreuung).
- Für sowohl auf öffentlichen als auch auf Privatgelände durchgeführte Dienstleistungen (Straßen- und Gehwegreinigung, Winterdienst) ist nur die Dienstleistung auf Privatgelände begünstigt, d. h. z. B. nicht die Schneeräumung von öffentlichen Gehwegen.
- Die Verdoppelung der Steuerermäßigung für Pflege- und Betreuungsleistungen gilt nicht bei Pflegestufe 0 (anders BFH beim Abzug außergewöhnlicher Belastungen); die Inanspruchnahme eines erhöhten Behinderten-Pauschbetrags (3.700 EUR) schließt die Steuerermäßigung aus.
- Inländischer Haushalt ist auch eine an ein steuerlich zu berücksichtigendes Kind überlassene Wohnung. Ebenso eine Zweit-, Wochenend- oder Ferienwohnung.
- Haushaltsgegenstände, deren Reparatur und Wartung begünstigt sind, lassen sich u. a. dadurch abgrenzen, ob diese in der Hausratversicherung mitversichert werden können.
- Nicht begünstigte Neubaumaßnahmen liegen bei Nutz- oder Wohnflächenschaffung bzw. -erweiterung vor.
- Anders als z. B. Schornsteinfegergebühren sind Aufwendungen für technische Prüfdienste nicht begünstigt.
- Für sog. Arbeitgeber-Pools gelten die Ausführungen für Wohnungseigentümer und Mieter sinngemäß.
- Bei Aufwendungen, die auch außergewöhnliche Belastungen sein können, ist von Amts wegen davon auszugehen, dass die zumutbare Eigenbelastung unter die Steuerermäßigung fällt.
- Kosten eines Au-pairs können zu 50 % als haushaltsnahe Dienstleistung unterstellt werden (außer wenn andere Veranlassung nachgewiesen ist, z. B. als Kinderbetreuungskosten; nach BMF-Schreiben zu Kinderbetreuungskosten sind ebenfalls grds. 50 % abzugsfähig).
- In Unterscheidung zu Materialkosten sind Verbrauchsmittel (z. B. Schmier-, Reinigungs- oder Spülmittel, Streugut) begünstigt. Entsorgungskosten dagegen nicht, außer sie sind Nebenleistung der Hauptleistung (z. B. Fliesenabfuhr bei Neuverfliesung eines Bades, Grünschnittabfuhr bei Gartenpflege).
- Die im Zusammenhang mit Versicherungsschäden entstandenen Aufwendungen sind um erhaltene oder später zu erwartende Versicherungsleistungen zu kürzen.
- Grds. gilt das Abflussprinzip des EStG (d. h. auch 10-Tages-Frist); bei geringfügigen Beschäftigungsverhältnissen gehören die am 15. Januar des Folgejahres fälligen Abgaben noch in das Vorjahr.



- Bei Jahresabrechnungen von Verwaltern oder Vermietern ist es nicht zu beanstanden, wenn die Ermäßigung abweichend vom Abfluss erst in dem Jahr der Genehmigung durch die ET-Versammlung geltend gemacht wird (das kann aber nicht mehr für Handwerkerleistungen aus 2005 gelten, weil erst ab 2006 begünstigt).

#### **Konsequenz**

Das Schreiben ersetzt die bisherigen Verwaltungsanweisungen und ist grds. ab dem VAZ 2006 anwendbar (soweit Auswirkungen auf Rechtsstand 2003: auf alle offene Veranlagungen).

## **2. Verluste aus Verwendung von Mieteinnahmen**

### **Kernproblem**

Wer negative Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften erzielt, der kann diese nur eingeschränkt steuerlich berücksichtigen. Die Verluste mindern positive Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften im gleichen Kalenderjahr. Darüber hinaus ist ein einjähriger Verlustrücktrag sowie Verlustabzug in Folgejahren möglich, jedoch wiederum nur in der gleichen Einkunftsart. Daher ist es nicht verwunderlich, dass wegen der Vorrangigkeit anderer Einkunftsarten Spitzfindige nach alternativen Möglichkeiten suchen. Bis vor den BFH hat es ein Steuerzahler geschafft, der seine Vermietungsüberschüsse aus über 40 Objekten u. a. in diverse Devisenoptionsgeschäfte investierte. Den hierbei entstandenen erheblichen Verlust wollte er bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abziehen. Begründet hat er dies damit, dass Überschüsse aus den angelegten Mitteln dazu bestimmt gewesen seien, die laufenden Kosten der Vermietungseinkünfte zu decken oder die Anschaffung weiterer Vermietungsobjekte zu ermöglichen.

### **Bisherige Rechtsprechung**

Der BFH hat in der Vergangenheit beim Anfall von Zinseinnahmen/-ausgaben durchaus in Einzelfällen die Vorrangigkeit der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung gesehen. So z. B. bei vereinnahmten Verzugszinsen für den Kaufpreis eines Hauses, wenn dieser der Finanzierung eines anderen Vermietungsobjekts diene. Hier konnte der Verkäufer jedoch nicht frei über den Kaufpreis verfügen, weil der Käufer an die kreditierende Bank im Treuhandauftrag überweisen musste. Auch Zinseinnahmen aus Bausparverträgen sieht der BFH als solche aus Vermietung und Verpachtung, wenn damit zusammenhängend eine Zwischenfinanzierung des Vertrags gewährt wurde, deren Schuldzinsen Werbungskosten der Vermietung sind.

### **Entscheidung**

Der BFH konnte offen lassen, ob die Mittelherkunft tatsächlich auf die Vermietertätigkeit zurückzuführen war. Denn zwischen die Vermietertätigkeit und die geltend gemachten Verluste tritt nach seiner Auffassung das jeweilige Optionsgeschäft als eigenständige Erwerbsquelle. Aus Sicht der Vermietertätigkeit stellt die Anlage der vereinnahmten Mieten zur Durchführung der Optionsgeschäfte Einkommensverwendung dar, die nur deshalb steuerlich bedeutsam ist, weil dadurch wieder einer Einkunftsart zuzurechnende Einkünfte bezogen werden. Den Vergleich mit früheren Entscheidungen zu Verzugs- bzw. Bausparzinsen lässt der BFH wegen anderer Sachverhalte nicht zu. Überdies entschied erst der wirtschaftliche Erfolg der Optionsgeschäfte darüber, ob überhaupt Mittel zur Reinvestition zur Verfügung standen.

### **Konsequenz**

Entscheidend bleibt das Argument der eigenständigen Erwerbsquelle. Der BFH hat mit ähnlicher Begründung unlängst entschieden, dass Schuldzinsen für den Erwerb von Gesellschaftsanteilen an seiner Arbeitgeberin für einen Arbeitnehmer Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen sind. Das gilt unabhängig davon, ob durch den Erwerb eine höher dotierte Position erlangt wird.

## **3. Bank verwertet ein sicherungsübereignetes Fahrzeug: Schätzung darf nicht ohne Weiteres nach Händler-einkaufspreis erfolgen**

In einem Darlehensvertrag für einen Autokauf kann geregelt sein, dass die Bank im Fall der sofortigen Kündigung des Kredits das ihr sicherungsübereignete Fahrzeug verwerten darf und dem Kreditnehmer der „gewöhnliche Verkaufswert im Zeitpunkt der Rücknahme“ vergütet wird. In einem solchen Fall ist nach einem Urteil des OLG Schleswig v. 23. August 2007 unter dem gewöhnlichen Verkaufswert der gegenüber einem Letztverbraucher erzielbare Verkaufspreis und nicht der Einkaufswert im Sinn eines Händler-einkaufspreises zu verstehen.



### **Sachverhalt**

Der Beklagte hatte bei der klagenden Bank ein Darlehen für den Kauf eines Pkw aufgenommen und ihr diesen zur Sicherheit übertragen. Den Wagen hatte der Kläger im Oktober 2000 zum Preis von 25.500 DM gekauft. Nach den Bedingungen im Darlehensvertrag durfte die Klägerin das Fahrzeug im Fall der sofortigen Kündigung des Kredits verwerten und den „gewöhnlichen Verkaufswert im Zeitpunkt der Rücknahme“ auf die Darlehenssumme anrechnen. Für die Bestimmung des gewöhnlichen Verkaufswerts verwiesen die Bedingungen auf § 317 Abs. 1 BGB. Als der Beklagte keine Rückzahlungen auf das Darlehen leistete, kündigte die Klägerin den Darlehensvertrag im November 2000 und verlangte vom Beklagten die Herausgabe des Fahrzeugs, um dieses zu verwerten. Sie ließ den Wert des Wagens von einem Gutachter schätzen, der einen Verkaufswert von 12.100 DM ermittelte. Diesen Betrag schrieb die Klägerin dem Beklagten gut und verlangte Zahlung der restlichen Darlehenssumme.

Der Beklagte widersprach der Schätzung des Gutachters. Hierzu trug er vor, dass er den Wagen im Oktober 2000 für 25.500 DM gekauft habe. Es könne nicht sein, dass der Wagen in einem Monat die Hälfte seines Werts verliere. Der Beklagte begehrte für den bevorstehenden Prozess die Gewährung von Prozesskostenhilfe. Sein hierauf gerichteter Antrag hatte vor dem LG keinen Erfolg. Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde des Beklagten war vor dem OLG erfolgreich.

### **Entscheidungsgründe**

Der Beklagte hat Anspruch auf die Gewährung von Prozesskostenhilfe, weil seine Rechtsverteidigung Aussicht auf Erfolg hat.

Die Klägerin war zwar berechtigt, den Vertrag mit sofortiger Wirkung zu kündigen, weil der Beklagte seiner Verpflichtung zur Zahlung von Darlehensraten nicht nachgekommen ist. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist aber die Höhe ihres Rückzahlungsanspruchs unklar.

Nach dem Darlehensvertrag durfte die Klägerin das Fahrzeug verwerten und dem Beklagten den „gewöhnlichen Verkaufswert im Zeitpunkt der Rücknahme“ gutschreiben. Darunter ist der Wert zu verstehen, der gegenüber einem Letztverbraucher erzielt werden kann. Die vom Gutachter geschätzten 12.100 DM stellen jedoch keinen Verkaufswert, sondern den Händlereinkaufspreis dar. Denn es ist nicht ersichtlich, dass der Wert des Fahrzeugs innerhalb eines Monats um die Hälfte gesunken sein soll. Der Wagen weist weder eine überhöhte Laufleistung noch einen gravierenden Schaden auf.

Die Schätzung zum Händlereinkaufspreis ist somit unbillig im Sinn von § 317 Abs. 1 BGB, auf den die Vertragsbedingungen der Klägerin Bezug nehmen. Nach dieser Vorschrift ist bei einer Bestimmung der Leistung durch einen Dritten (hier: Gutachter) im Zweifel anzunehmen, dass sie nach billigem Ermessen zu treffen ist. Ist die Leistung nicht nach billigem Ermessen bestimmt, ist sie nach § 319 Abs. 1 S. 1 BGB durch Urteil zu ersetzen.

## **4. Schenkung eines Miteigentumsanteils an einem vermieteten Grundstück**

### **Einführung**

Die Übertragung umsatzsteuerpflichtig vermieteter Grundstücke kann unter bestimmten Voraussetzungen eine Korrektur der Vorsteuer auslösen. Dies ist nicht der Fall, wenn die Übertragung als nicht steuerbare Geschäftsveräußerung im Ganzen zu werten ist.

### **Fall**

Ein Ehegatte schenkte dem anderen Ehegatten einen Bruchteil des von ihm bisher umsatzsteuerpflichtig vermieteten Grundstücks. Die Grundstücksgemeinschaft setzte die Vermietung fort. Das Finanzamt wollte die Vorsteuer aus den Herstellungskosten des Gebäudes korrigieren, da es durch den Sachverhalt einen steuerfreien Eigenverbrauch als verwirklicht ansah.

### **Urteil**

Nach Ansicht des BFH ist die Übertragung als nicht steuerbare Geschäftsveräußerung im Ganzen zu qualifizieren, sofern das übertragene Grundstück alleiniger Vermietungsgegenstand ist. Eine Korrektur der Vorsteuer entfällt damit.

### **Konsequenz**

Das Urteil ist auf den Fall bezogen eindeutig. In Fällen, in denen sich die unternehmerische Tätigkeit des übertragenden Ehegatten nicht allein auf das Grundstück beschränkt, ist zu klären, ob die Übertragung des



einzelnen Grundstücks eine Geschäftsveräußerung im Ganzen darstellt. Nach der Rechtsprechung des BFH dürfte dies bei Geschäftsgrundstücken im Regelfall anzunehmen sein.

Mit dem zu begrüßenden Urteil weicht der BFH von seiner bisherigen Rechtsprechung in derartigen Fällen ab. Erfreulich ist ebenfalls, dass der BFH sein Urteil u. a. auch mit dem Sinn und Zweck der betreffenden Vorschriften begründet. Dies geht leider der Finanzverwaltung zunehmend verloren, die, fiskalisch motiviert, häufig den Sinn und Zweck einer Vorschrift aus den Augen verliert und sich mit Vorliebe auf die eigenen Verwaltungsanweisungen beruft.

## 5. Zur Hinweispflicht des Rechtsanwalts auf die Abhängigkeit der Vergütung vom Streitwert

### **Einführung**

Die Vergütung eines Rechtsanwalts bestimmt sich nach einer gesetzlichen Regelung (Rechtsanwaltsvergütungsgesetz – RVG). Wird mit dem Mandanten keine gesonderte Honorarvereinbarung geschlossen, richtet sich die Vergütung in der Regel nach dem Gegenstandswert. In diesem Fall hat der Rechtsanwalt nach einer gesetzlichen Vorschrift (§ 49b Abs. 5 BRAO) vor Übernahme des Auftrags hierauf hinzuweisen. Streitig war, wen im Rechtsstreit für die Erfüllung der Hinweispflicht die Darlegungs- und Beweislast trifft.

### **Entscheidung**

Der Beklagte hatte in einem Verfahren vor dem Arbeitsgericht die klagenden Rechtsanwälte beauftragt. Nach Abschluss der Angelegenheit stellten die Kläger unter Berücksichtigung eines Gegenstandswerts von 30.000 EUR für ihre Tätigkeit 2.485,18 EUR dem Beklagten in Rechnung. Hierauf zahlte der Beklagte lediglich 580 EUR. Den Restbetrag machten die Kläger klageweise geltend. Der Klage wurde in allen Instanzen stattgegeben.

Der Beklagte hat die geltend gemachte Pflichtverletzung der Hinweispflicht nicht nachgewiesen. Die Kläger haben substantiiert dargelegt, dass der beratende Rechtsanwalt den Beklagten darauf hingewiesen hat, die Anwaltsvergütung richte sich nach dem Gegenstandswert. Beweis für das Gegenteil hat der Beklagte nicht angetreten.

Die gesetzliche Vorschrift (§ 49b Abs. 5 BRAO) hat nicht nur berufsrechtliche Relevanz, sondern eine unmittelbare zivilrechtliche Bedeutung. Der Rechtsanwalt muss seinen Mandanten vor Übernahme des Auftrags auf die Abhängigkeit der Gebühren vom Gegenstandswert hinweisen. Grund für die Neuregelung war der Umstand, dass es in der Vergangenheit immer wieder zu Unzuträglichkeiten geführt hatte, wenn Mandanten vor allem bei hohen Gegenstandswerten von der Abrechnung „überrascht“ wurden. Dabei ging der Gesetzgeber davon aus, dass nach einem entsprechenden Hinweis der Mandant den Rechtsanwalt hierzu näher befragt. Der Mandant trägt die Beweislast dafür, dass der Anwalt seiner Hinweispflicht nicht nachgekommen ist. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH trägt derjenige, der eine Aufklärungs- oder Beratungspflichtverletzung behauptet, dafür die Beweislast. Die mit dem Nachweis einer negativen Tatsache verbundenen Schwierigkeiten werden dadurch ausgeglichen, dass die andere Partei die behauptete Fehlberatung substantiiert bestreitet und darlegen muss, wie im Einzelnen beraten bzw. aufgeklärt worden sein soll. Dem Anspruchsteller obliegt dann der Nachweis, dass diese Darstellung nicht zutrifft. Eine Beweislastumkehr oder Beweislasterleichterung ergibt sich auch nicht aus dem Gesichtspunkt der Verletzung einer Dokumentationsobliegenheit. Nach dem Sachvortrag der Parteien hat der Rechtsanwalt die Erfüllung seiner Hinweispflicht zwar nicht schriftlich dokumentiert. Eine Obliegenheit zur Dokumentation bestand aber auch nicht.

### **Konsequenz**

Ein Rechtsanwalt sollte bei einer Erstberatung die Kostenfragen offen ansprechen. In der Praxis hat sich gezeigt, dass in diesen Fällen die anschließende Abrechnung der Tätigkeit beim Mandanten höhere Akzeptanz findet. Auch wenn der Rechtsanwalt hierzu nicht verpflichtet ist, sollte er vorsorglich den Hinweis dokumentieren.



## 6. Keine Durchgriffshaftung im Fall des insolventen Kolping-Bildungswerks Sachsen e. V.

### Kernproblem

Ein eingetragener Verein haftet regelmäßig selbst für seine Verbindlichkeiten und nicht die Vereinsmitglieder. Diese haften nur ausnahmsweise dann, wenn die Ausnutzung der rechtlichen Verschiedenheit zwischen der juristischen Person und den dahinter stehenden natürlichen Personen rechtsmissbräuchlich ist.

### Sachverhalt

Die Klägerin, ein geschlossener Immobilienfonds, erwarb von einer Tochtergesellschaft des KBS e. V. ein 40-jähriges Erbbaurecht an einer mit einem Schloss bebauten Immobilie. Nach umfangreichen Umbauten vermietete die Klägerin das Objekt gegen monatliche Leasingraten für 19,75 Jahre an den KBS e. V. Dieser war als Holdingverein mit mehreren Tochter- und Enkelgesellschaften in weiteren Großprojekten mit monatlichen Mietbelastungen engagiert. Ende 2000 wurde über das Vermögen des KBS e. V. das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Klägerin macht gegen die Beklagten, die als rechtsfähige und nichtrechtsfähige Vereine organisierte Mitglieder des Kolpingwerkes sind, Ansprüche auf Ersatz des ihr durch die Insolvenz des KBS e. V. entstandenen Schadens geltend.

Die Klage hatte in der Berufungsinstanz teilweise Erfolg, auf die Revision aller Parteien wies der BGH die Klage ab.

### Entscheidung

Der BGH entschied, dass die akzessorische Haftung der Mitglieder des KBS e. V. für dessen Vereinsverbindlichkeiten gegenüber der Klägerin im Wege einer Durchgriffshaftung wegen Rechtsformmissbrauch mit dem geltenden Recht (§§ 21 ff., 43 Abs. 2 BGB) nicht in Einklang steht. Nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung haftet für Verbindlichkeiten eines eingetragenen Vereins nur dieser selbst und nicht die hinter ihm stehenden Vereinsmitglieder. Eine Durchbrechung des Trennungsgrundsatzes wäre nur dann zulässig gewesen, wenn der Klägerin Bonitätsprobleme des KBS e. V. treuwidrig verschleiert worden wären oder rechtsmissbräuchliche Vermögensverschiebungen im Konzern stattgefunden hätten. Die Beklagten verhielten sich auch nicht deshalb rechtsmissbräuchlich, weil sie nicht gegen die umfangreiche wirtschaftliche Betätigung des KBS e. V. und die darin liegende erhebliche Überschreitung des Nebenzweckprivilegs eingeschritten sind. In diesem Fall sieht das Gesetz allein das Amtslöschungsverfahren vor; erst durch diesen Rechtsakt wird die juristische Person zu einem nichtrechtsfähigen wirtschaftlichen Verein, für dessen Verbindlichkeiten die Mitglieder von diesem Zeitpunkt an persönlich haften.

## 7. Senkung des Beitragssatzes zur Arbeitslosenversicherung und Verlängerung der Bezugsdauer des Arbeitslosengeldes I beschlossen

### Einzelheiten

Der Bundestag hat am 16.11.2007 beschlossen, den Beitrag zur Arbeitslosenversicherung zum 1.1.2008 von derzeit 4,2 auf 3,3 % zu verringern. Gleichzeitig wurde mit Wirkung zum 1.1.2008 die Bezugsdauer für das Arbeitslosengeld I (ALG I), welches bislang grundsätzlich nur 12 Monate gezahlt wird, für ältere Arbeitnehmer verlängert. Arbeitnehmer ab 50 Jahre können nun 15 Monate ALG I beziehen, wenn sie zuvor 30 Monate lang in die Arbeitslosenversicherung eingezahlt haben. Nach Vollendung des 55. Lebensjahres steigt die Bezugsdauer auf 18 Monate, wenn zuvor drei Jahre lang Versicherungsbeiträge gezahlt wurden. Wer ab einem Alter von 58 Jahren arbeitslos wird, erhält 24 Monate ALG I, wenn vier Jahre lang Arbeitslosenversicherungsbeiträge entrichtet wurden. Die versicherungspflichtige Beschäftigung muss jeweils innerhalb von 5 Jahren vor Beginn der Arbeitslosigkeit bestanden haben.

### Auswirkungen

Angesichts der deutlichen Beitragssenkung geht die Bundesagentur für Arbeit (BA) im kommenden Jahr von Mindereinnahmen in Höhe von bis zu 7,1 Mrd. EUR aus. Falls der Beitragssatz bis 2011 nicht ausreicht, soll die BA keinen Bundeszuschuss als Ausgleich bekommen. Treten aufgrund schwächerer Konjunktur wieder Finanzprobleme bei der BA auf, ist mit einer Anhebung des Beitragssatzes zu rechnen. Bei der Verlängerung der Bezugsdauer des ALG I für ältere Arbeitnehmer wird von jährlichen Mehrkosten in Höhe von 1,1 Mrd. EUR ausgegangen, die bei einer schwächeren Konjunktur voraussichtlich erheblich ansteigen werden.



## 8. Merkblatt zur Steuerklassenwahl 2008

### **Kernproblem**

Ehegatten können bekanntlich für den Lohnsteuerabzug wählen, ob sie beide in die Steuerklasse IV (Regelfall) eingeordnet werden wollen oder ob einer von ihnen (der Höherverdienende) nach Steuerklasse III und der andere Ehegatte nach Steuerklasse V besteuert werden soll. Wird gewechselt, ist der Steuerabzug bei Steuerklasse III wesentlich geringer, während der Steuerklasse V innehabende Ehegatte womöglich Motivationsverluste wegen einer höheren Steuer hinnehmen muss. Unter dem Strich soll es natürlich in der Geldbörse beider Ehegatten bemerkbar sein. Bei gleich hohem Einkommen lohnt sich der Wechsel nicht. Als Faustregel kann gesagt werden, dass die Steuerklassenkombination III/V in etwa der Jahressteuer entspricht, wenn sich das Arbeitseinkommen 60/40 verteilt (bei Steuerklasse III des Höherverdienenden). Dabei ist die einbehaltene Lohnsteuer aber nur eine Art Vorauszahlung auf die Einkommensteuer. Die bei der Steuerveranlagung festzusetzende Einkommensteuer bleibt von der Steuerklasse unabhängig. Beziehen beide Ehegatten Arbeitslohn und hat einer die Steuerklasse V, besteht eine Abgabepflicht für die Einkommensteuererklärung, so dass spätestens dann Vor- oder Nachteile wieder ausgeglichen werden.

### **Neues Merkblatt des BMF**

Um die Steuerklassenwahl zu erleichtern, hat das BMF ein Merkblatt für die Lohnsteuer 2008 herausgebracht. Dieses soll die Steuerklassenwahl erleichtern, indem man mit dem individuellen Einkommen des Höherverdienenden in eine Tabelle geht und herausfindet, bis zu welchem Einkommen des Geringerverdienenden der Wechsel lohnt. Aber Vorsicht: Die Aussagen sind nur dann genau, wenn die Monatslöhne über das ganze Jahr konstant bleiben. Zudem besagt die Lohnsteuer, wie oben erwähnt, noch nichts über die Jahressteuer. Trotz des von einigen Inhabern der Steuerklasse V zu hoch empfundenen Steuereinhalts kann die spätere Zusammenrechnung mit dem Einkommen des Ehegatten trotz Splittingtarifs zu weiteren Steuernachzahlungen führen. Zudem macht auch das BMF auf folgende Besonderheit aufmerksam: Lohnersatzleistungen, wie Arbeitslosen-, Kranken- oder Mutterschaftsgeld, werden durch die Steuerklasse beeinflusst, weil sich deren Höhe auf das Nettogehalt bezieht. Von daher kann es sinnvoll sein, zur Steuerklasse IV/IV zurückzukehren, wenn dem vorher nach Steuerklasse V eingestuftem Ehegatten Lohnersatzleistungen drohen. Eine vor Jahresbeginn getroffene Steuerklassenwahl wird bei Gewährung von Lohnersatzleistungen von der Agentur für Arbeit grundsätzlich anerkannt. Mögliche Steuernachteile bei Lohnsteuereinbehalt werden bei Veranlagung ohnehin wieder ausgeglichen, aber die „höhere“ Lohnersatzleistung bleibt unverändert.

### **Konsequenz**

Die Gemeinde trägt auf den Steuerkarten 2008 die Steuerklassen ein, die bereits auf der Lohnsteuerkarte 2007 bescheinigt waren. Die Ehegatten haben jedoch bereits vor dem 1. Januar 2008 die Möglichkeit, die Steuerkarte bei der Gemeinde ändern zu lassen. Ein Wechsel im Laufe des Jahres kann in der Regel nur einmal (spätestens bis zum 30. November 2008) erfolgen. Ausnahme: Ein Ehegatte scheidet aus einem Dienstverhältnis aus oder verstirbt. Im Fall des Wechsels sind der Gemeinde beide Steuerkarten vorzulegen.



## Unternehmer und Freiberufler

### 1. Bundesrat stimmt dem Jahressteuergesetz 2008 zu

#### Einführung

Die Änderungshäufigkeit steuerlicher Vorschriften bleibt unverändert hoch. Nur wenige Monate nach Verabschiedung der Unternehmensteuerreform 2008 bringt das Jahressteuergesetz 2008 erneut zahlreiche Änderungen für die Steuerpflichtigen. Der Bundesrat hat dem Gesetz am 30. November 2007 zugestimmt, das somit plangemäß zum 1. Januar 2008 in Kraft treten kann. Einige der wichtigsten Änderungen sind im Folgenden aufgeführt:

#### Änderungen im Einkommensteuergesetz

- Der Abzug von auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhenden Versorgungsleistungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge wird eingeschränkt. Nicht mehr abzugsfähig sind diese Versorgungsleistungen bei der Übertragung von Kapitalvermögen (mit Ausnahme einer mindestens 50 %-Beteiligung an einer GmbH) sowie von Vermögen, das entweder beim Übergeber oder beim Unternehmer nicht der Einkünfteerzielung diene oder dient.
- Für die erst mit der Unternehmensteuerreform eingeführte Abgeltungsteuer wird eine Ausnahme zugelassen: Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft können unter bestimmten Voraussetzungen (Mindestbeteiligungsquote) und auf Antrag Werbungskosten geltend machen.
- Ab dem Jahr 2011 wird die Papier-Lohnsteuerkarte durch den automatisierten Abruf elektronischer Lohnsteuerabzugsmerkmale ersetzt werden.
- Die Frist von zwei Jahren für eine sog. Antragsveranlagung wird aufgehoben.

#### Weitere wichtige Änderungen

- Für Kapitalgesellschaften wird das Abzugsverbot für Wertminderungen im Zusammenhang mit Anteilen an anderen Kapitalgesellschaften auf bestimmte Gesellschafterdarlehen ausgedehnt.
- Soweit Kapitalgesellschaften noch über Altbestände von EK 02 aus der Zeit des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens verfügen, werden diese Bestände mit pauschal 3 % nachversteuert. Die Steuerlast kann wahlweise über 10 Jahre gestreckt oder in einem abgezinsten Einmalbetrag gezahlt werden. Ausnahmen gelten für bestimmte Wohnungsunternehmen.
- Der Finanzierungsanteil von Mieten, Pachten und Leasingraten für Immobilien, der bei der Gewerbesteuer hinzuzurechnen ist, wird von 75 % auf 65 % abgesenkt.
- Die steuerliche Missbrauchsvorschrift des § 42 AO wird inhaltlich neu gefasst. Entgegen den zuvor diskutierten Vorschlägen dürften hiermit allerdings keine gravierenden Verschärfungen gegenüber der bisherigen Rechtslage verbunden sein.

### 2. Sonderkündigungsrecht und wechselseitige Wettbewerbsansprüche bei erfolgreicher Kündigungsschutzklage

#### Rechtslage/Kernfrage

Ein Arbeitnehmer kann sich gegen eine Kündigung mit Kündigungsschutzklage verteidigen. Gewinnt der Arbeitnehmer den Kündigungsschutzprozess, steht ihm neben dem Anspruch auf Weiterbeschäftigung, selbst wenn er während der Prozessdauer nicht gearbeitet, seine Arbeitsleistung aber angeboten hat, der Lohnzahlungsanspruch zu (Annahmeverzugslohn). Während des manchmal lange dauernden Klageverfahrens kommt es jedoch häufig dazu, dass sich die Wege von Arbeitnehmer und Arbeitgeber trennen. Zum einen ist es möglich, dass der Arbeitnehmer in ein neues Arbeitsverhältnis bei einem anderen Arbeitgeber eingetreten ist. Zum anderen ist es – insbesondere bei Freiberuflern – denkbar, dass sich der Arbeitnehmer selbstständig gemacht hat oder nach Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens selbstständig machen will. Um diesen Entwicklungen Rechnung zu tragen, sieht das Kündigungsschutzgesetz eine Regelung vor, die dem das Kündigungsschutzverfahren gewinnenden Arbeitnehmer ein Sonderkündigungsrecht für den Fall einräumt, dass er inzwischen bei einem anderen Arbeitgeber tätig ist. Das Bundesarbeitsgericht hatte nunmehr darüber zu entscheiden, ob dieses Sonderkündigungsrecht auch für den Fall gilt, in dem der Arbeitnehmer in die Selbstständigkeit wechselt. Gleichzeitig hatte das Gericht darüber zu befinden, welche Rechtsfolgen in diesem Fall aus einem arbeitsvertraglichen Wettbewerbsverbot heraus entstehen können.



### **Entscheidung**

Der Kläger war als angestellter Steuerberater tätig. Sein Arbeitsvertrag enthielt ein – wirksames – nachvertragliches Wettbewerbsverbot. Nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses erhob der Kläger Kündigungsschutzklage. Vor Ablauf der Kündigungsfrist verzichtete der Arbeitgeber auf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot. Das Arbeitsgericht erklärte die Kündigung für unwirksam. Daraufhin erklärte der Kläger, dass er die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses verweigere, und machte sich als Steuerberater selbstständig. Mit seiner vom Bundesarbeitsgericht noch zu entscheidenden Klage machte der Kläger Ansprüche auf Karenzentschädigung aus dem Wettbewerbsverbot geltend. Der Arbeitgeber seinerseits verlangte im Wege der Widerklage eine Vertragsstrafe, weil der Kläger gegen das Wettbewerbsverbot verstoßen habe. Das Bundesarbeitsgericht gab dem Arbeitgeber Recht und billigte die Vertragsstrafe. Das Sonderkündigungsrecht des Arbeitnehmers, der im Laufe des Kündigungsschutzprozesses in ein anderes Arbeitsverhältnis gewechselt ist, steht dem Arbeitnehmer nicht zu, der sich selbstständig gemacht hat. Macht dieser Arbeitnehmer das Sonderkündigungsrecht geltend, dann ist dies in eine ordentliche Kündigung zum nächst zulässigen Termin umzudeuten. Bis zu diesem ordentlichen Kündigungstermin besteht das vertragliche Wettbewerbsverbot mit der Folge fort, dass der Arbeitnehmer bis zum ordentlichen Kündigungstermin keine Konkurrenztaetigkeit ausüben darf.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ist insbesondere für freiberufliche Arbeitgeber positiv. Jedenfalls dann, wenn der gekündigte Arbeitnehmer in die Selbstständigkeit wechselt, hat der Arbeitgeber die Gewissheit, dass deren Beginn sich noch verzögert, und kann ggf. erforderliche Abwehrmaßnahmen treffen.

## **3. Flucht eines Landwirts bewirkt keine sofortige Betriebsaufgabe**

### **Sachverhalt**

Der Inhaber (Kläger) eines aktiv bewirtschafteten landwirtschaftlichen Betriebs hatte, aufgrund erheblicher Schulden, seinen Betrieb verlassen und galt als vermisst. Seiner Familie hinterließ er einen Zettel, auf dem er die Vollmacht erteilte, seinen Betrieb zu veräußern. Eine Vermisstenanzeige blieb erfolglos, so dass der Schwager zum Abwesenheitspfleger des Klägers bestellt wurde. Infolgedessen wurden annähernd sämtliche Wirtschaftsgüter des Betriebs veräußert. Der Kläger sah bereits durch Vollmachterteilung eine wirksame Betriebsaufgabe. Dem folgte das Finanzamt nicht und veranlagte die Veräußerungsgewinne als laufende Einkünfte.

### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof entschied im vorliegenden Fall, dass eine Betriebsaufgabe erst dann anzunehmen ist, wenn der Steuerpflichtige den Entschluss gefasst hat, seine betriebliche Tätigkeit einzustellen und seinen Betrieb als selbstständigen Organismus aufzulösen, und wenn er als Folge dieses Entschlusses alle wesentlichen Grundlagen in einem einheitlichen Vorgang innerhalb kurzer Zeit an verschiedene Abnehmer veräußert oder ins Privatvermögen überführt. Es muss hiernach ein tatsächlicher Vorgang vollzogen werden, der nicht durch eine Aufgabeerklärung herbeigeführt werden kann. Sie beginnt mit Handlungen, die objektiv auf die Auflösung des Betriebs gerichtet sind, und enden mit der Veräußerung des letzten bestimmten bzw. geeigneten Wirtschaftsguts, das zu den wesentlichen Betriebsgrundlagen zählt. Eine Zeitraumbverkürzung kann auch nicht dadurch erzielt werden, dass Wirtschaftsgüter, die veräußert werden sollen, ins Privatvermögen überführt werden. Die Überführung ins Privatvermögen setzt vielmehr voraus, dass der Steuerpflichtige durch zielgerichtete eindeutige Handlungen erkennen lässt, dass das Wirtschaftsgut nicht mehr für betriebliche Zwecke eingesetzt werden soll. Dies konnte hier nicht angenommen werden. Zwar hinterließ der Kläger eine Anweisung zur Auflösung des Betriebs, jedoch bestand der Betrieb als selbstständiger Organismus des Wirtschaftslebens fort. Erst der Schwager hatte später den Entschluss der Betriebsaufgabe mit der Verwertung wesentlicher Betriebsgrundlagen umgesetzt.

### **Fazit**

Gerade bei einem aktiv bewirtschafteten landwirtschaftlichen Betrieb reicht eine Aufgabeerklärung nicht aus, um diesen mit steuerlicher Wirkung als aufgegeben zu betrachten. Erforderlich ist darüber hinaus die Umsetzung des Entschlusses durch Veräußerung oder Entnahme der wesentlichen Betriebsgrundlagen.



#### 4. Voraussetzungen einer selbstständigen Bewirtschaftung für die Milcherzeugung gepachteter Produktionseinheiten

##### Sachverhalt

Der Kläger als Inhaber eines landwirtschaftlichen Betriebs hatte an 2 weitere Landwirte seinen Kuhstall und seine gesamten Kühe verpachtet. Aufgrund eines Geschäftsbesorgungsvertrags mit den Pächtern blieb er auf seinem Hof tätig. Die Landwirte betreiben auf ihren Höfen keine Milchwirtschaft, sind jedoch Inhaber von Milchreferenzmengen. Trotz der Pachtvereinbarungen sah das Hauptzollamt den Verpächter als Milcherzeuger an und setzte gegen diesen Abgaben wegen Überschreitung seiner Referenzmengen fest. Hiergegen richtet sich der Kläger, da dieser der Auffassung war, dass die Milcherzeugereigenschaft auf die beiden Pächter übergegangen ist.

##### Rechtslage

Anwendung findet hier noch die Verordnung (EWG) Nr. 3950/92. Hiernach ist Erzeuger der Betriebsinhaber, der einen Betrieb im Gebiet des Mitgliedsstaats bewirtschaftet und Milch/Milcherzeugnisse direkt an den Verbraucher verkauft oder an Abnehmer liefert. Darüber hinaus bestätigte der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH), dass der Erzeuger nicht zwingend Eigentümer der Produktionsanlage sein muss. Erforderlich sei lediglich im Falle der Zupachtung, dass der Pächter diese selbstständig betreibt. Selbstständigkeit bedeutet, dass die Bewirtschaftung unter der Leitung und Verantwortung des Pächters erfolgt. Er muss also die Dispositionsbefugnis und die fachliche Verantwortung für die Bewirtschaftung tragen. Überdies ist erforderlich, dass der Pächter das volle Unternehmerrisiko trägt. Unschädlich in diesem Zusammenhang ist die Vereinbarung über kurze Pachtzeiten. Hierbei ist jedoch großen Wert auf die vertragliche Trennung gegenüber einer bloßen Hilfstätigkeit für den Erzeuger zu legen. Ebenfalls bestätigte der EuGH, dass die Beschäftigung von Hilfskräften nicht schädlich ist. Der Bundesfinanzhof führte in seinem Urteil aus, dass sich der Betriebsinhaber nicht zwingend um jedes Detail zu kümmern hat. Ausreichend ist vielmehr, wenn sich der Pächter laufend zumindest von der Befolgung seiner Anweisungen, vom Gedeihen seiner Herde sowie von den tierpflegerischen Maßnahmen überzeugt. Er führte ferner aus, dass das Merkmal der Selbstständigkeit vielmehr anhand einer Vielzahl in Betracht kommender Kriterien nach dem Gesamtbild der Verhältnisse zu beurteilen ist, wobei die Gegebenheiten im konkreten Einzelfall zu gewichten und gegeneinander abzuwägen sind.

##### Fazit

Zur Beurteilung der Voraussetzungen einer selbstständigen Bewirtschaftung gibt es keinen abgeschlossenen Fragenkatalog. Vielmehr muss jeder Fall individuell geprüft werden. Mit entscheidend sind die fachliche Verantwortung sowie die Übernahme des Unternehmerrisikos durch den Pächter. Darüber hinaus sind konkrete Vereinbarungen bei Geschäftsbesorgungsverträgen zu treffen und durchzuführen, so dass auch objektiv auf eine Selbstständigkeit geschlossen werden kann.

#### 5. Umsatzsteuerfreiheit für Heilbehandlungsleistungen einer Personengesellschaft mit angestellten Krankengymnasten

##### Kernproblem

Der Bundesfinanzhof hat in seinem Urteil die Rechtsformneutralität des Umsatzsteuersystems betont und es für zulässig erachtet, dass auch Personengesellschaften Heilbehandlungsleistungen durch entsprechend qualifizierte Angestellte umsatzsteuerfrei erbringen können.

##### Sachverhalt

Die Klägerin, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), betrieb 1998 und 1999 eine physikalische Praxis und erbrachte mit bei ihr angestellten Krankengymnasten krankengymnastische Leistungen. Die beiden Gesellschafterinnen der Klägerin verfügten im Gegensatz zu den Angestellten nicht über entsprechende berufliche Qualifikationen. Die Klägerin ging davon aus, dass ihre Leistungen im Hinblick auf die Berufsqualifikation ihrer Angestellten als Heilberufstätigkeit nach § 4 Nr. 14 UStG umsatzsteuerfrei seien und dass eine entsprechende Berufsqualifikation ihrer Gesellschafter nicht erforderlich sei. Die Klägerin, die zunächst steuerpflichtige Umsätze erklärt hatte, beantragte schließlich die Änderung der Steuerfestsetzung, dies lehnte das Finanzamt ab. Die Klage vor dem Finanzgericht hatte Erfolg. Auf die Revision des beklagten Finanzamts hob der BFH die Entscheidung auf und wies die Sache an das Finanzgericht zurück, weil noch klärungsbedürftig war, über welche beruflichen Befähigungsnachweise die Angestellten der



Klägerin verfügten. Der Beklagte ist der Auffassung, die Klägerin erbringe nicht von der Steuerbefreiung des § 4 Nr. 14 UStG erfasste Präventionsleistungen.

### **Entscheidung**

Das Urteil setzt die bisherige Rechtsprechung zur Umsatzsteuerbefreiung heilberuflicher Tätigkeiten fort. Der EuGH hatte bereits entschieden, dass steuerfreie Heilbehandlungsleistungen nicht nur von natürlichen, sondern auch von juristischen Personen, wie Stiftungen und Gesellschaften mit beschränkter Haftung, erbracht werden können. Voraussetzung ist dabei, dass die Personen, die für die Gesellschaft oder Stiftung die Heilbehandlung ausführen, über die erforderliche Berufsqualifikation verfügen. Dies gilt auch für Personengesellschaften, die grundsätzlich nach § 4 Nr. 14 UStG steuerfreie Heilbehandlungsleistungen erbringen können. Die für die Inanspruchnahme der Steuerbefreiung erforderliche Berufsqualifikation muss dabei nicht zwingend in der Person der Gesellschafter vorliegen. Es ist vielmehr ausreichend, dass die Angestellten der Personengesellschaft über die zur Erbringung von Heilbehandlungsleistungen erforderlichen Befähigungsnachweise verfügen.

## **6. Steuerfreiheit für Privatlehrer?**

### **Einführung**

Nach der bisherigen nationalen Rechtsauffassung ist Voraussetzung für die Steuerfreiheit von Unterrichtsleistungen selbstständiger Lehrer, dass dieser Unterricht unmittelbar an die Schüler erbracht wurde. Es reichte daher bisher für die Steuerfreiheit nicht aus, wenn diese Unterrichtsleistung gegenüber einer Schule oder Hochschule abgerechnet wurde.

### **Neues Urteil**

Der EuGH hat nun nach Vorlage des BFH entschieden, dass nach der 6. EG-Richtlinie die Unterrichtsleistung auch befreit sein kann, wenn diese nicht unmittelbar erbracht wird. Voraussetzung ist jedoch, dass es sich bei der Tätigkeit um Schul- oder Hochschulunterricht durch einen für eigene Rechnung und in eigener Verantwortung agierenden Lehrer handelt.

Der BFH hat sich dem Urteil des EuGH mittlerweile angeschlossen. Dabei versteht er unter dem Begriff „Schul- und Hochschulunterricht“ nicht nur Unterrichtsleistungen, die der Erlangung einer Qualifikation oder Ausbildung für eine Berufstätigkeit dienen. Entsprechend der Wertung des EuGH subsumiert der BFH auch Tätigkeiten unter diesen Begriff, die in Schulen und Hochschulen unterwiesen werden, um die Kenntnisse und Fähigkeiten der Schüler zu entwickeln. Diese Tätigkeiten dürfen allerdings nicht der Freizeitgestaltung dienen.

### **Konsequenz**

Unter den genannten Voraussetzungen ist es hinsichtlich der Steuerbefreiung zukünftig unerheblich, ob der Lehrer mit der Schule abrechnet oder direkt mit den Schülern.

Für die Praxis ist damit ein wesentliches Problem gelöst. Es ist allerdings zu befürchten, dass nunmehr neue Probleme entstehen. So hatte der EuGH erhebliche Zweifel, ob der bisher als freier Mitarbeiter geführte Lehrer tatsächlich selbstständig war. Ebenso fehlt eine klare Abgrenzung hinsichtlich der Frage, wann Unterrichtsleistungen der Freizeitgestaltung dienen. Der BFH neigte zwar zu der Auffassung, dass Töpferkurse eher den Charakter bloßer Freizeitgestaltung haben dürften. Zu einer abschließenden Wertung sah sich der BFH jedoch nicht im Stande. Hierzu sollten noch Feststellungen getroffen werden hinsichtlich der Ausbildung des Lehrers, der Zusammensetzung der Teilnehmer, dem Ziel der Veranstaltung und deren tatsächlicher Durchführung.

## **7. Abmahnung verbraucht Kündigungsrecht zugleich zur Wirksamkeit einer „i. A.“ unterzeichneten Kündigung**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Grundsätzlich hat der Arbeitgeber bzw., soweit es sich beim Arbeitgeber um Gesellschaften handelt, deren rechtlicher Vertreter die Kündigung zu unterzeichnen. Darüber hinaus ist es zulässig, dass Kündigungen von entsprechend vertretungsberechtigten Personen im Unternehmen „in Vertretung“ („i. V.“) für den Arbeitgeber unterzeichnet werden. Regelmäßig unzulässig, wenigstens aber im Kündigungsschutzverfahren problematisch sind Kündigungen, die „im Auftrag“ („i. A.“) unterzeichnet werden. Außerdem verhält



es sich so, dass der Arbeitgeber vor der Wahl steht, eine Pflichtverletzung des Arbeitnehmers abzumahnern oder wegen der Pflichtverletzung zu kündigen. Mahnt der Arbeitgeber ab, kann er wegen derselben Pflichtverletzung nicht mehr kündigen. Dieser Grundsatz gilt auch während der sogenannten Wartezeit von sechs Monaten seit Beginn des Arbeitsverhältnisses, in denen ein Arbeitnehmer noch nicht in den Schutzbereich des Kündigungsschutzgesetzes fällt. Im Falle der Kündigung unmittelbar im Anschluss an eine Abmahnung ist regelmäßig problematisch, ob die Kündigung wegen des abgemahnten Grundes oder wegen einer anderen Pflichtverletzung erfolgt. Das Bundesarbeitsgericht hatte nunmehr in einer Sache zum einen darüber zu entscheiden, ob der unmittelbare zeitliche Zusammenhang zwischen Abmahnung und Kündigung für sich genommen dazu führt, den Verbrauch des Kündigungsrechts durch Abmahnung annehmen zu können, und zum anderen darüber zu befinden, ob die Verwendung des Zusatzes „i. A.“ zur formellen Unwirksamkeit der Kündigung führt.

### **Entscheidung**

Der Kläger war noch keine sechs Monate beim Arbeitgeber beschäftigt. Mit Schreiben vom 14.2., das dem Arbeitnehmer am 15.2. zuzuging, mahnte der Arbeitgeber eine Pflichtverletzung des Arbeitnehmers ab. Mit gesondertem Schreiben vom 14.2., das dem Arbeitnehmer am 16.2. zuzuging, kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis. Sowohl Abmahnung als auch Kündigung waren von einem Angestellten des Arbeitgebers, der auch das Einstellungsgespräch mit dem Kläger geführt und dessen Arbeitsvertrag unterschrieben hatte, mit dem Zusatz „i. A.“ unterschrieben worden. Das Bundesarbeitsgericht hob die Entscheidung der Vorinstanz, die die Kündigungsschutzklage des Klägers abgewiesen hatte, auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung an die Vorinstanz zurück. Dabei urteilte das Bundesarbeitsgericht mit Rücksicht auf die Frage der Wirksamkeit von Abmahnung und Kündigung wegen des Zusatzes „i. A.“, dass beide wirksam seien, da der Zusatz „i. A.“ an der im Übrigen bekannten Vertretungsberechtigung und Vertretungsabsicht in der Regel nichts ändere. Hinsichtlich der Frage, ob die Abmahnung den Kündigungsgrund verbraucht habe, hielt das Bundesarbeitsgericht weitere Tatsachenfeststellung für erforderlich, da nicht abschließend festgestellt sei, ob die Kündigung aus einem anderen als dem abgemahnten Grund ausgesprochen worden sei.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung hat zwei Stoßrichtungen. Positiv ist die Aussage des Gerichts, dass der Zusatz „i. A.“ nicht per se zur formellen Unwirksamkeit der Kündigung führt, wenn die Vertretungsabsicht und Vertretungsberechtigung hinreichend deutlich sind. Im Hinblick auf die Frage des Verbrauchs des Kündigungsgrundes durch Abmahnung kann die Entscheidung aber zunächst so verstanden werden, dass der unmittelbare zeitliche Zusammenhang zwischen Abmahnung und Kündigung den Verbrauch des Kündigungsgrundes indiziert. Es ist Aufgabe des Arbeitgebers nachzuweisen, dass die Kündigung aus einem anderen Grund erfolgt. Insoweit ist eine besonders deutliche Dokumentation erforderlich.

## **8. Darlehen der Komplementär-GmbH an GmbH & Co KG schädlich**

### **Kernproblem**

Gesellschafter einer Komplementär-GmbH erfüllen ihre Einlageschuld nicht, indem der in bar gezahlte Betrag unmittelbar als Darlehen an die von ihnen beherrschte GmbH & Co. KG weitergeleitet wird. Sie müssen ihre Einlage jeweils gesondert erbringen, denn die Gesellschaften bilden keine wirtschaftliche Einheit.

### **Sachverhalt**

Die beiden Gesellschafterinnen einer Komplementär-GmbH, die über kein eigenes Bankkonto verfügte, leisteten die geschuldeten Stammeinlagen zunächst bar an den Geschäftsführer der GmbH. Wenige Tage später wurden die Einlagemittel als „Darlehen“ auf das Bankkonto der GmbH & Co. KG transferiert, an der die Inferentinnen als Kommanditistinnen mehrheitlich beteiligt waren. Die in der Bilanz der Komplementär-GmbH ausgewiesene Darlehensforderung wurde nie getilgt. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen beider Gesellschaften verlangt der Kläger als Insolvenzverwalter der Komplementär-GmbH von deren beklagten Gesellschafterinnen die erneute Einzahlung der Stammeinlagen.

Die Klage blieb in den Vorinstanzen erfolglos, auf die Revision des Klägers verurteilte der BGH die Beklagten antragsgemäß zur erneuten Zahlung der Stammeinlagen nebst Zinsen.



### **Entscheidung**

Der BGH griff mit der Entscheidung auf seine gefestigte Rechtsprechung zurück, nach der der Einlagenschuldner einer GmbH unter dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung nichts leistet, wenn der eingezahlte Betrag absprachegemäß umgehend als Darlehen an diesen oder eine von ihm beherrschte Gesellschaft zurückfließt. Das gilt auch für den Fall, in dem die der Komplementärin gebührenden Einlagemittel „darlehensweise“ an die von den Inferentinnen beherrschte KG weitergeleitet werden, denn nach der gesetzgeberischen Konzeption sind beide Gesellschaften für Zwecke der Kapitalaufbringung und -erhaltung nicht als wirtschaftliche Einheit, sondern als selbstständige Unternehmen anzusehen. Die Vermögensmassen sind getrennt zu halten, denn nur so ist sichergestellt, dass den Gläubigern der GmbH die gezahlten Einlagen als Haftungsobjekt zur Verfügung stehen.

### **Konsequenz**

GmbH-Gesellschafter können ihre Einlagenschuld nicht durch „darlehensweise“ Weiterleitung des Betrags an die von ihnen beherrschte GmbH & Co. KG erfüllen. Durch die anstehende Reform des GmbH-Gesetzes könnte sich das Problem jedoch erheblich entschärfen. Insofern ist der Gang des Gesetzgebungsverfahrens zu beobachten.

## 9. Teilzeitbeschäftigte dürfen nicht schlechter bezahlt werden

### **Kernfrage/Rechtslage**

Die Regelungen des Vertrags über die Europäische Union in Gestalt seiner letzten Fassung sehen den Grundsatz vor, dass die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass Männern und Frauen für gleichwertige Arbeit gleiches Entgelt gewährt wird. Dieser Grundsatz stellt europäisches Primärrecht dar und gilt somit in jedem Mitgliedstaat unmittelbar, ohne dass es auf eine Umsetzung in nationales Recht ankäme. Es gibt Vergütungsregelungen – streitig war hier eine solche des Berliner Beamtenrechts –, die eine geringere Vergütung für die Mehrarbeit von Teilzeitbeschäftigten gegenüber den Sätzen eines Vollzeitbeschäftigten für gleiche Arbeit vorsehen. Der Europäische Gerichtshof hatte darüber zu entscheiden, ob solche Vergütungsregelungen, die Teilzeitbeschäftigte im Vergleich zu Vollzeitbeschäftigten schlechter stellen bzw. die Mehrarbeit von Teilzeitbeschäftigten billiger werden lassen als die Anstellung eines Vollzeitbeschäftigten, europarechtskonform sein können.

### **Entscheidung**

Hintergrund war die Klage einer teilzeitbeschäftigten Berliner Lehrerin, die über einen Zeitraum von fünf Monaten hinweg Mehrarbeit geleistet hatte, aufgrund der im Land Berlin geltenden Regelungen der Beamtenvergütung hierfür aber mit einem niedrigeren Satz bezahlt wurde als ein vollzeitbeschäftigter Lehrer für die gleiche Arbeitszeit erhalten hätte. Die Lehrerin rügte die Verletzung des eingangs erwähnten europarechtlich verankerten Grundsatzes der Entgeltgleichheit. Das zuletzt auf nationaler Ebene mit der Klage befasste Bundesverwaltungsgericht setzte das Verfahren aus und legte die Frage der Verletzung europäischen Primärrechts dem Europäischen Gerichtshof zur Beantwortung vor. Der Europäische Gerichtshof urteilte, dass es gegen den europäischen Grundsatz der Entgeltgleichheit für Männer und Frauen verstoße, wenn Teilzeitbeschäftigte für Arbeitsstunden, die sie über ihre individuelle Arbeitszeit hinaus bis zur Arbeitszeit eines Vollzeitbeschäftigten leisten, eine schlechtere Bezahlung als die reguläre Vergütung der Vollzeitskraft erhalten und wenn die benachteiligende Vergütungsregelung erheblich mehr weibliche als männliche Beschäftigte betrifft. Die Frage, ob im konkreten Fall erheblich mehr weibliche als männliche Teilzeitbeschäftigte von der streitigen Vergütungsregelung betroffen sind, hat nunmehr das Bundesverwaltungsgericht (oder ggf. die zuständige Tatsacheninstanz) zu klären.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung wirkt über die konkret streitige beamtenrechtliche Norm hinaus. Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs lässt sich auf alle Teilzeitbeschäftigten verallgemeinern. Erheblich wird sie damit für alle Branchen, in denen üblicherweise überwiegend Frauen in Teilzeitbeschäftigungsverhältnissen angestellt sind und erhebliche Mehrarbeit leisten. Mindestens zu beachten wird es daher sein, dass Teilzeitbeschäftigte mit ihren Überstunden nicht an die Arbeitszeiten von Vollzeitkräften heranreichen.



## 10. **Persönliche Haftung des Heilbehandlungsarztes anstatt Haftung der Berufsgenossenschaft bei einem Diagnosefehler**

### **Kernproblem**

Heilbehandlungsärzte der Berufsgenossenschaft haften für einen Behandlungsfehler regelmäßig persönlich. Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Haftung von Durchgangärzten, die auch für die Berufsgenossenschaft tätig werden, sind nicht auf Heilbehandlungsärzte übertragbar.

### **Sachverhalt**

Nach einem Arbeitsunfall im Juli 2001 wandte sich der Kläger wegen einer Handverletzung an den Beklagten, einen Facharzt für Chirurgie, der als Heilbehandlungsarzt der Berufsgenossenschaft zugelassen ist. Nach einer Röntgenaufnahme schloss der Beklagte eine Zerrung des Handgelenks aus, obwohl das Röntgenbild eine Verrenkung mit Bänderrissen zeigte (Luxation), bei der nach dem Vertrag „Ärzte/Unfallversicherungsträger“ jeder behandelnde Arzt verpflichtet ist, für eine Überweisung des Verletzten in eine von der Berufsgenossenschaft zugelassene Klinik zu sorgen. Der Kläger kann seinen Beruf als Getränkefahrer nicht mehr ausüben, ist um 30 % in der Erwerbstätigkeit gemindert und zwischenzeitlich verrentet.

Das Landgericht wies die Klage ab, das Oberlandesgericht gab ihr auf die Berufung des Klägers statt und ließ die Revision zu.

### **Entscheidung**

Der Kläger ist dem Beklagten zum Schadensersatz und Zahlung von Schmerzensgeld verpflichtet.

Das Oberlandesgericht stellte aufgrund von Sachverständigengutachten fest, dass der Beklagte die Luxation auf dem Röntgenbild hätte erkennen müssen. Der Behandlungsfehler war ursächlich für die Berufsunfähigkeit des Klägers, denn wegen des Diagnosefehlers hatte der Beklagte ihn nicht wie erforderlich in eine Klinik überwiesen. Dort wäre der Kläger operiert worden, wobei eine Arbeitsunfähigkeit mit einer Wahrscheinlichkeit von 70 % nicht eingetreten wäre. Für die Folgen des Behandlungsfehlers haftet der als Heilbehandlungsarzt tätige Beklagte selbst und nicht die Berufsgenossenschaft. Die Grundsätze zur Haftung der ebenfalls der Berufsgenossenschaft angeschlossenen Durchgangärzte sind auf Heilbehandlungsärzte nicht übertragbar. Durchgangärzte erfüllen bei der Entscheidung, ob und wie ein Verletzter in die berufsgenossenschaftliche Heilbehandlung übernommen werden soll, eine Pflicht der Berufsgenossenschaft. Heilbehandlungsärzte haben indes nicht dieselbe Entscheidungskompetenz, sondern dürfen nur leichtere Heilbehandlungen selbst übernehmen und müssen im Übrigen die Verletzten einem Durchgangsarzt vorstellen.

## 11. **„Second-hand-shops“ – Eigenhandel oder Vermittlung?**

### **Einführung**

„Second-hand-shops“ (i. w. Unternehmen) verkaufen gebrauchte Waren, die ihnen von Dritten übergeben werden. Für die privaten Käufer stellt die in Rechnung gestellte Umsatzsteuer, mangels Abzugsfähigkeit, einen Kostenfaktor dar. Entsprechend haben die Unternehmen ein hohes Interesse den Verkauf als Vermittlung darzustellen, da dann lediglich die Vermittlungsprovision der Umsatzsteuer unterliegt.

### **Neue Verwaltungsanweisung**

Die OFD Frankfurt a. M. geht in der Regel davon aus, dass ein Eigenhandel vorliegt. Demgegenüber setzen Vermittlungsleistungen ein Handeln im fremden Namen und für fremde Rechnung voraus. Hierzu sind zwei Voraussetzungen zu erfüllen:

Der Unternehmer darf zum einen nicht die Verfügungsmacht über die zu veräußernden Waren erlangt haben. Hierfür spricht z. B., dass die Gegenstände bei Nichtverkauf an den Einlieferer zurückgegeben werden müssen.

Zum anderen muss der Unternehmer gegenüber den Käufern seine Vermittlungstätigkeit offenlegen. Dies erfordert die Angabe des Namens und der Anschrift des Einlieferers gegenüber den Käufern. Es reicht allerdings aus, wenn der Unternehmer z. B. durch Schilder im Laden darauf hinweist, dass er im Namen und für Rechnung eines Dritten verkauft. Die Identität des Dritten ist dem Käufer bei Bedarf mitzuteilen.

### **Konsequenz**

Nur unter den genannten Bedingungen ist von einer Vermittlungsleistung auszugehen. Liegt diese nicht



vor, so kann in der Regel die Differenzbesteuerung angewendet werden. Hierbei bemisst sich die Umsatzsteuer aus der Differenz zwischen Verkaufs- und Einkaufspreis.

## 12. Steuerfreiheit von Massageleistungen

### **Einführung**

Leistungen von Ärzten und anderen Heilberufen sind nur steuerbefreit, wenn sie der Behandlung von Krankheiten bei Menschen dienen. Dies gilt auch für die Leistungen von Masseuren.

### **Neues Urteil**

Der BFH hat diese Grundsätze in einem aktuellen Urteil nochmals bestätigt. Demnach sind Massageleistungen nur steuerfrei, wenn es sich um Heilbehandlungen im vorgenannten Sinne handelt. Massagen, die aus kosmetischen Gründen durchgeführt werden oder der „Wellness“ dienen, sind daher nicht steuerbefreit. Die Feststellungslast für die Steuerfreiheit liegt beim Unternehmer. Im zu beurteilenden Fall betrieb der Unternehmer einen Club, der einem Hotel angeschlossen war. Neben den Massagen, die durch geprüfte Heilmasseurinnen erbracht wurden, konnten die Gäste eine Sauna, ein Dampfbad sowie ein Schwimmbad nutzen. Nach Ansicht des BFH spricht eine solche Konstellation gegen die Annahme von Heilbehandlungen.

### **Konsequenz**

Um die Steuerfreiheit ihrer Leistungen zu erreichen, müssen Unternehmer, die Massageleistungen erbringen, nachweisen, dass ihre Leistungen der Heilbehandlung von Menschen dienen. Als Nachweise kommen z. B. entsprechende ärztliche Verordnungen in Betracht. Dabei ist zu beachten, dass der Einsatz qualifizierter Fachkräfte zwar Voraussetzung für die Steuerfreiheit ist, jedoch kein Indiz dafür, dass die jeweils erbrachte Leistung auch steuerbefreit ist.

## 13. Überzahlungen sind umsatzsteuerpflichtig

### **Einführung**

Es kommt vor, dass Kunden irrtümlich mehr zahlen als vereinbart bzw. in Rechnung gestellt wurde. Die umsatzsteuerliche Behandlung solcher Über- bzw. Doppelzahlungen wurde nochmals durch den BFH behandelt.

### **Fall**

Das klagende Unternehmen hatte in 1990 und 1991 Überzahlungen in Höhe von ca. 80 TDM erhalten. In 1993 wurde ein Teilbetrag in Höhe von ca. 26 TDM an die Kunden zurückgezahlt. In 1994 wurden die restlichen Überzahlungen erfolgswirksam ausgebucht.

### **Neues Urteil**

Der BFH bestätigt seine bisherige Rechtsprechung. Die Überzahlungen stellen Entgelt dar und unterliegen damit der Umsatzsteuer. Dass die Zahlungen irrtümlich erfolgt ist unbeachtlich. In den Jahren 1990 und 1991 sind die Überzahlungen daher der Umsatzsteuer zu unterwerfen. Die teilweise Rückzahlung in 1993 stellt eine Minderung der Bemessungsgrundlage dar, die eine Korrektur der Umsatzsteuer nach sich zieht. Die Ausbuchung der Überzahlungen in 1994 berührt die Umsatzsteuer hingegen nicht, da diese schon bei Erhalt der Überzahlungen erfasst wurde.

### **Konsequenz**

In der Praxis wurden bisher häufig erst mit der erfolgswirksamen Ausbuchung die umsatzsteuerlichen Konsequenzen gezogen. Damit dürfte nach diesem Urteil nun endgültig Schluss sein. Überzahlungen sind daher im Voranmeldungszeitraum der Vereinnahmung der Umsatzsteuer zu unterwerfen. Spätere Rückzahlungen an Kunden führen zu einer Umsatzsteuerkorrektur. Nicht betroffen von dem Urteil sind Fehlüberweisungen, d. h. Zahlungen, denen keine Leistungserbringung vorangegangen ist. Diese sind im Gegensatz zu den Überzahlungen nicht steuerbar.



#### 14. **Kein Verzug von Verbrauchern durch einfache Rechnung mit Zahlungsziel**

##### **Einführung**

Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug (§ 286 Abs. 1 BGB). Der Eintritt des Verzugs ist entscheidend dafür, ob Schäden des Gläubigers ersatzfähig sind. Hierbei handelt es sich in der Regel um Verzugszinsen und Kosten für ein anwaltliches Mahnschreiben. Streitig war, ob eine einseitige Bestimmung des Zahlungsziels durch den Gläubiger einen Verbraucher in Verzug setzen kann.

##### **Entscheidung**

Die Beklagte hatte sich in der Praxis der Klägerin als Privatpatientin behandeln lassen. Für ihre Leistung berechnete die Klägerin unter dem 14. September 2004 insgesamt 543 EUR und bat um Überweisung bis zum 5. Oktober 2004. Die Beklagte zahlte zunächst nicht und zog in der Folgezeit um. Zwei im Mai und November 2005 an ihre alte Adresse geschickte Zahlungsaufforderungen gingen ihr nicht zu. Im Februar 2006 beauftragte die Klägerin einen Rechtsanwalt, der die neue Anschrift der Beklagten herausfand und diese erneut zur Begleichung der Rechnung aufforderte, woraufhin die Beklagte den Rechnungsbetrag bezahlte. Mit ihrer Klage verlangte die Klägerin unter dem Gesichtspunkt des Verzugs den Ausgleich der Anwaltsgebühren, die Kosten für eine Anfrage beim Einwohnermeldeamt und Zinsen für die Zeit von November 2004 bis zur Zahlung im März 2006. Die Klage hatte in allen Instanzen keinen Erfolg.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Ersatz des geltend gemachten Verzögerungsschadens wegen Verzugs. Denn die Beklagte war nicht in Verzug geraten. Eine Mahnung war nicht nach einer gesetzlichen Regelung (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB) durch die Angabe eines Zahlungsziels entbehrlich. Eine solche Bestimmung nach dem Kalender muss durch Rechtsgeschäft, Gesetz oder in einem Urteil getroffen sein. Die von der Klägerin einseitig festgesetzte Zahlungsfrist genügte hierfür nicht. Die Beklagte ist auch nicht nach einer gesetzlichen Vorschrift (§ 286 Abs. 3 Satz 1 BGB) automatisch nach Ablauf von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang der Rechnung in Verzug geraten. Diese Regelung gilt gegenüber einem Verbraucher nur, wenn er auf diese Folgen in der Rechnung besonders hingewiesen worden ist. Ein solcher Hinweis fehlte. Die erstmalige Übersendung einer Rechnung mit Angabe eines Zahlungsziels kann zudem noch nicht als verzugsbegründende, befristete Mahnung angesehen werden, sondern stellt vielmehr lediglich das Angebot zu einer Stundung dar. Daher ist der Beklagten erstmalig mit dem Anwaltsschreiben eine Mahnung zugegangen.

##### **Konsequenz**

Damit Verbraucher in Verzug geraten (und in der Folge Verzugszinsen und Anwaltskosten zu erstatten haben), sollte entweder die Rechnung einen Hinweis auf den Verzugsbeginn enthalten oder eine gesonderte Mahnung übersandt werden.

#### 15. **Der Bundesgerichtshof entscheidet über die Anfechtbarkeit von Globalzessionen**

##### **Kernproblem**

Globalzessionsverträge sind auch hinsichtlich zukünftig entstehender Forderungen regelmäßig nur als kongruente Deckung (§ 130 InsO) anfechtbar.

##### **Sachverhalt**

Die beklagte Bank hatte der späteren Insolvenzschuldnerin eine Kreditlinie von 2,5 Millionen EUR eingeräumt. Als Sicherheit diente eine zuvor vereinbarte Globalzession, mit der die Schuldnerin der Beklagten zur Sicherung aller bestehenden, künftigen und bedingten Ansprüche aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung sämtliche bestehenden und künftigen Forderungen aus Warenlieferungen abtrat. Die Schuldnerin führte den Debetsaldo im Drei-Monats-Zeitraum vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch Überweisungen von Kunden um ca. 930.000 EUR zurück. Der klagende Insolvenzverwalter verlangte Zahlung des vorgenannten Betrags und hielt die von der Bank erklärte Verrechnung für unzulässig (§ 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO), weil die Abtretung als inkongruente Deckung (§ 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO) anfechtbar sei.

Das Landgericht wies die Klage ab, die Sprungrevision hatte keinen Erfolg.

##### **Entscheidung**

Ein Zahlungsanspruch des Klägers besteht nicht. Die Entstehung künftiger, nicht von Anfang an identifizierbarer Rechte begründet nicht generell eine inkongruente Deckung. Vielmehr ist Kongruenz einer Si-



cherung gegeben, wenn bei Abschluss des Globalzessionsvertrags das dingliche Geschäft vollzogen und die schuldrechtliche Seite soweit konkretisiert ist, dass die abgetretenen Forderungen hinreichend bestimmbar sind. Der Umfang der zukünftig auf die Bank übergehenden Sicherheiten ist dann in abstrakter Form bereits rechtlich bindend festgelegt. Das Werthaltigmachen zukünftiger Forderungen durch Erfüllungshandlungen wie die Übergabe der Kaufsache ist als selbstständige Rechtshandlung anfechtbar, wenn es dem Vertragsschluss mit dem Drittschuldner nachfolgt; es handelt sich hierbei auch um eine kongruente Deckung, wenn dies auch für das Entstehen der Forderung zutrifft.

Eine kongruente Deckung ist anfechtbar, wenn die Bank im Zeitpunkt der Entstehung oder des Werthaltigmachens der gesicherten Forderung von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners oder dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens Kenntnis hatte. Die Voraussetzungen der Anfechtung waren auf der Grundlage des unstreitigen Sachverhalts zu verneinen.

## 16. Neuordnung der Rechtsberatung durch das Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG)

### Ziel des Gesetzes

Mit dem Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) soll die Rechtsberatung neu geordnet werden. Das RDG tritt an die Stelle des Rechtsberatungsgesetzes von 1935. Das RDG behält grundsätzlich das Monopol der Rechtsanwälte bei, umfassenden Rechtsrat zu erteilen. Vorgesehen ist jedoch, das Monopol etwas zu öffnen: Karitative Einrichtungen sollen künftig unentgeltlich beraten können. Außerdem soll spezielle Rechtsberatung als Nebenleistung zu anderen Tätigkeiten möglich werden.

### Eckpunkte des Gesetzes

Die umfassende rechtliche Beratung ist auch künftig nur Rechtsanwälten vorbehalten. Damit wird es auch in Zukunft keine Rechtsberatungsbefugnis für Fachhochschulabsolventen, insbesondere Dipl.-Wirtschaftsjuristen, oder Absolventen des ersten juristischen Examens geben. Allerdings regelt das RDG nur den außergerichtlichen Bereich und nur noch Fälle echter Rechtsanwendung. Im RDG (§ 2 Abs. 1) wird der Begriff der Rechtsdienstleistung definiert. Danach ist Rechtsdienstleistung jede Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten, sobald sie eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert. Tätigkeiten, die sich im Auffinden, der Lektüre, der Wiedergabe und der bloßen schematischen Anwendung von Rechtsnormen erschöpfen, sind deshalb künftig keine Rechtsberatung. Dies betrifft etwa die allgemeine Aufklärung über rechtliche Hintergründe (z. B. Mieterverein klärt über Rundschreiben über Minderungsrechte auf), die Geltendmachung unstreitiger Ansprüche (z. B. eine Kfz-Werkstatt macht für den Geschädigten nicht nur die Reparaturkosten geltend, sondern auch die allgemeine Schadenpauschale) und die Mitwirkung bei einem Vertragsschluss oder einer Vertragskündigung (z. B. ein Energieberater kündigt für seinen Kunden bestehende Energieversorgungsverträge und schließt neue ab).

Allen Berufsgruppen werden Rechtsdienstleistungen als Nebenleistungen erlaubt. Rechtsdienstleistungen sind künftig immer dann zulässig, wenn sie als Nebenleistung zum Berufs- oder Tätigkeitsbild gehören (§ 5 Abs. 1). Voraussetzung ist nicht mehr, dass die andere Tätigkeit ohne die Rechtsdienstleistung überhaupt nicht sachgemäß erledigt werden kann. Vielmehr reicht es aus, dass die Tätigkeit eine zum Berufsbild gehörige Nebenleistung darstellt. Die Rechtsdienstleistung darf also nach ihrem Gewicht und ihrer Bedeutung nicht im Mittelpunkt des Leistungsangebots stehen und muss zum jeweiligen Berufsbild gehören. Einzelne Fälle stets zulässiger Nebenleistung hebt das Gesetz ausdrücklich hervor, wie beispielsweise die Testamentsvollstreckung und die Fördermittelberatung.

Unentgeltliche Rechtsdienstleistungen werden grundsätzlich zulässig sein. Rechtsdienstleistungen, die nicht im Zusammenhang mit einer entgeltlichen Tätigkeit stehen, sollen künftig erlaubt sein (§ 6). Das betrifft die Rechtsberatung im Familien- und Freundeskreis und begünstigt die altruistische, karitative Rechtsberatung. So dürfen dann auch Vereine oder soziale Einrichtungen unentgeltlich Rechtsdienstleistungen anbieten, sofern diese Leistungen unter Anleitung eines Volljuristen erbracht werden.

Allen Vereinen wird künftig die rechtliche Beratung ihrer Mitglieder ermöglicht (§ 7). Dies gilt beispielsweise für die Automobilclubs. Nach geltendem Recht durften bisher nur berufsständische und berufsstandsähnliche Vereinigungen (z. B. Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände, Haus und Grund, Mietervereine) ihre Mitglieder beraten.

Rechtsanwälte sollen künftig ihre Honorarforderungen zu Einziehungszwecken abtreten oder an Dritte veräußern können, wenn der Mandant der Abtretung nach vorheriger Aufklärung ausdrücklich schriftlich



zugestimmt hat. Damit können nach dem Vorbild der ärztlichen Verrechnungsstellen auch anwaltliche Verrechnungsstellen tätig werden. Das gesamte klassische Inkassogeschäft fällt weiterhin unter den Anwendungsbereich des RDG. Will jemand eine Forderung nur zur Einziehung erwerben, ohne das wirtschaftliche Risiko zu übernehmen (Forderungsinkasso), muss er sich bei der Landesjustizverwaltung registrieren lassen. Der Vollerwerb (Forderungskauf) soll demgegenüber auch ohne eine Inkassoregistrierung zulässig sein. Dadurch sollen Forderungen schnell und leicht übertragbar sein und grundsätzlich auch als Refinanzierungsinstrument zur Verfügung stehen. Dem besonderen Schutzbedürfnis des Schuldners wird dabei durch die gesetzliche Regelung von Zustimmungserfordernissen Rechnung getragen.

Da sich das RDG anders als das Rechtsberatungsgesetz nur auf die außergerichtlichen Rechtsdienstleistungen beschränkt, werden die einzelnen Verfahrensordnungen um Regelungen ergänzt, wer wen in welchen gerichtlichen Verfahren vertreten kann. Die Vertretungsbefugnis in den Gerichtsprozessen soll dabei nicht in demselben Umfang freigegeben werden wie bei der außergerichtlichen Rechtsdienstleistung. Zur sachgerechten Prozessführung und zum Schutz der Gerichte sind stärkere Einschränkungen vorgesehen. Die entgeltliche professionelle Vertretung soll grundsätzlich weiterhin den Rechtsanwälten vorbehalten bleiben. In Gerichtsverfahren, in denen kein Anwaltszwang besteht, sind zur Vertretung neben den Anwälten nur Beschäftigte oder unentgeltlich tätige Familienangehörige der Prozesspartei sowie unentgeltlich tätige Volljuristen oder Streitgenossen zugelassen. Registrierte Inkassounternehmen dürfen künftig das gerichtliche Mahnverfahren betreiben. Ihre Vergütung ist hierbei nur bis zu einem Betrag von 25 EUR erstattungsfähig. Personen, die nicht zur Prozessvertretung zugelassen sind, können vom Gericht künftig als Beistand in der Gerichtsverhandlung zugelassen werden, wenn hierfür ein Bedürfnis besteht. In steuerlichen Angelegenheiten bleiben die Angehörigen der steuerberatenden Berufe vertretungsbefugt. Auch die bereits nach geltendem Recht bestehenden Vertretungsbefugnisse für Arbeitgeberverbände, Gewerkschaften, Sozialverbände und Rentenberater werden übernommen. Im arbeitsgerichtlichen Verfahren werden die Befugnisse der Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften auf die Vertretung vor dem Bundesarbeitsgericht ausgeweitet.

#### **Anmerkung**

Nach der Zustimmung des Bundesrates am 9.11.2007 kann das Gesetz zum 1.7.2008 in Kraft treten.

### **17. Ansparrücklage für Restbetrieb kann zulässig sein**

#### **Einführung**

Kleinere Unternehmen können für die künftige Anschaffung oder Herstellung eines Wirtschaftsguts eine gewinnmindernde Rücklage (Ansparrücklage) bis zur Höhe von 40 % der geplanten Anschaffungs- oder Herstellungskosten bilden. Voraussetzung ist, dass der Steuerpflichtige das Wirtschaftsgut voraussichtlich bis zum Ende des zweiten auf die Bildung der Rücklage folgenden Wirtschaftsjahrs anschaffen oder herstellen wird. Da sich durch die Rücklagenbildung eine Steuerstundung erzielen lässt, werden die Voraussetzungen regelmäßig vom Finanzamt geprüft.

#### **Sachverhalt**

Ein Steuerberater verkaufte seine Praxis im Jahr 2004 an einen Erwerber. Mitverkauft wurde der Mandantenstamm, wobei der Verkäufer einen kleinen Teil der Mandate zurückbehielt und nach dem Verkauf weiterhin selbstständig betreute. In seiner Gewinnermittlung für das Jahr 2003, die nach dem Praxisverkauf erstellt und zusammen mit der Steuererklärung beim Finanzamt eingereicht wurde, bildete er eine Ansparrücklage für die geplante Anschaffung eines Pkw und eines Laptops. Das Finanzamt erkannte die Ansparrücklage nicht an, weil der Berater durch die Betriebsveräußerung nicht mehr in der bisherigen Form tätig sei.

#### **Entscheidung**

Der BFH ist der – durch das Finanzgericht bestätigten – Auffassung des Finanzamts nicht gefolgt. Der mit dem geringen Restbetriebsvermögen fortgeführte Betrieb sei kein anderer als der, für den die Ansparrücklage gebildet worden sei. Weder die teilweise Steuerfreiheit noch die Tarifbegünstigung des Veräußerungsgewinns stünden der Bildung der Ansparrücklage entgegen, solange die geplante Investition im fortbestehenden „Restbetrieb“ objektiv möglich und wahrscheinlich ist. Allerdings setzt die Bildung der Ansparrücklage voraus, dass auch weiterhin von einem Betrieb, und nicht etwa von Liebhaberei auszugehen



sei und dass die geplanten Anschaffungen tatsächlich das Betriebsvermögen betreffen. Zur Klärung dieser Fragen hat der BFH die Entscheidung an das Finanzgericht zurückgewiesen.

**Konsequenz**

Die bisherige Regelung zur Ansparrücklage bot die – offensichtlich auch im Streitfall relevante – Möglichkeit der Einkünfteverlagerung zwischen einzelnen Jahren. Durch den Progressionseffekt des Einkommensteuertarifs konnte eine „Gewinnglättung“ selbst dann zu steuermindernden Effekten führen, wenn tatsächlich nicht oder in geringerem Umfang investiert wurde und die Rücklage in einem späteren Jahr einschließlich Gewinnzuschlag aufgelöst werden musste. Diese Möglichkeit zur Rücklagenbildung besteht letztmalig im Jahresabschluss 2007.

Ab dem Jahr 2008 wird die Ansparrücklage durch einen (außerbilanziellen) Investitionsabzugsbetrag ersetzt. Erfolgt dann innerhalb von drei Jahren keine Investition, so wird der Abzug nachträglich rückgängig gemacht. Eine Gewinnglättung ohne tatsächliche Investition ist dann nicht mehr möglich.



## GmbH-Gesellschafter/-Geschäftsführer

### 1. Euro-Zahlungsverkehrsraum kommt zum 1.1.2008

#### Sachverhalt

Ab dem 1.1.2008 wird SEPA jedes Kreditinstitut, jedes Wirtschaftsunternehmen und jeden Verbraucher betreffen, und zwar schwerpunktmäßig in den 13 Euroländern. Die anderen 17 europäischen Länder des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) sowie die Schweiz haben die Möglichkeit, die Regelwerke, Verfahren und Standards ebenfalls anzuwenden und damit teilzunehmen. Arbeitstäglich werden im Euroraum 187 Millionen unbare Zahlungstransaktionen getätigt. Davon entfallen über 85 % auf Überweisungen, Lastschriften und Kartenzahlungen. Dabei ist es wichtig zu beachten, dass die SEPA-Verfahren ausschließlich für Zahlungen in der Währung „Euro“ genutzt werden können. Schecks sind von der Standardisierung ausgenommen.

SEPA (Single Euro Payments Area) ist ein einheitlicher Euro-Zahlungsverkehrsraum, in dem alle Zahlungen wie inländische Zahlungen behandelt werden. Im SEPA wird nicht mehr – wie derzeit – zwischen nationalen und grenzüberschreitenden Zahlungen unterschieden. Nutzer von Zahlungsverkehrsdienstleistungen können im SEPA bargeldlose Euro-Zahlungen von einem einzigen Konto vornehmen und hierbei einheitliche Zahlungsinstrumente (SEPA-Überweisungen, SEPA-Lastschriften und SEPA-Kartenzahlungen) ebenso einfach, effizient und sicher einsetzen wie die heutigen Zahlungsverkehrsinstrumente auf nationaler Ebene.

#### Ziel von SEPA

Mit der Einführung des Euro als gemeinsame Währung im Jahr 1999 und der Euro-Banknoten und -Münzen im Jahr 2002 wurden bereits wichtige Grundlagen für einen einheitlichen Euro-Zahlungsverkehrsraum gelegt. Seitdem können Barzahlungen im gesamten Euro-Währungsgebiet ebenso einfach durchgeführt werden wie zuvor mit der nationalen Währung im eigenen Land. Die Einführung des Euro führte jedoch noch nicht zur Verwirklichung eines Binnenmarkts im unbaren Zahlungsverkehr. Die Zahlungsverkehrsmärkte in Europa sind immer noch stark fragmentiert. Mit SEPA werden diese traditionellen Strukturen aufgebrochen. Durch die Harmonisierung können die Bankkunden ihren gesamten Euro-Zahlungsverkehr über eine beliebige Bank im Euroraum abwickeln. Die Abschottung der bisherigen nationalen Märkte wird zu Gunsten eines europaweiten Zahlungsverkehrsmarkts aufgehoben und europaweiter Wettbewerb geschaffen. SEPA betrifft also nicht nur den grenzüberschreitenden Euro-Zahlungsverkehr, sondern soll zu einer vollständigen Integration der nationalen Zahlungsverkehrsmärkte führen.

#### Was ändert sich für Privatkunden?

- Die neuen SEPA-Produkte können generell für grenzüberschreitende Zahlungen und Inlandszahlungen innerhalb der 31 Teilnehmerländer genutzt werden.
- Der Euro-Zahlungsverkehr und somit die Mobilität von EU-Bürgerinnen und -Bürgern wird vereinfacht. Sie benötigen nur noch ein einziges Konto, von dem sie Überweisungen oder Lastschriften überall im SEPA-Raum so einfach durchführen können wie zu Hause: z. B. Geld an die im europäischen Ausland studierenden Kinder überweisen, die Miete für ein Ferienhaus im Nachbarland bezahlen etc.
- Mit der Einführung eines Fälligkeitsdatums bei Lastschriften verbessern sie ihre Liquiditätsplanung – so wissen sie zukünftig genau, an welchem Tag die Belastung ihres Kontos erfolgt.
- Den Zahlungsempfängern ihrer bereits eingerichteten Lastschriften werden sie bei Nutzung des neuen Verfahrens eine neue Einzugsermächtigung erteilen müssen.
- Durch die Erneuerungspflicht des SEPA-Lastschriftmandats (nach 18 Monaten der Nichtnutzung) sind sie noch besser vor unberechtigten Kontobelastungen geschützt.
- Die Akzeptanz und Einsatzmöglichkeiten für die Zahlung mit Bankkarten werden sich in ganz Europa noch weiter erhöhen. So werden sie in Zukunft immer weniger Bargeld mit sich führen müssen.



### **Was ändert sich für Firmenkunden?**

- Die Einführung der SEPA ermöglicht es ihnen, Zahlungstransaktionen in einem einheitlichen europäischen Format zu übermitteln.
- Sie können die Kontoführung für den Euro-Zahlungsverkehr verstärkt auf ein Konto konzentrieren („cash pooling“).
- Verbessertes Liquiditätsmanagement sowie Steuerung der Zahlungsströme durch Einführung eines konkreten Fälligkeitsdatums bei der SEPA-Lastschrift – insbesondere für europaweit agierende Geschäftskunden.
- Sie haben einheitliche Daten für alle europäischen Geschäftspartner. Egal, ob im Inland oder Ausland – die Stammdaten, wie IBAN und BIC, sind einheitlich erfasst. Durch diese identische europaweite Nutzung minimieren und vereinfachen sie ihren Aufwand bei der Kundendatenverwaltung.
- Einheitliche Prüfkriterien erhöhen zudem die Übermittlungssicherheit ihrer Daten.
- Die Nutzung der Vorteile, die ihnen die SEPA-Produkte bieten, wird eine Umstellung Ihrer heutigen Systeme und eine Anpassung ihrer Software erfordern.

## **2. Vorlagebeschluss zur Verfassungsmäßigkeit des § 8b Abs. 3 und Abs. 5 KStG**

### **Einführung**

Gewinnausschüttungen, die eine Kapitalgesellschaft von einer anderen Kapitalgesellschaft erhält, sind seit Einführung des sog. Halbeinkünfteverfahrens grundsätzlich steuerfrei. Das Gleiche gilt für entsprechende Veräußerungsgewinne. Seit dem Jahr 2004 werden allerdings pauschal 5 % der Beteiligungserträge bzw. Veräußerungsgewinne als nicht abzugsfähige Betriebsausgaben dem steuerlichen Gewinn hinzugerechnet.

### **Sachverhalt**

Eine Holding in der Rechtsform einer GmbH erzielte im Jahr 2005 einen Jahresüberschuss in Höhe von rund 12 Mio. EUR durch die Veräußerung von Aktien und die Vereinnahmung von Dividenden. Hierdurch kam es zu einer Hinzurechnung nicht abzugsfähiger Betriebsausgaben in Höhe von rund 600.000 EUR, obwohl der GmbH insgesamt tatsächlich nur Betriebsausgaben von 28.000 EUR entstanden waren.

### **Auffassung des Finanzgerichts**

Das Finanzgericht Hamburg, das den Fall zu entscheiden hatte, ist der Überzeugung, dass die Vorschrift des § 8b Abs. 3 und Abs. 5 KStG teilweise verfassungswidrig ist. Die Richter sehen einen Verstoß gegen das Gebot der Gleichmäßigkeit der Besteuerung und der Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit, weil die betroffene GmbH keine Möglichkeit habe, die tatsächlich geringeren Betriebsausgaben nachzuweisen und hierdurch eine geringere Hinzurechnung zu erreichen. Es wird daher die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts eingeholt.

### **Konsequenz**

Fälle, in denen die tatsächlichen Betriebsausgaben weniger als 5 % der Beteiligungserträge bzw. Veräußerungsgewinne betragen, sollten durch Einspruch offen gehalten werden. Das Verfahren ruht dann solange, bis das Verfassungsgericht die Frage entschieden hat.

## **3. Welche Mitarbeiter sind in eine Sozialauswahl einzubeziehen?**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Betriebsbedingt ausgesprochene Kündigungen müssen, um wirksam zu werden, sozial gerechtfertigt im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes sein. Dabei setzt die soziale Rechtfertigung voraus, dass die Sozialauswahl zutreffend durchgeführt worden ist. Im Rahmen der Sozialauswahl werden diejenigen Arbeitnehmer, die für eine betriebsbedingte Kündigung in Frage kommen, nach sozialen Kriterien (Alter, Unterhaltspflichten, Betriebszugehörigkeitszeiten ab dem vollendeten 25. Lebensjahr) miteinander verglichen. Demjenigen bzw. denjenigen Arbeitnehmer(n), die unter Anwendung dieser sozialen Kriterien am wenigstens schutzwürdig sind, muss betriebsbedingt gekündigt werden. Üblich ist insoweit ein Punktesystem, in dem jedes Lebensjahr und jedes Jahr Betriebszugehörigkeit mit einem Punkt und jede Unterhaltspflicht mit zwei Punkten bewertet wird. Weiteres, besonders zu bewertendes Sozialkriterium ist eine Behinderung. In die Sozialauswahl sind aber nur solche Mitarbeiter einzubeziehen, die nach dem Grund der betriebsbedingten Kündigung (bspw. Rationalisierung, Abteilungsschließung) miteinander vergleichbar



sind. Vergleichbar sind dabei solche Arbeitnehmer, die nach ihrer Tätigkeit miteinander austauschbar sind. Das Landesarbeitsgericht Köln hatte nunmehr darüber zu entscheiden, ob die Austauschbarkeit aus Sicht der kündigungsbedrohten oder der anderen Arbeitnehmer zu betrachten ist.

#### **Entscheidung**

Der Kläger war als Nachrichtenanalyst zur Analyse vorwiegend arabischer Nachrichten angestellt. Die Leistungsüberprüfung und Leistungserbringung erfolgt überwiegend in deutscher und französischer Sprache. Nachdem der Arbeitgeber seinen Hauptkunden für die arabische Nachrichtenanalyse verloren hatte, beschloss er die arabische Analyseabteilung deutlich zu verkleinern und einem Drittel der dort beschäftigten Arbeitnehmer, darunter dem Kläger, betriebsbedingt zu kündigen. Der Kläger wandte sich mit der Begründung gegen die Kündigung, die Sozialauswahl, in die nur die Arbeitnehmer der Arabienabteilung einbezogen worden waren, sei unzutreffend gewesen, da auch diejenigen Arbeitnehmer der deutsch- und französischsprachigen Abteilungen mit einzubeziehen gewesen wären. Der Arbeitgeber wandte dagegen ein, nur diejenigen Mitarbeiter der Arabienabteilung seien miteinander vergleichbar. Das Landesarbeitsgericht gab dem Kläger Recht. Im Rahmen der Bestimmung der Vergleichbarkeit bei Durchführung der Sozialauswahl komme es darauf an, ob der von der Kündigung bedrohte Mitarbeiter die Tätigkeiten eines anderen Arbeitnehmers verrichten kann, dessen Arbeitsplatz nicht wegfällt.

#### **Konsequenz**

Die Entscheidung führt dazu, dass der Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen noch größere Sorgfalt gewidmet werden muss. Eine Sozialauswahl ist nur dann ordnungsgemäß durchgeführt, wenn der oder die von der Kündigung bedrohten Arbeitnehmer keine anderen vergleichbaren Tätigkeiten im Unternehmen durchführen können.

#### **4. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz findet auch auf die Betriebliche Altersversorgung Anwendung**

##### **Kernfrage/Rechtslage**

Ältere Versicherungsverträge, die einer Betrieblichen Altersversorgung zugrunde liegen, können eine sogenannte „Haupternährerklausel“ beinhalten, nach der die Witwenrente ohne weitere Voraussetzungen, die Witwerrente aber nur unter der Voraussetzung gewährt wurde, dass die verstorbene Frau überwiegend den Unterhalt der Familie bestritten hat. Dabei werden Versicherungsverträge, die Bestandteil einer Betrieblichen Altersversorgung sind, zunächst durch die Bestimmungen des Gesetzes über die Betriebliche Altersversorgung reguliert. Bis zum Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes mussten die zuvor erwähnten Versicherungsverträge daher allein den Regelungen des Gesetzes über die Betriebliche Altersversorgung genügen. Nunmehr hatte das Bundesarbeitsgericht im Rahmen der Überprüfung einer „Haupternährerklausel“ darüber zu befinden, inwieweit das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz auf Versicherungsverträge der Betrieblichen Altersversorgung Anwendung findet, und die Regelungen des Gesetzes über die Betriebliche Altersversorgung verdrängt.

##### **Entscheidung**

Die Klägerin bezog aus einem Versicherungsvertrag einer Betrieblichen Altersversorgung ein zusätzliches Altersruhegeld. Der Versicherungsvertrag enthielt eine Haupternährerklausel, nach der eine etwaige Witwenrente des Mannes der Frau davon abhing, dass die Frau überwiegend das Familieneinkommen sichergestellt hatte. Hierin sah die Klägerin eine unzulässige Geschlechterdiskriminierung und klagte auf Feststellung der Unwirksamkeit der Haupternährerklausel und bekam vom Bundesarbeitsgericht Recht. Das Gericht führte zwar aus, dass das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz bei diskriminierenden Regelungen einer Betrieblichen Altersversorgung ausführe, dass auch das Gesetz über die Betriebliche Altersvorsorge zur Anwendung komme. Bei dieser Anwendungsregelung handele es sich aber um eine Kollisionsregel, die klarstellt, dass es, soweit sich aus den Vorschriften des Gesetzes über die Betriebliche Altersversorgung Anknüpfungen an die vom Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz erfassten Merkmale ergeben, es dabei verbleiben soll.

##### **Konsequenz**

Die Entscheidung klärt zum einen, dass das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz auf Betriebliche Altersversorgungen anwendbar ist. Sie klärt aber auch, dass das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz nur insoweit Anwendung findet, wie die Regelungen des Gesetzes über die Betriebliche Altersversorgung an Diskriminierungsmerkmale anknüpfen. Danach sind beispielsweise Regelungen über die Unverfallbarkeit von



Betriebsrenten in Abhängigkeit zur Dienstzeit oder dem Alter aus Antidiskriminierungserwägungen heraus zulässig.

5. **Voraussetzung des Verzugs ist auch im Fall der grundlosen Erfüllungsverweigerung die Fälligkeit der Forderung gegen den Schuldner**

**Kernproblem**

Die endgültige grundlose Weigerung des Schuldners, eine noch nicht fällige Verpflichtung aus einem Vertragsverhältnis zu erfüllen, stellt eine Vertragsverletzung dar, führt aber nicht dazu, dass die Leistung unabhängig von der vereinbarten Zeit fällig wird.

**Sachverhalt**

Die Klägerin, eine Namensnachfolgerin der Treuhandanstalt, verkaufte im März 1996 ihr Bergwerkseigentum (Hartsteinvorkommen) an die beklagte GmbH. Die Beklagte verpflichtete sich im Kaufvertrag, innerhalb von fünf Jahren nach Beginn der vollen Förderung 30.000 DM zum Abbau des Vorkommens zu investieren und 115 Arbeitsplätze zu schaffen. Für den Fall der nicht rechtzeitigen Erfüllung sollte die Beklagte eine Vertragsstrafe von 20 % der nicht getätigten Investitionen und 30.000 DM für jeden nicht geschaffenen Arbeitsplatz zahlen. Die Beklagte war zum Rücktritt berechtigt, sofern die bestandskräftige Zulassung des Hauptbetriebsplans ohne Verschulden der Beklagten nicht bis zum 31.12.2000 erfolgt war. Da diese nicht erteilt wurde, trat die Beklagte im Juni 2001 vom Vertrag zurück. Die Klägerin verlangte einen Teilbetrag der Vertragsstrafe. Das Landgericht wies die Klage ab, das Oberlandesgericht gab ihr teilweise statt. Auf die Revision der Beklagten wies der BGH die Sache an das Berufungsgericht zurück.

**Entscheidung**

Nach der Ansicht des BGH war nicht festgestellt, dass die Beklagte mit der Erfüllung ihrer vertraglichen Verbindlichkeit in Verzug geraten war (§ 339 BGB). Nach den gesetzlichen Bestimmungen gerät ein Schuldner in Verzug, wenn er auf eine nach Eintritt der Fälligkeit erfolgende Mahnung des Gläubigers nicht leistet. Ist die Leistungszeit kalendermäßig bestimmt, kommt der Schuldner ohne Mahnung mit Zeitablauf in Verzug. Einer Mahnung bedarf es auch dann nicht, wenn der Schuldner die Erfüllung grundlos verweigert, allerdings muss auch in diesem Fall die Leistung des Schuldners fällig sein. Die grundlose Leistungsverweigerung stellt eine Vertragsverletzung dar, führt aber nicht unabhängig von der vereinbarten Leistungszeit zum Fälligwerden der Leistung. Der Gläubiger kann in diesem Fall von dem Schuldner neben der Leistung nicht den Ersatz eines Verzugschadens oder die vereinbarte Vertragsstrafe verlangen. Die Klägerin hatte indes nicht bewiesen, dass die für die Investition in die Förderung und die Schaffung von Arbeitsplätzen vereinbarte Frist schon verstrichen war, obwohl die Zulassung des Hauptbetriebsplans noch ausstand.

6. **Wann ist die Forderung aus einer Umsatzsteuerkorrektur zu aktivieren?**

**Einführung**

Rechnen Unternehmer Umsatzsteuer zu Unrecht ab, so schulden sie die zu hoch ausgestellte Umsatzsteuer bis zur Korrektur der Rechnungen.

**Fall**

Ein Bauunternehmer hatte in Schlussrechnungen die Umsatzsteuer, die er schon in Anzahlungsrechnungen ausgewiesen hatte, nochmals abgerechnet. Von 2001 bis 2003 wurde so ca. 134.000 EUR an Umsatzsteuer zuviel abgerechnet. Nachdem die Betriebsprüfung den Sachverhalt festgestellt hatte, korrigierte er die Rechnungen im Jahr 2005. In den Jahren 2001 bis 2003 schuldete er die zu hoch ausgewiesene Umsatzsteuer. Entsprechend wurde in den betreffenden Jahren die Umsatzsteuer als Schuld passiviert. Der Anspruch auf Erstattung der Umsatzsteuer wurde hingegen erst im Jahr 2005 aktiviert. Für den Bauunternehmer war dies ungünstig, da in den Jahren 2001 bis 2003 durch die Erfassung der Umsatzsteuerschuld Verluste entstanden, die er aufgrund der besonderen Systematik der Verlustverrechnung in den Folgejahren nicht vollständig verrechnen konnte. Die Erstattung der Umsatzsteuer unterlag damit der Ertragsbesteuerung. Der Bauunternehmer klagte hiergegen und beantragte die Aktivierung des Erstattungsanspruchs phasengleich zur Entstehung der Umsatzsteuerschuld.



### **Urteil**

Nach Ansicht des Sächsischen Finanzgerichts ist der Erstattungsanspruch erst mit tatsächlicher Durchführung der Berichtigung durchzuführen. Die Klage wurde daher abgewiesen.

### **Konsequenz**

Grundsätzlich sollten die Unternehmen darauf achten, dass die Umsatzsteuer korrekt abgerechnet wird. Gerade die Abrechnung von Anzahlungen im Rahmen von Schlussrechnungen ist insoweit häufig fehlerhaft. Obwohl sich Umsatzsteuerschuld und -erstattungsanspruch entsprechen, liegt umsatzsteuerlich kein Nullsummenspiel vor. Da die Korrektur nicht rückwirkend möglich ist, wird die entstehende Umsatzsteuerschuld bis zu ihrer Korrektur mit 6 % p. a. verzinst.

Aus ertragsteuerrechtlicher Sicht ist das Urteil in der Regel nicht nachteilig für die Unternehmer. Durch die gegenüber der Aktivierung des Erstattungsanspruchs vorgezogene Passivierung der Umsatzsteuerschuld ergibt sich bei Betriebsprüfungen ein Zinsvorteil. Dieser kompensiert den Zinsnachteil aus der Umsatzsteuer jedoch nur zum Teil. Bei Verlusten und geringen Gewinnen kann sich jedoch auch eine definitive Ertragsteuerbelastung ergeben.

## **7. Rückforderung abgetretener Vorsteuererstattungen**

### **Einführung**

Ergibt sich aus einer Umsatzsteuervoranmeldung ein Erstattungsanspruch, so kann dieser abgetreten werden. Was passiert aber nun, wenn das Finanzamt im Nachhinein feststellt, dass die Umsatzsteuervoranmeldung falsch und der Erstattungsanspruch tatsächlich nicht bestand?

### **Fall**

Den Klägern wurde im Jahr 1999 ein Anspruch in Höhe von 120.000 DM aus einer Umsatzsteuervoranmeldung abgetreten. Das Finanzamt stellte im Rahmen einer Umsatzsteuersonderprüfung die Fehlerhaftigkeit dieser Voranmeldung fest. Ein Erstattungsanspruch bestand demnach nicht. Das Finanzamt korrigierte daher die mittlerweile erfolgte Festsetzung der Umsatzsteuer des Jahres 1999. Ferner forderte es vom Kläger den an ihn abgetretenen Betrag zurück.

### **Urteil**

Der BFH bestätigt die Vorgehensweise des Finanzamts. Demnach steht dem Gläubiger der Abtretungsbetrag nur zu, wenn sich die Voranmeldungen im Rahmen der Festsetzung der Umsatzsteuer des betreffenden Jahres als richtig erweisen. Einer Korrektur der Voranmeldung bedarf es hinsichtlich der Rückforderung des abgetretenen Betrags nicht, sofern sich die Fehlerhaftigkeit der Voranmeldung aus dem Tenor oder der Begründung des Umsatzsteuerjahresbescheids ergibt.

### **Konsequenz**

Der Fall verdeutlicht, dass die Abtretung eines Erstattungsanspruchs aus einer Voranmeldung für den Gläubiger mit dem Risiko des Rückgriffs durch die Finanzverwaltung verbunden ist. Dies betrifft nicht nur Fälle, in denen der Schuldner bewusst falsche Voranmeldungen erstellt, sondern auch solche, in denen das Finanzamt eine abweichende Rechtsauffassung vertritt. Sofern möglich, sollten Gläubiger auf die Begleichung der Schuld durch Bezahlung bestehen.

## **8. Zur Eintragung der Befreiung des GmbH-Geschäftsführers vom Selbstkontrahierungsverbot ins Handelsregister**

### **Einführung**

Die Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers einer GmbH ist nach § 10 Abs. 1 Satz 2 im Handelsregister einzutragen. Dabei stellt auch die Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot (§ 181 BGB) eine eintragungspflichtige Tatsache dar. Streitig war, wie eine beschränkte Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot anzumelden und im Handelsregister einzutragen war.

### **Entscheidung**

Die Antragstellerin war als GmbH ins Handelsregister eingetragen worden. Sie wollte zudem die Befreiung ihrer Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB ins Handelsregister eintragen lassen. Hierzu war im Gesellschaftsvertrag geregelt:



„Für Rechtsgeschäfte zwischen der Gesellschaft und Gesellschaften, an denen die Gesellschaft als persönlich haftende Gesellschafterin beteiligt ist, sind die Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.“

Das Registergericht hat die beantragte Eintragung zu Recht abgelehnt. Für die Eintragungspflicht ist es unerheblich, ob die Befreiung von § 181 BGB generell erteilt wird oder ob sie sich auf bestimmte Arten von Geschäften der GmbH bzw. auf die Vertretung gegenüber bestimmten Dritten beschränkt. Der Umfang der Vertretungsbefugnis muss sich dabei ohne Zuhilfenahme der Anmeldungsunterlagen und ohne Kenntnis sonstiger tatsächlicher Umstände aus dem Handelsregister selbst ergeben. Daraus folgt, dass bei der Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot mit Beschränkung auf Geschäfte mit bestimmten Dritten diese bei der Anmeldung konkret zu benennen und einzutragen sind. Diesen Anforderungen wird die Anmeldung der Antragstellerin nicht gerecht. Die von ihr angemeldete Vertretungsregelung ist schon deswegen nicht hinreichend bestimmt, weil aus ihr nicht ersichtlich ist, ob dem jeweiligen Geschäftsführer Geschäfte mit sich selbst gestattet sind. Dazu müssten unzulässigerweise Umstände außerhalb der Satzung und des die Antragsgegnerin betreffenden Handelsregisters herangezogen werden.

#### **Konsequenz**

Die Befreiung vom Selbstkontrahierungszwang kann für bestimmte Arten von Geschäften der Gesellschaft bzw. auf die Vertretung gegenüber bestimmten Dritten beschränkt werden. In diesen Fällen ist die Beschränkung hinreichend bestimmt anzumelden und im Handelsregister einzutragen.

#### **9. Bundesweites Rechtsanwaltsregister unter <http://www.rechtsanwaltsregister.org>**

##### **Einführung und Inhalte der Datenbank**

Bisher wurden bei den insgesamt 116 Landgerichten Anwaltslisten in Papierform geführt. Diese Anwaltslisten sind durch ein bei der Bundesrechtsanwaltskammer geführtes, online abrufbares Verzeichnis abgelöst worden. Seit dem 13.11.2007 haben Verbraucher, Gerichte und Behörden einen unentgeltlichen Zugang zum neuen bundeseinheitlichen Rechtsanwaltsregister, das unter der Adresse <http://www.rechtsanwaltsregister.org> im Internet die Adressen aller etwa 150.000 in Deutschland zugelassener Rechtsanwälte sowie weitere Informationen enthält. Das Register enthält neben der Kanzleiadresse und der Telefon- und Faxnummer auch eine gegebenenfalls verliehene Fachanwaltsbezeichnung.

##### **Hintergrund**

Anders als die jeweils von den regionalen Rechtsanwaltskammern angebotene Anwaltssuche ist das bundesweite Rechtsanwaltsregister nicht dazu bestimmt, Rechtssuchenden geeignete Rechtsanwälte zu vermitteln. Hierdurch sollen lediglich die bislang von den Gerichten geführten Anwaltslisten ersetzt werden. Der Gesetzgeber hat diese Aufgabe durch die Neuregelung einer Vorschrift (§ 31 BRAO) auf die Rechtsanwaltskammern übertragen.

#### **10. Notare müssen GmbH-Gesellschafter bei einer Sachkapitalerhöhung auf die Gefahr einer Differenzhaftung des Übernehmers hinweisen.**

##### **Kernproblem**

Ein Notar hat, wenn eine Erhöhung des Stammkapitals einer GmbH mit Sacheinlagen erfolgen soll und Anlass zu Zweifeln an einer richtigen Bewertung der Sacheinlagen besteht, auf die Gefahr einer Differenzhaftung des Übernehmers hinzuweisen. Dabei ist auch die Frage nach der Vollwertigkeit der einzubringenden Gesellschafterforderung aufzuklären.

##### **Sachverhalt**

Der Kläger ist Verwalter im Konkursverfahren über das Vermögen der L-GmbH; er nimmt den beklagten Notar wegen Amtspflichtverletzung (Falschberatung bei der Beurkundung einer Kapitalerhöhung) auf Schadensersatz in Anspruch.

Im Jahr 1996 sollte die Überschuldung der GmbH durch Umwandlung von Gesellschafterdarlehen in Stammkapital beseitigt werden. In einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung wurde die Kapitalerhöhung beschlossen, in der Urkunde hieß es, dass die Gesellschafter keine eigenkapitalersetzenden Darlehen gewährt hätten, die neu gebildeten Stammeinlagen sollten durch Aufrechnung mit ihren Darlehensrückzahlungsansprüchen übernommen werden. Im Juli 1996 erfolgte die Eintragung in das Handelsregis-



ter. Bei der Eröffnung des Konkursverfahrens in 1997 stellte sich heraus, dass sämtliche eingebrachten Darlehensforderungen nicht vollwertig waren. Der Kläger verlangte von den Gesellschaftern die Bareinzahlung der Stammeinlagen, diese zahlten nicht und traten ihre Ersatzansprüche gegen den Beklagten an den Kläger ab. Die Klage vor dem Landgericht hatte Erfolg, das Oberlandesgericht wies die Berufung zurück, der Beklagte legte Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision ein.

#### **Entscheidung**

Der BGH hielt die Beschwerde für unbegründet, denn der Beklagte hat seine Pflicht zur Aufklärung des der Beurkundung zugrundeliegenden Sachverhalts und zur Belehrung der Beteiligten zumindest fahrlässig verletzt. Er hätte sich vergewissern müssen, dass die Gesellschafter den Begriff „Bareinzahlung“ richtig gebraucht und darunter nicht nur eine im Wege der Sacheinlage mögliche Verrechnung der übernommenen Einlagen mit Ansprüchen gegen die Gesellschaft wegen früherer Darlehen verstanden haben. Ferner hätte er auch dann auf eine mögliche Differenzhaftung hinweisen müssen, wenn die Gesellschafter versichert haben, die Einlagen hätten keinen eigenkapitalersetzenden Charakter.

### **11. Frist zur elektronischen Offenlegung von Jahresabschlüssen läuft ab**

#### **Einführung**

Zum 1. Januar 2007 ist das „Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister“ (EHUG) in Kraft getreten. Es verpflichtet die offenlegungspflichtigen Unternehmen, ihre Jahresabschlussunterlagen elektronisch beim Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers einzureichen – und nicht wie bisher auf Papier bei den Registergerichten. Die Jahresabschlüsse für das Geschäftsjahr 2006 müssen bis spätestens zum 31. Dezember 2007 eingereicht werden.

#### **Umfang der Offenlegung**

Der Kreis der zur Offenlegung verpflichteten Unternehmen und der Umfang der zu veröffentlichenden Unterlagen haben sich durch das EHUG nicht geändert. Betroffen sind insbesondere alle Kapitalgesellschaften und Personenhandelsgesellschaften ohne eine natürliche Person als persönlich haftender Gesellschafter (vor allem GmbH & Co. KG). Diese Unternehmen müssen ihren Jahresabschluss (Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung, Anhang) mit Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers, ihren Lagebericht, den Ergebnisverwendungsvorschlag und -beschluss sowie ggf. den Bericht des Aufsichtsrats und die nach § 161 AktG vorgeschriebene Entsprechungserklärung offenlegen. Kleine Gesellschaften müssen nur Bilanz und Anhang offenlegen, wobei der Anhang die Angaben zur Gewinn- und Verlustrechnung nicht zu enthalten braucht.

#### **Form der Einreichung**

Das EHUG schreibt vor, dass die veröffentlichungspflichtigen Unterlagen nur noch elektronisch und ausschließlich beim elektronischen Bundesanzeiger eingereicht und bekannt gemacht werden müssen. Für die Einreichung bietet der Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers einen Übermittlungsweg über ein Upload-Verfahren via Internet an. Verschiedene Dateiformate sind zugelassen, verursachen allerdings unterschiedliche Kosten. Am preisgünstigsten ist das XML-Format mit Hilfe eines vom Verlag zur Verfügung gestellten Softwareprogramms.

Für eine Übergangszeit von 3 Jahren, d. h. bis zum 31.12.2009, können die Unterlagen auch noch in Papierform eingereicht werden. Allerdings entstehen in diesem Fall höhere Kosten.

#### **Sanktionen**

Wie bisher droht bei Verstößen gegen die Offenlegungspflicht die Festsetzung eines Ordnungsgeldes zwischen 2.500 EUR und 25.000 EUR. Allerdings werden Verstöße nicht, wie bisher, nur auf Antrag, sondern von Amts wegen zentral über das Bundesamt für Justiz verfolgt. Weiterhin muss zunächst die Festsetzung eines Ordnungsgeldes angedroht werden, so dass für die Unternehmen eine Möglichkeit zur Nachholung besteht. Allerdings führt bereits die Androhung des Ordnungsgelds dazu, dass dem Unternehmen die Verfahrenskosten auferlegt werden.