

Zur Gewerbesteuerpflicht des Rechtsanwalts als Insolvenzverwalter

Wie geht es nach dem Beschluss des BFH v. 7.4.2009 – VIII B 191/07, ZInsO 2009, 1261 weiter?

von Rechtsanwalt Klaus Siemon, Düsseldorf

Im Anschluss an die Entscheidung des BFH v. 7.4.2009¹ stellt sich die Frage, in welchen Verfahren die vom BFH aufgeworfenen Fragen einer Klärung zugeführt werden können und mit welchen Inhalten sich diese Verfahren beschäftigen.

Wichtig erscheint es zuvor, darauf hinzuweisen, dass Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren gem. § 116 FGO keine Revisionsverfahren sind und grds. auch nicht den Sinn und Zweck haben, anderweitig ergangene Revisionsurteile zu bestätigen oder aufzuheben. In dem Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren werden lediglich die Zulassungsvoraussetzungen gem. § 116 FGO geprüft und es ist ganz wichtig, dass der Beschwerdeführer die Zulassungsvoraussetzungen *darlegt*.² Aus diesem Grund steht der Beschluss des BFH v. 14.7.2008³ nicht im Widerspruch zum hier diskutierten Beschluss des BFH v. 7.4.2009, weil in dem Verfahren zum Beschl. v. 14.7.2008 augenscheinlich die Fehler in der Entscheidung des BFH v. 12.12.2001⁴ nicht dargelegt waren. Dies wird häufig übersehen.⁵

Anhängig ist beim BFH das Revisionsverfahren zu dem Aktenzeichen VIII R 29/08.⁶ Das FG Köln hatte in seiner Entscheidung v. 28.5.2008 die Revision zugelassen in einem Fall, in dem ein Rechtsanwalt und Wirtschaftsprüfer Insol-

venzverwaltertätigkeiten verrichtete.⁷ Nach dem FG Köln ist es fraglich, ob das neue, eigenständige Berufsbild des Insolvenzverwalters überhaupt in den Rahmen des § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG passt. Auf der Internetseite des BFH (Aufnahmedatum 20.11.2008) werden die Fragestellungen, um die es im Revisionsverfahren geht, wie folgt wiedergegeben: „Handelt es sich bei der Insolvenzverwaltertätigkeit eines Rechtsanwalts und Wirtschaftsprüfers um eine gewerbliche Tätigkeit oder liegt eine freiberufliche Tätigkeit nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG oder eine sonstige selbstständige Tätigkeit nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG vor? Verstößt die unterschiedliche Behandlung der Hinzuziehung Dritter im Rahmen des § 18 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 EStG gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG?“

- 1 BFH, Beschl. v. 7.4.2009 – VIII B 191/07, ZInsO 2009, 1261, 1262.
- 2 St. Rspr. des BFH, vgl. etwa BFH, Beschl. v. 15.5.2009 – II B 125/08, LNR 2009, 16328.
- 3 BFH, Beschl. v. 14.7.2008 – VIII B 179/07, LNR 2008, 21519.
- 4 BFH, Urt. v. 12.12.2001 – XI R 56/00, ZInsO 2002, 319.
- 5 Insbesondere übersieht dies *Kahlert*, EWIR 2009, Heft 12, 381, 382 a.E. in der Kommentierung des Beschl. des BFH v. 7.4.2009 sowie FG Hamburg, Urt. v. 27.5.2009 – 2 K 72/07, LNR 2009, 16375.
- 6 Internetseite des BFH, anhängige Verfahren, VIII R 29/08.
- 7 FG Köln, Urt. v. 28.5.2008 – 12 K 3735/05, LNR 2008, 22346.

Aus der zweiten Fragestellung lässt sich ableiten, dass der BFH offenbar die Vervielfältigungstheorie einer Überprüfung unterzieht. Aufgrund der Vervielfältigungstheorie kommt es nämlich zu einer unterschiedlichen Behandlung der Hinzuziehung Dritter im Rahmen des § 18 EstG.⁸ Nach der in der Nr. 3 des § 18 Abs. 1 EstG geltenden Vervielfältigungstheorie ist bei mehr als einem qualifizierten Mitarbeiter von einer Gewerblichkeit auszugehen. In der Nr. 1 des § 18 EstG reicht die eigenverantwortliche Aufgabenerledigung, wodurch auch mehr Mitarbeiter möglich sind. Nach dem Beschluss des BFH v. 7.4.2009 ist *jetzt* aber zu erwarten, dass in dem Revisionsverfahren gegen das Urteil des FG Köln v. 28.5.2008 zunächst die Rechtsprechungsänderung durch BFH 2001⁹ Gegenstand der Klärung ist und geprüft wird, ob die vom Großen Senat des BFH entwickelten Grundsätze zur Rechtsprechungsänderung angewendet werden können.¹⁰ Denn im Verfahren FG Köln ging es um die Streitjahre 1997 – 2000.

Es fügt sich glücklich, dass nunmehr das FG Hamburg in seinem Ur. v. 27.5.2009 die Revision in einem Fall zugelassen hat, in dem eine Rechtsanwaltskanzlei Gegenstand ist, die Insolvenzverwaltertätigkeiten ausübte und in dem es um das Jahr 2003 geht.¹¹ Es geht in dem Fall des FG Hamburg um die identischen Fragestellungen, wobei bemerkenswert ist, dass das FG Hamburg das Tatbestandsmerkmal in § 18 Abs. 1 Nr. 3 EstG *Vermögensverwaltung* als typischerweise durch die Insolvenzverwaltertätigkeit erfüllt ansieht.¹² Diese Grundannahme, auf denen das Urteil basiert, widerspricht der Definition des Tatbestandsmerkmals Vermögensverwaltung, weil auch bei der Insolvenzverwaltung die Liquidation im Vordergrund steht, der Tätigkeit das Gepräge gibt und diese den Begriff Vermögensverwaltung ausschließt.¹³ Weil dies so ist, haben BFH 1961 und 1973 für den nicht akademischen Kaufmann eine Analogie zum Tatbestandsmerkmal Vermögensverwaltung angenommen.¹⁴ Die Urteile

der Instanzgerichte leiden an einer fehlerhaften Subsumtion. „Vermögensverwaltung“ ist „Fruchtziehung bei Substanzerhaltung“ (14 AO).¹⁵ Die Insolvenzverwaltung ist weder Fruchtziehung noch Substanzerhaltung, sondern Umschichtung durch Liquidation. Es ist zu hoffen, dass der VIII. Senat des BFH die dogmatischen Grundlagen wieder in den Blick nimmt und es gelingt, ein methodisch sauberes Ergebnis zu begründen.

Sodann ist noch zu berichten, dass vor dem VG Düsseldorf ein Verfahren anhängig ist, in dem die beklagte Gemeinde gem. § 163 AO in Anspruch genommen wird mit der Begründung, die Gewerbesteuern seien bis einschließlich 2001 im Billigkeitswege gemäß den Grundsätzen der Entscheidung des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes v. 19.10.1971 zu erlassen.¹⁶ Aufgrund des Beschlusses des BFH v. 7.4.2009 ist auch die Frage aufgeworfen, ob die VG die Rechtsprechung des Großen Senats v. 17.12.2007 zur Behandlung von Rechtsprechungsänderungen auch in die VG-Rechtsprechung übernehmen. In dem Verfahren vor dem VG Düsseldorf wird noch in 2009 mit einer Terminierung gerechnet.

8 Zur Vervielfältigungstheorie grundlegend BFH, Ur. v. 7.11.1957 – IV 668/55 U, BStBl. 1958, III, S. 34 f. = LNR 1957, 10340.

9 BFH, Ur. v. 12.12.2001 – XI R 56/00, ZInsO 2002, 319.

10 Beschl. des Großen Senats des BFH v. 17.12.2007 – GrS 2/04, BStBl. II 2008, S. 608 = LNR 2007, 46931 unter B.IV.2.b der Gründe.

11 FG Hamburg, Ur. v. 27.5.2009 – 2 K 72/07, LNR 2009, 16375.

12 FG Hamburg v. 27.5.2009 – 2 K 72/07, LNR 2009, 16375; ebenso FG Köln, Ur. v. 13.8.2008 – 4 K 3303/06, LNR 2008, 29052.

13 Hierzu ausführlich *Siemon*, ZInsO 2009, 305 ff.

14 BFH, Ur. v. 29.3.1961 – IV 404/60 U, BStBl. 1961, Teil III, S. 306 = LNR 1961, 10724; BFH, Ur. v. 5.7.1973 – 4 R 127/69, BStBl. 1973, Teil II, S. 730, 731.

15 So auch BVerfG v. 16.7.1991 – 2 BvR 769/90, HFR 1992, 23.

16 Gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes v. 19.10.1971 – GmS – OGB 3/70, BStBl. II, 1972, S. 603.

Sicherungsabtretung von und AGB-Pfandrecht an Kontokorrentforderungen in der Insolvenz

Zugleich Anm. zu BGH v. 25.6.2009 – IX ZR 98/08, ZInsO 2009, 1492

von Rechtsanwalt Dr. Manfred Obermüller, Bad Camberg

Steht ein Bankkunde mit seinen Geschäftspartnern in Kontokorrentverbindung, so können die der Kontokorrentabrede unterliegenden Einzelforderungen nicht zur Sicherung von Krediten an die Bank abgetreten werden, weil sie unselbstständige Rechnungsposten geworden sind.¹ Abtretbar sind nur die am Schluss der jeweiligen Abrechnungsperiode zu ermittelnden Saldoansprüche.² Die im Kreditgewerbe üblichen Mantelzessionsverträge und Globalzessionsverträge erfassen demgemäß auch die Ansprüche auf Kündigung des Kontokorrentverhältnisses, auf Feststellung des gegenwärtigen Saldos sowie die Forderungen aus gezogenen oder in Zukunft zu ziehenden Salden;³ als Einzelsicherheit wird die Abtretung von Kontokorrentforderungen dagegen kaum eingesetzt. Für diese Art von Kreditsicherungen bringt die erwähnte BGH-Entscheidung eine Änderung der bisherigen rechtlichen Betrachtung mit erheblichen praktischen Folgen.

1 BGH v. 7.2.1979 – VIII ZR 279/77, WM 1979, 365; BGH v. 28.6.1968 – I ZR 156/66, WM 1968, 967; *Serick*, BB 1978, 873.

2 BGH v. 20.4.1956 – I ZR 203/54, WM 1956, 1125; BGH v. 17.12.1959 – VII ZR 194/58, WM 1960, 371; BGH v. 21.12.1970 – II ZR 52/68, WM 1971, 178.

3 Vgl. Muster bei *Herget*, BuB 2002, Rn. 4/754 (Nr. 5).