

ARBEITSRECHT

Von Michael Eckert, Rechtsanwalt, Heidelberg

Abbau einer Überversorgung durch Betriebsrente

Gerade in größeren Betrieben oder gegenüber leitenden Angestellten geben viele Arbeitgeber oft Versorgungszusagen ab. Die Ausgestaltung einer solchen betrieblichen Altersversorgung ist sehr unterschiedlich, die damit zusammenhängenden Probleme sind folglich sehr vielschichtig. In der vorliegenden Entscheidung mußte sich das BAG mit dem Abbau, d. h. einer teilweisen Rücknahme einer Versorgungszusage beschäftigen. Grundsätzlich sind dabei zwei wichtige Punkte zu beachten: Zum einen darf eine Versorgungszusage, die in Form einer Betriebsvereinbarung gegeben wurde, nicht durch Einführung einer neuen Betriebsvereinbarung dergestalt verändert werden, daß die einmal erworbenen Rechte der Arbeitnehmer schrankenlos gekürzt oder gar gestrichen werden. Zum andern löst jedoch grundsätzlich eine neue Betriebsvereinbarung die vorangehende ältere Betriebsvereinbarung ab. Anders als in den Fällen, in denen eine einzelvertragliche Regelung (z. B. im Arbeitsvertrag) durch eine nachfolgende Betriebsvereinbarung geändert werden soll, gilt nicht das Günstigkeitsprinzip, d. h. es sind auch Verschlechterungen möglich.

Ein gerade in den Ruhestand entlassener Arbeitnehmer hatte das Arbeitsgericht angerufen. Zurückgehend auf eine Versorgungszusage aus dem Jahr 1959 war die betriebliche Altersversorgung seines ehemaligen Arbeitgebers darauf ausgerichtet, daß er – nach Erfüllung von bestimmten Beschäftigungszeiten unter Anrechnung der gesetzlichen Altersversorgung und etwaiger anderer betrieblicher Altersrenten 75 % seines letzten Bruttomonatsgehaltes als Rente bekommen sollte. Diese Ausgestaltung der betrieblichen Altersversorgung führte jedoch in vielen Fällen zu einer sog. „Überversorgung“: Da die Differenz zwischen Brutto- und Nettogehalt (Steuern- und Arbeitnehmeranteile) regelmäßig mehr als 25 % des Bruttoeinkommens ausmachen, führte diese Regelung dazu, daß Rentner ein höheres Einkommen bezogen, als vergleichbare noch aktive Arbeitnehmer. Um dies zu ändern, war in einer neuen Betriebsvereinbarung festgelegt worden, daß die gesamten Ruhestandsbezüge 100 % des letzten Nettoeinkommens nicht überschreiten sollten.

Das BAG hat zwar festgestellt, daß die Partner einer Betriebsvereinbarung schon von Verfassungen wegen an einer willkürlichen Reduzierung von bereits erworbenen Ansprüchen gehindert sind. Vielmehr sind immer die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes zu beachten, Eingriffe in bereits erdiente Besitzstände sind nur in ganz seltenen Ausnahmefällen zulässig. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Arbeitnehmer – wie vorliegend – auf eine bestimmte Altersversorgung durch die betriebliche Zusage vertraut hatte und für ihn aus Altersgründen keine Möglichkeit mehr bestand, eine anderweitige Altersversorgung aufzubauen. Wenn in solche, in langen Jahren der Betriebszugehörigkeit erworbene Rechte eingegriffen werden soll, bedarf es dazu zwingender Gründe.

Einen solchen zwingenden Grund sah das BAG in der – verfehlten – Besserstellung von Rentnern gegenüber aktiven Arbeitnehmern. Motiv des Arbeitgebers bei Einführung der betrieblichen Altersversorgung war es, den Lebensstandard der aus Altersgründen ausscheidenden langjährigen Mitarbeiter zumindest annähernd dadurch zu sichern, daß ihnen auch nach Beendigung des aktiven Arbeitslebens ein Einkommen zur Verfügung steht, das nur wenig oder gar nicht unter dem zuletzt erzielten Arbeitseinkommen liegt. Hier sollte ein Abbau des Lebensstandards verhindert werden. Ziel der betrieblichen Altersversorgung war es dagegen nicht, das Einkommen als Rentner gegenüber dem Arbeitseinkommen zu steigern. Diese Zielsetzung war ursprünglich durch eine Anknüpfung (75 %) der Gesamtversorgungsbezüge an das letzte Bruttogehalt erreicht worden. Durch die prozentuale Erhöhung der vom Bruttogehalt abzuführenden Beträge entsprach das Ergebnis der betrieblichen Altersversorgung (Überversorgung) nicht mehr deren Zielsetzung (Wahrung des Lebensstandards). Da auch im Rahmen der neuen Versorgungsordnung sichergestellt war, daß der Arbeitnehmer ein Arbeitsruhegeld in Höhe seines letzten Nettoeinkommens erzielt, diente die Änderung der bisherigen Regelung nicht einer Verschlechterung, sondern nur der Verwirklichung der ursprünglichen Zielsetzung.

Obwohl sich der Arbeitnehmer bei Änderung der Betriebsvereinbarung bereits wenige Wochen vor Erreichen der Altersgrenze befand und er behauptete, er habe während seines Erwerbslebens auf die Überversorgung vertraut, war er nicht schutzwürdig.

BAG-Urt. v. 23. 10. 1990, 3 AZR 260/89

Erkrankung im Ausland: Kündigung wegen unentschuldigter Fehlers trotz Vorlage einer Krankmeldung

In der Praxis sehr verbreitet und gleichzeitig äußerst umstritten sind Kündigungen im Zusammenhang mit einer Erkrankung des Arbeitnehmers. In der vorliegenden Entscheidung des LAG Frankfurt a. M. finden sich gleich zwei damit im Zusammenhang stehende Problemkreise: Ein Arbeitnehmer hatte bei seinem Arbeitgeber zunächst die teilweise Verlegung seines bereits gewährten Erholungsurlaubes beantragt, was dieser aus betrieblichen Gründen abgelehnt hatte. Der Arbeitnehmer trat den Urlaub dann – krankheitsbedingt verspätet – an und teilte von seinem Urlaubsort im Ausland telefonisch mit, er sei arbeitsunfähig erkrankt. Gleichzeitig meldete sich auch die beim gleichen Arbeitgeber beschäftigte Ehefrau des Arbeitnehmers aus dem gemeinsamen Urlaubsort krank. Der Arbeitgeber teilt den Eheleuten telegrafisch unverzüglich mit, daß er die pünktliche Arbeitsaufnahme erwarte, andernfalls sei mit einer fristlosen Kündigung zu rechnen. Beide Arbeitnehmer waren dann für mehr als sechs Wochen über das ursprünglich vorgesehene Urlaubsende hinaus im Urlaubsland erkrankt und dort krankgeschrieben. Da für diesen Zeitraum weder eine Entschuldigung noch eine ordnungsgemäße ärztliche Krankmeldung vorlag, kündigte der Arbeitgeber nach Anhörung des Betriebsrates fristlos.

Das LAG unterscheidet hier zunächst zwischen der Nachweis- und der Unterrichtungspflicht durch den Arbeitnehmer. Der Nachweis seiner Erkrankung durch ärztliche Untersuchung und Unterrichtung des ausländischen Sozialversicherungsträgers, der die deutsche Krankenkasse aufgrund eines zwischenstaatlichen Abkommens informiert, reicht zum Nachweis der Krankheit aus. Unabhängig davon muß der Arbeitnehmer den Arbeitgeber jedoch unverzüglich vom Eintritt bzw. vom Fortbestehen der Arbeitsunfähigkeit unterrichten. Hier hatte es der Arbeitnehmer versäumt, dem Arbeitgeber das Fortbestehen der Arbeitsunfähigkeit mitzuteilen. Eine solche Pflichtverletzung sieht das LAG jedoch nicht als so schwerwiegend an, daß sie allein zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses berechtigen würde. Eine solche Kündigung wäre vielmehr nur dann zulässig, wenn der Arbeitnehmer wegen eines ähnlichen Vorfalles bereits erfolglos abgemahnt worden wäre. Insbesondere bei arbeitsrechtlichen Nebenpflichten ist eine solche vorangehende Abmahnung unabdingbar.

Des weiteren hat sich das LAG mit der Frage beschäftigt, ob es, wie der Arbeitgeber meinte, ausreicht, die sich aus der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ergebende tatsächliche Vermutung für das Vorliegen von Arbeitsunfähigkeit zu erschüttern. Anhand der vom Arbeitgeber vorgetragene Umstände ergaben sich erhebliche Verdachtsmomente dafür, daß die vorgelegte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschlischen war. Dies hat das LAG jedoch nicht als ausreichend angesehen. Vielmehr hätte der Arbeitgeber danach beweisen müssen, daß eine zur Arbeitsunfähigkeit führende Erkrankung nicht vorlag. Die sich damit für den Arbeitgeber ergebende Beweisnot sowie die Tatsache, daß es für einen Arbeitgeber angesichts datenschutzrechtlicher Bestimmungen und der Undurchdringlichkeit des Arztgeheimnisses kaum möglich sein wird, dem Arbeitnehmer eine arglistige Erschleichung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nachzuweisen, haben das LAG nicht überzeugt.

Im vorliegenden Fall ergab sich die zusätzliche Schwierigkeit, daß der Betriebsrat bei der Anhörung zur Kündigung über eine angeblich erwiesene Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten informiert worden war, während es sich, zumindest zum Zeitpunkt der Anhörung, nur um eine sog. „Verdachtskündigung“ handelte. Damit war die ausgesprochene Kündigung schon aus formalen Gründen – mangels ordnungsgemäßer Betriebsratsanhörung – unwirksam. Eine Revision hat das LAG nicht zugelassen.

LAG Frankfurt a. M., Urt. v. 22. 1. 1991, 10/2 Sa 913/89

Priv.-Doz. Dr. Dirk Meyer-Scharenberg, Steuerberater, München

Zweifelfragen bei der Bilanzierung transitorischer Rechnungsabgrenzungsposten

Der Verfasser zeigt auf, daß die Bilanzierung von Dauerrechtsverhältnissen einheitlichen Regeln folgt. Rechnungsabgrenzungsposten spielen in diesem Zusammenhang eine zentrale Rolle. Die Offenlegung der Grundsätze ordnungsmäßiger Bilanzierung von Dauerrechtsverhältnissen – wie dieser Beitrag auch überschrieben werden könnte – wird derzeit noch zu oft durch die Vorstellung behindert, hinter jedem Rechnungsabgrenzungsposten stehe ein Wirtschaftsgut. Der Autor lehnt diese Dualitätsvorstellung ab.

1. Begriff und bilanzrechtliche Einordnung der transitorischen Rechnungsabgrenzungsposten

Auf der Aktivseite werden Rechnungsabgrenzungsposten für Ausgaben gebildet, soweit sie Aufwand für eine bestimmte Zeit nach dem Abschlußstichtag darstellen¹. Passive Rechnungsabgrenzungsposten werden für Einnahmen angesetzt, die Ertrag für eine bestimmte Zeit nach dem Bilanzstichtag sind². Dabei ist das Tatbestandsmerkmal „bestimmte Zeit“ für die Auslegung des § 250 HGB von zentraler Bedeutung.

Auf das Vorratsvermögen entfallende Zölle, Verbrauchsteuern sowie die Umsatzsteuer auf Anzahlungen dürfen handelsrechtlich als Aufwand behandelt werden. Steuerrechtlich besteht dagegen Aktivierungspflicht. Ob es sich um Anschaffungsnebenkosten handelt, ist umstritten. Sofern die Aktivierung nicht im Rahmen der Anschaffungskosten der betreffenden Wirtschaftsgüter erfolgt, erlaubt das Steuerrecht den Ausweis unter den aktiven Rechnungsabgrenzungsposten. Um einen einheitlichen Ausweis in Handels- und Steuerbilanz zu ermöglichen, gestattet § 250 HGB ebenfalls den Ausweis unter den Rechnungsabgrenzungsposten. Es handelt sich somit nicht um einen Rechnungsabgrenzungsposten im engeren Sinne, sondern nur um eine durch das Steuerrecht motivierte Bilanzierungshilfe³. Auf diese treffen die folgenden Ausführungen naturgemäß nicht zu.

Das neue HGB geht davon aus, daß Rechnungsabgrenzungsposten Bilanzposten eigener Art sind und daher weder die Merkmale eines Vermögensgegenstandes noch die einer Verbindlichkeit erfüllen müssen. Das ergibt sich aus dem Wortlaut des in § 246 Abs. 1 HGB verankerten Vollständigkeitsgebots: „Der Jahresabschluß hat sämtliche Vermögensgegenstände, Schulden, Rechnungsabgrenzungsposten, Aufwendungen und Erträge zu enthalten, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist.“

Der Umstand, daß das Gesetz die Rechnungsabgrenzungsposten neben den Vermögensgegenständen und Schulden nennt, zeigt, daß diese als Bilanzposten eigener Art anzusehen sind⁴.

Diese bilanzrechtliche Einordnung hat weitreichende Konsequenzen. So finden die Bewertungsvorschriften auf Rechnungsabgrenzungsposten keine Anwendung. Das hat beispielsweise zur Folge, daß es keine außerplanmäßigen Abschreibungen gibt.

Beispiel:

Ein Kaufmann hat ein Bürohaus auf 10 Jahre gegen eine Einmalzahlung von 10 Mio. DM angemietet und kurzfristig untervermietet. In seiner Bilanz hat er einen aktiven Rechnungsabgrenzungsposten gebildet, der über die Dauer des Hauptmietverhältnisses gleichmäßig aufgelöst wird. Sinkende Büromieten führen dazu, daß seine Einnahmen aus

der Untervermietung geringer sind als die von ihm bezahlte Miete. Dieser Umstand berechtigt ihn nicht zu einer außerplanmäßigen Abschreibung des aktiven Rechnungsabgrenzungspostens.

Die Tatsache, daß Rechnungsabgrenzungsposten keine Vermögensgegenstände sind und daher nicht außerplanmäßig abgeschrieben werden können, bedeutet allerdings nicht, daß Wertminderungen der geschilderten Art unberücksichtigt bleiben müssen. Im Beispielfall kann der Kaufmann eine Rückstellung für drohende Verluste bilden. Das setzt allerdings voraus, daß die Summe der Mieteinnahmen aus der Untervermietung für die Restlaufzeit des Hauptmietvertrages kleiner ist als der Restwert des Rechnungsabgrenzungspostens zuzüglich sonstiger Untervermietungskosten. Nur der Überschuß der aktiv abgegrenzten Mietausgaben über die voraussichtlichen Mieteinnahmen mindert den Gewinn. Hingegen kann der entgangene Gewinn – anders als bei einer steuerlichen Teilwertabschreibung auf Umlaufvermögen – nicht gewinnmindernd angesetzt werden. Umstritten ist, ob der so ermittelte drohende Verlust noch abgezinst werden muß⁵.

2. Rechnungsabgrenzungsposten nur für zeitraumbezogene Gegenleistungen?

Typische Beispiele für transitorische Rechnungsabgrenzungsposten im engeren Sinne sind vorverausgabte bzw. vorvereinnahmte Entgelte für zeitraumbezogene Leistungen.

Abb. 1: Vorleistungen für eine zeitraumbezogene Gegenleistung

Nutzungsentgelte

Miet- und Pachtvorauszahlung
Lizenzgebühr
Leasing-Sondervorauszahlung
Erbbauzins
Nießbrauchentgelt
Zinsvorauszahlung
Disagio

Unterlassung einer Tätigkeit

Wettbewerbsverbot
staatliche Entschädigungen

Übernahme von Risiko

Versicherungsprämien
Bürgschaftsgebühren

Gebühren und Beiträge

Kammerbeiträge
Kfz-Steuer

Es stellt sich die Frage, ob es auch Rechnungsabgrenzungsposten für Ausgaben gibt, die nicht im Zusammenhang mit

1) § 250 Abs. 1 HGB.

2) § 250 Abs. 2 HGB.

3) *Biergans*, Einkommensteuer und Steuerbilanz, 5. Aufl., München 1990, 265.

4) Gl. A. *Sarx/Fricke*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 250 HGB Anm. 13; *Glade*, § 250 HGB Anm. 5; a. A. *Kupsch*, in: Hofbauer/Kupsch, § 250 Anm. 5; *ADS*, § 250 HGB Anm. 47.

5) Bejahend: BFH v. 19. 7. 1983, BStBl. II 1984, 56 (59); *Biergans*, Einkommensteuer und Steuerbilanz, 5. Aufl., München 1990, 493; ablehnend: *Bordewin*, Grenzfragen des Bilanzsteuerrechts, JbFS 1975/76, 243 (262); *Clemm/Nonnenmacher*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 253 HGB Anm. 179; *Perlet*, Rückstellungen für noch nicht abgewinkelte Versicherungsfälle in Handels- und Steuerbilanz, Karlsruhe 1986, 140 ff.; *Strobl*, Neue Entwicklungen beim Verlustausweis aufgrund des Imparitätsprinzips, JbFS 1984/85, 309 (317 f.).

AUFSATZ

einer zeitraumbezogenen Gegenleistung stehen. Im Schrifttum⁶ wird dies bejaht, d. h. es wird die Ansicht vertreten, daß die Bildung von Rechnungsabgrenzungsposten nicht auf Dauerrechtsverhältnisse⁷ beschränkt sei. Aus dem insoweit unklaren Wortlaut des Gesetzes läßt sich diese Auffassung nicht widerlegen. Die Vertreter dieser Ansicht können allerdings auch kein Beispiel für eine Ausgabe bzw. Einnahme nennen, die nicht durch eine zeitraumbezogene Gegenleistung veranlaßt wäre. Meines Erachtens ist die Zeitraumbezogenheit ein unverzichtbares Merkmal für das Vorliegen eines Rechnungsabgrenzungspostens.

3. Bilanzierungswahlrecht für Disagio

Als Disagio bezeichnet man die Differenz zwischen dem Nennbetrag eines Darlehens und dem Auszahlungsbetrag. Wirtschaftlich handelt es sich um eine Zinsvorauszahlung. Der Vorgang ist daher bilanzrechtlich genauso zu behandeln wie eine volle Auszahlung des Darlehens mit sofortiger Rückzahlung eines Teilbetrages als Zins. Je höher das Disagio ist, desto niedriger ist üblicherweise der Nominalzins des Darlehens.

Obwohl somit ein Disagio als vorverausgabtes bzw. vorvereinnehmtes Entgelt für eine zeitraumbezogene Gegenleistung in Gestalt der Kapitalüberlassung zu betrachten ist, besteht handelsrechtlich keine Bilanzierungspflicht. Aufgrund der besonderen Regelung in § 250 Abs. 3 HGB ist klargestellt, daß die allgemeine Bilanzierungspflicht nach § 250 Abs. 1 HGB nicht gelten soll. Dieses Wahlrecht wurde aus dem Aktiengesetz 1965 in das neue HGB übernommen. Das allein ist jedoch noch keine Begründung. In den einschlägigen Kommentaren findet sich regelmäßig keine Erklärung für die Zulässigkeit des Wahlrechts. Eine Ausnahme bildet insoweit *Kupsch*⁸, der meint, das Wahlrecht sei deshalb begründet, weil bei einem Disagio im Gegensatz zu allen anderen Fällen der Rechnungsabgrenzung ein Anspruch auf anteilige Rückzahlung im Falle der vorzeitigen Beendigung des Dauerrechtsverhältnisses nicht besteht.

Folgt man der Ansicht von *Kupsch*, stellt sich die Frage, weshalb beispielsweise die aktive Rechnungsabgrenzung einer Mietvorauszahlung auch dann zwingend ist, wenn für den Fall einer vorzeitigen Beendigung des Mietvertrages die anteilige Rückzahlung ausdrücklich ausgeschlossen wurde. Nach der von *Kupsch* gegebenen Begründung müßte für diesen Fall eigentlich ein Aktivierungswahlrecht bestehen. Das Beispiel zeigt meines Erachtens, daß es für die Frage der pflichtmäßigen oder wahlweisen Bildung von Rechnungsabgrenzungsposten auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rückforderungsanspruchs nicht ankommen kann. Das Gesetz bietet für eine solche Unterscheidung keinen Anhaltspunkt. Damit bleibt offen, weshalb für ein Disagio etwas anderes gelten sollte als für alle anderen Fälle der Rechnungsabgrenzung.

Wäre die Auffassung von *Kupsch* zutreffend, müßte für das Disagio neuerdings eine Abgrenzungspflicht angenommen werden. Der BGH⁹ hat nämlich seine Rechtsauffassung geändert und das Bestehen eines Anspruchs auf zeitanteilige Rückerstattung eines Disagios bei vorzeitiger Beendigung des Darlehensverhältnisses bejaht. Ein Wahlrecht wäre demnach nur noch in den Fällen begründet, in denen der Rückzahlungsanspruch einzelvertraglich von vornherein ausgeschlossen wurde. Für die Behandlung des Disagios beim Darlehensgeber fehlt eine korrespondierende gesetzliche Sonderregelung. In Ermangelung einer Spezialvorschrift gelten für ein vereinnahmtes Disagio also die allgemeinen Grundsätze des § 250 Abs. 2 HGB, d. h. es besteht eine Passivierungspflicht. Erstaunlicherweise entspricht diese Interpretation des Gesetzes aber nicht der herrschenden Lehre. Die h. M. im Schrifttum¹⁰ will das für ein

verausgabtes Disagio bestehende Aktivierungswahlrecht analog auf die Passivseite anwenden. Für das vereinnahmte Disagio soll also handelsrechtlich ein Passivierungswahlrecht gelten. M. E. gibt es keinen sachlichen Grund, das Disagio anders zu behandeln als andere erhaltene Vorauszahlungen für zeitraumbezogene Gegenleistungen.

4. Rechnungsabgrenzungsposten nur bei kalendermäßig bestimmtem Zeitraum?

Voraussetzung für die Bildung eines Rechnungsabgrenzungspostens ist, daß die Einnahme bzw. Ausgabe Ertrag bzw. Aufwand für eine „bestimmte Zeit“ ist. Handelsrechtlich ist nach h. M. von einer engen Auslegung auszugehen. Das IdW interpretiert dieses Merkmal im WP-Handbuch¹¹ i. S. von „kalendermäßig bestimmter Zeitraum“. Auch die Finanzverwaltung¹² tritt für eine eher enge Auslegung des Bestimmtheitsanfordernisses ein. Theoretisch ist die Frage für aktive und passive Rechnungsabgrenzungsposten gleich zu beantworten. Streifig sind in der Praxis jedoch nur Fälle der passiven Abgrenzung.

4.1 Problematik bei aktiver Rechnungsabgrenzung

Folgt man der engen Auslegung des Merkmals „bestimmte Zeit“, wäre eine Mietvorauszahlung für einen Zehnjahreszeitraum zu periodisieren, während die Vorauszahlung für eine lebenslängliche Nutzungsmöglichkeit eine sofort abzugsfähige Ausgabe bzw. sofort zu versteuernde Einnahme wäre. Vorauszahlungen für eine immerwährende Nutzungsmöglichkeit müßten ebenfalls nicht periodisiert, sondern könnten sofort als Betriebsausgaben abgezogen werden. Es liegt auf der Hand, daß eine derart unterschiedliche Behandlung vergleichbarer Sachverhalte insbesondere von der Finanzverwaltung nie akzeptiert würde. Denn durch die Aufwandsvorverlagerung ließen sich erhebliche Steuervorteile erzielen. Tatsächlich ist die Streitfrage daher auch noch nie an die Gerichte herangetragen worden. Was war wohl der Grund?

Im Schrifttum wird allgemein die Ansicht vertreten, daß Vorauszahlungen für nicht kalendermäßig bestimmte Zeiträume als Anschaffungskosten eines immateriellen Wirtschaftsgutes zu aktivieren sind, wenn die engen Voraussetzungen für die Bildung eines Rechnungsabgrenzungspostens nicht erfüllt sind (sog. Dualität¹³). Insbesondere bei Nutzungsüberlassungen wird dies vorgeschlagen, weil hier die Vorstellung, Nutzungsrechte seien Wirtschaftsgüter, besonders nahe zu liegen scheint. Die Periodisierung der Ausgaben erfolgt dann über die Abschreibung des Nutzungsrechts. Damit entfällt die Möglichkeit des Sofortabzugs von Vorauszahlungen. Es stellt sich nur noch

6) Vgl. *Federmann*, Zeitbestimmtheit bei transitorischer Rechnungsabgrenzung in der Handels- und Steuerbilanz, BB 1984, 246 (250); zustimmend *ADS*, § 250 HGB Anm. 37.

7) Unter Dauerrechtsverhältnissen sind in diesem Zusammenhang nicht nur privatrechtliche (obligatorische und dingliche) Rechtsbeziehungen, sondern auch solche öffentlich-rechtlicher Art zu verstehen (z. B. Kfz-Steuer, Kammerbeiträge, usw.).

8) Vgl. *Kupsch*, in: Bonner Handbuch der Rechnungslegung, § 250 HGB Anm. 18.

9) BGH v. 29. 5. 1990, WM 1990, 1150.

10) *Sarx/Fricke*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 250 HGB Anm. 1.

11) WP-HdB 1985/86, Bd. II, 70.

12) Abschn. 31 b Abs. 1 EStR; Nichtanwendungserlaß des BMF v. 24. 3. 1982, BStBl. I 1982, 810; betr. unbegrenzten Zeitraum, zur Begründung wird auf das WP-HdB verwiesen.

13) So *Schmidt/Glanegger*, 9. Aufl., München 1990, § 6 EStG Anm. 34, „Erbaurecht“.

AUFSATZ

die Frage, ob die Vorauszahlung in der Bilanz als Rechnungsabgrenzungsposten oder als immaterielles Wirtschaftsgut auszuweisen ist. Aus dem Bilanzausweis ergeben sich normalerweise¹⁴ keine Auswirkungen auf den Gewinn. Im Zusammenhang mit aktiven Rechnungsabgrenzungsposten ist die Auslegung des Merkmals „bestimmte Zeit“ daher nur von theoretischer Bedeutung.

4.2 Problematik bei passiver Rechnungsabgrenzung

Größere praktische Relevanz als auf der Aktivseite hat die Frage nach der Auslegung der Zeitbestimmtheit für den Zahlungsempfänger, weil sich für ihn keine alternative Bilanzierung anbietet, die unter Vermeidung eines passiven Rechnungsabgrenzungspostens zu einer gleichmäßigen Verteilung der Einnahme über den Zeitraum der Leistungserbringung führt. Für den Zahlungsempfänger lautet die Alternative also: passiver Rechnungsabgrenzungsposten oder Sofortversteuerung. In der Tat betreffen fast alle vom BFH entschiedenen Fälle zur Streitfrage der Zeitbestimmtheit die Behandlung beim Zahlungsempfänger. Gegen die von der Finanzverwaltung geforderte Sofortversteuerung haben sich die Steuerpflichtigen in den folgenden Fällen mit Erfolg gewehrt:

- Abfindung von 1 Mio. DM für den *dauernden* Verzicht auf Nutzung eines Flusses zur Stromerzeugung. Die Vertragsparteien gingen von einem durch den Verzicht verursachten jährlichen Mehraufwand von 100 000 DM aus. Der Rechnungsabgrenzungsposten war demnach über 10 Jahre aufzulösen¹⁵.
- Entschädigung für die Übernahme der *zeitlich nicht begrenzten* Verpflichtung, die Verlegung einer Ferngasleitung unter der Erdoberfläche eines Betriebsgrundstücks zu dulden¹⁶.
- Entschädigung nach dem Mühlenstrukturgesetz, den Betrieb einer Mühle einzustellen und für 30 Jahre nicht wieder aufzunehmen¹⁷.
- Zuschuß für die Verpflichtung, *mindestens* zwei aufeinanderfolgende Ausbildungsverhältnisse abzuschließen¹⁸.
- Nichtvermarktungsprämie nach EG-VO¹⁹.

Im Beck'schen Bilanzkommentar vertritt Sarx²⁰ die Ansicht, diese Rechtsprechung sei auf passive Rechnungsabgrenzungsposten beschränkt. Damit käme man theoretisch zu dem vorteilhaften Ergebnis, daß die Vorleistung vom Zahlungsverpflichteten in voller Höhe sofort abgezogen werden kann, während sie beim Empfänger nur pro rata temporis zu versteuern ist. Diese ergebnisorientierte Ansicht dürfte wohl kaum der Auffassung des BFH entsprechen. Der Umstand, daß das Periodisierungsproblem auf der Aktivseite nicht so gravierend ist, weil man sich in der Praxis offenbar leicht auf die Bilanzierungsalternative „Aktivierung und Abschreibung eines immateriellen Wirtschaftsgutes“ einigt, darf nicht zu der Annahme verleiten, das Kriterium der Zeitbestimmtheit sei auf der Aktiv- und der Passivseite der Bilanz unterschiedlich zu interpretieren. Daraus folgt, daß Vorauszahlungen auch auf der Aktivseite stets als Rechnungsabgrenzungsposten auszuweisen sind und nicht – wie allgemein angenommen – als immaterielles Wirtschaftsgut.

4.3 Bestimmung des Verteilungszeitraums

Vorauszahlungen für zeitraumbezogene Gegenleistungen sind aktiv bzw. passiv abzugrenzen. Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Auflösungsbeträge ergeben sich dann, wenn das Entgelt für einen nicht kalendermäßig bestimmten Zeitraum geleistet wurde. Derartige Bewertungsprobleme sind je-

doch kein Einwand gegen die Bildung eines Rechnungsabgrenzungspostens. Ebenso wie es für die Frage der Aktivierungspflicht eines entgeltlich erworbenen Wirtschaftsgutes nicht darauf ankommt, ob der Kaufpreis in einem Einmalbetrag geleistet wurde oder aber in Form einer immerwährenden Rente zu zahlen ist, sollte es für die Pflicht zur Bildung eines Rechnungsabgrenzungspostens darauf ankommen, über welchen konkreten Zeitraum die Gegenleistung zu erbringen ist, für die die Vorauszahlung geleistet wurde. Wenn ein Wirtschaftsgut angeschafft worden ist, müssen die Anschaffungskosten in jedem Fall ermittelt werden, notfalls im Wege der Schätzung. Dementsprechend müssen Vorauszahlungen für zeitraumbezogene Sachleistungen auch dann durch Rechnungsabgrenzungsposten periodisiert werden, wenn der Zeitraum nur im Wege der Schätzung ermittelt werden kann. Bei einem lebenslangen Nutzungsrecht ist der Rechnungsabgrenzungsposten daher entsprechend der statistischen Lebenserwartung aufzulösen.

Auch ein im voraus für einen noch nicht absehbaren Zeitraum gezahltes Entgelt muß rechnerisch auf einen festen Zeitraum verteilt werden²¹. Die Problematik ist vergleichbar mit der bei Ermittlung des Barwerts einer ewigen Rente. Während bei einer ewigen Rente die laufenden Zahlungen bekannt sind und der Barwert der Rente ermittelt werden soll, verhält es sich bei der Periodisierung vorverausgabter Entgelte für zeitraumbezogene Leistungen genau umgekehrt. Das vorverausgabte Entgelt ist bekannt, gesucht ist die Höhe der laufenden Auflösungsbeträge. Ebenso wie der Barwert einer Rente hängt auch die Höhe der gesuchten Auflösungsbeträge für den Rechnungsabgrenzungsposten vom zugrunde gelegten Kalkulationszinsfuß ab. Je höher der Zinssatz angesetzt wird, desto niedriger wird der Barwert der Rente bzw. desto kürzer der Verteilungszeitraum:

Zins	Verteilungszeitraum
5,5	18
5	20
4	25

Der BFH²² hält einen Zeitraum von 25 Jahren für den maximalen Verteilungszeitraum.

4.4 Stellungnahme

Durch die Einführung des Tatbestandsmerkmals „bestimmte Zeit“ in die Definition des Rechnungsabgrenzungspostens sollte eine extensive Auslegung des Begriffes im Sinne der dynamischen Bilanzauffassung vermieden werden. Als der BFH begann, den Begriff weit auszulegen, wurde im Schrifttum²³ da-

14) Im Hinblick auf die Möglichkeit von außerplanmäßigen Abschreibungen, die nur auf Wirtschaftsgüter, nicht aber auf Rechnungsabgrenzungsposten zulässig sind, ergeben sich Unterschiede.

15) BFH v. 17. 7. 1980, IV R 10/76, BStBl. II 1981, 669.

16) BFH v. 24. 3. 1982, BStBl. II 1982, 643; Nichtanwendungserlaß: BMF-Schrb. v. 24. 3. 1982, BStBl. I 1982, 810.

17) BFH v. 22. 7. 1982, BStBl. II 1982, 655.

18) BFH v. 5. 4. 1984, IV R 96/82, DB 1984, 1603.

19) BFH v. 17. 9. 1987, BStBl. II 1988, 20.

20) Sarx/Fricke, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 250 HGB Anm. 21: „Bezüglich der ‚bestimmten Zeit‘ kann jedoch bei passiven Rechnungsabgrenzungsposten eine erweiternde Auslegung in Frage kommen.“

21) BFH v. 17. 10. 1968, BStBl. II 1969, 180; v. 24. 3. 1982, BStBl. II 1982, 643.

22) BFH v. 17. 10. 1968, BStBl. II 1969, 180.

23) Vgl. z. B. Bordenwin, Rechnungsabgrenzungsposten: Wohin geht die Entwicklung?, DStZ 1982, 463 ff.

AUFSATZ

her sofort der Vorwurf erhoben, es liege ein Rückfall in die dynamische Bilanzauffassung vor. Die Finanzverwaltung²⁴ begegnete der Entscheidung des BFH zur Periodisierungspflicht bei zeitlich unbegrenzter Leistungspflicht mit einem Nichtanwendungserlaß. Diese Kritik ist m. E. unberechtigt.

Durch die engere Definition der Rechnungsabgrenzungsposten sollte lediglich verhindert werden, daß z. B. Forschungs- und Werbekosten (sog. transitorische Rechnungsabgrenzungsposten im weiteren Sinne) aktiviert werden können. Nach der dynamischen Bilanzauffassung ist eine Aktivierung derartiger Aufwendungen nämlich im Hinblick auf ihre ertragsteigernde Zukunftswirkung geboten. Durch die weite Auslegung des Merkmals der Zeitbestimmtheit wird die Aktivierung derartiger Kosten nicht ermöglicht. Denn bei Forschungs- und Werbekosten handelt es sich in keinem Fall um Entgelt für eine zeitraumbezogene Gegenleistung. Der bloße sachliche Zusammenhang mit zukünftigen Umsätzen schafft den erforderlichen Zeitraumbezug nicht. Forschungs- und Werbeaufwendungen werden auch bei weiter Auslegung des Merkmals der bestimmten Zeit nicht periodisierungsfähig. Die Gefahr einer Aktivierungswelle besteht also nicht.

4.5 Ergebnis

Durch die von der herrschenden Meinung im Schrifttum vertretene enge Auslegung wird eine m. E. wünschenswerte Gleichbehandlung von Vorauszahlungen, die im Rahmen von Dauerrechtsverhältnissen geleistet werden, verhindert. Die weite Auslegung des Zeitbestimmtheitskriteriums dient dem Zweck, die einheitliche Behandlung von Vorleistungen für zeitraumbezogene Gegenleistungen zu ermöglichen. Die Rechtsprechung hat sich über den insoweit einengenden Wortlaut des Gesetzes bereits hinweggesetzt, während die Finanzverwaltung noch zögert, der weiten Auslegung zu folgen. M. E. bedarf die Definition der Rechnungsabgrenzungsposten einer redaktionellen Überarbeitung im folgenden Sinne:

„Als Rechnungsabgrenzungsposten sind auf der Aktivseite Ausgaben vor dem Abschlußstichtag auszuweisen, soweit sie Aufwand für eine nach diesem Tag zu beanspruchende zeitraumbezogene Gegenleistung darstellen.“

Als Rechnungsabgrenzungsposten sind auf der Passivseite Einnahmen vor dem Abschlußstichtag auszuweisen, soweit sie Ertrag für eine nach diesem Tag zu erbringende zeitraumbezogene Gegenleistung darstellen.“

Eine Sonderregelung für das Disagio ist nicht erforderlich. Das Aktivierungswahlrecht für Zölle, Verbrauchsteuern und Umsatzsteuer auf Anzahlungen sollte als Bilanzierungshilfe verstanden und entsprechend gesondert ausgewiesen werden.

6. Kreis der abgrenzungspflichtigen Ausgaben

6.1 Nebenleistungen an den Vertragspartner

Handelsrechtlich ist umstritten, ob neben dem eigentlichen Entgelt auch andere Nebenleistungen abgrenzungspflichtig sind, sofern sie an den Vertragspartner fließen (z. B. Kreditbearbeitungsgebühren). Im Kommentar von Küting/Weber²⁵ wird die Einbeziehung unter Hinweis auf Biener/Berneke²⁶ abgelehnt. Als Begründung wird auf den „Einmalcharakter“ derartiger Zahlungen verwiesen.

Dieser Begründung könnte man für den Fall folgen, daß die Gebühren unabhängig vom Zustandekommen des Vertrages erhoben werden. Das wird aber der Ausnahmefall sein. Im

Normalfall entstehen die Ausgaben nur beim Zustandekommen eines Vertrages. Eine Bank, die für die Abgabe eines Kreditangebots eine Bearbeitungsgebühr verlangen würde, wäre wohl nicht lange im Geschäft. Wenn aber die Bearbeitungs- und anderen einmaligen Gebühren nur für den Fall des Vertragsabschlusses erhoben werden, sind sie ebenso Entgelt für die Nutzungsüberlassung wie Zins und Disagio. M. E. ist daher handelsrechtlich von einer Abgrenzungspflicht auszugehen.

Nach der Rechtsprechung des BFH²⁷ können sogar einmalige Zahlungen, die an Dritte geleistet werden, abgrenzungspflichtig sein. Voraussetzung ist allerdings, daß der Vertragspartner durch die Zahlung einen besonderen Vermögensvorteil erlangt. Dies wird z. B. für Erschließungskosten angenommen, die ein Erbbauberechtigter getragen hat. Der Erbbauberechtigte hat die Ausgaben aktiv abzugrenzen. Beim Grundstückseigentümer liegen nachträgliche Anschaffungskosten auf den Grund und Boden vor. Die Erhöhung des Vermögens ist durch Bildung eines passiven Rechnungsabgrenzungspostens zu neutralisieren²⁸.

6.2 Nebenleistungen an Dritte

Zahlungen an Dritte, die zu keiner Vermögensmehrung beim sachleistungsverpflichteten Vertragspartner führen, dürfen nicht abgegrenzt werden. Es handelt sich also stets um sofort abzugsfähige Betriebsausgaben.

Beispiele:

(1) Vermittlungsprovisionen, die für das Zustandekommen des Dauerrechtsverhältnisses gezahlt werden.

(2) Beurkundungsgebühren.

Das gilt auch dann, wenn diese Ausgaben als Auslagensatz an den Vertragspartner geleistet werden²⁹.

Durchbrochen werden diese Grundsätze im Falle der Einräumung von Nutzungsrechten. Hier sollen die im Zusammenhang mit der Einräumung des Nutzungsrechts anfallenden einmaligen Ausgaben (Beurkundungskosten, Grundbucheintragung, Grunderwerbsteuer, Maklergebühren) aktivierungspflichtig sein. Der BFH³⁰ verlangt in diesen Fällen die Aktivierung allerdings nicht als Rechnungsabgrenzungsposten, sondern unter dem Gesichtspunkt von Anschaffungskosten eines Wirtschaftsgutes Nutzungsrecht. Ist es nicht merkwürdig, daß das angebliche Wirtschaftsgut Nutzungsrecht zwar über Anschaffungsnebenkosten verfügen soll, nicht aber über einen Anschaffungspreis? Denn der Anschaffungspreis soll ja, wenn er als Vorauszahlung geleistet wird, aktiv abgegrenzt werden. M. E. sind die angeblichen Anschaffungsnebenkosten sofort abzugsfähige Betriebsausgaben. Die Vorstellung, eine Nutzungsüberlassung müsse bilanzrechtlich teilweise als Dauerrechtsverhältnis nach eigenständigen Grundsätzen und teilweise als Anschaffungsgeschäft behandelt werden (sog. Dualität³¹), ist abzulehnen.

24) BMF-Schrb. v. 24. 3. 1982, BStBl. I 1982, 810.

25) Vgl. Küting/Weber-Trützschler, § 250 HGB Anm. 73.

26) Biener/Berneke, 1986, 83.

27) BFH v. 20. 11. 1980, IV R 126/78, BStBl. II 1981, 398.

28) Buchung: per Grundstück an passiver RAP.

29) BFH v. 19. 1. 1978, BStBl. II 1978, 262; Beurkundungsgebühren.

30) BFH v. 11. 10. 1983, BStBl. II 1984, 267; BFH v. 26. 1. 1988, IX R 150/86 (Rev. als unbegründet zurückgewiesen); zur Kritik vgl. Verf., Zur Behandlung der Grunderwerbsteuer als Teil der Anschaffungskosten eines Erbbaurechts, DStR 1988, 671 f.

31) So Schmidt/Glanegger, 9. Aufl., München 1990, § 6 EStG Anm. 34, „Erbbaurecht“.

AUFSATZ

7. Degressive Auflösung von Rechnungsabgrenzungsposten

Die Fragestellung wurde bei Leasinggesellschaften akut. Hier hat sowohl der Leasinggeber als auch der Leasingnehmer ein Interesse daran, daß die Auflösungsbeträge am Anfang höher sind als in späteren Jahren. Für den Leasingnehmer kommt es dadurch zu einer steuerlich vorteilhaften Aufwandsvorverlagerung. Beim Leasinggeber werden die am Anfang besonders hohen Aufwendungen (degressive AfA, höherer Zinsaufwand) besser kompensiert. Das IdW³² hält eine derartige degressive Auflösung der Rechnungsabgrenzungsposten für zulässig, wenn sie dem Kostenverlauf entspricht.

Der BFH³³ lehnt eine degressive Auflösung ab. Er orientiert sich nicht am Kostenverlauf, sondern an Art und Umfang der zu erbringenden Sachleistung:

„Auch sind die Leistungen des Leasing-Gebers (Überlassung des Lager- und Verwaltungsgebäudes zur Nutzung) grundsätzlich in jedem Jahr der 20jährigen Grundmietzeit von gleicher Art und gleichem Umfang und damit auch rechtlich und wirtschaftlich gleichwertig. Die Vorentscheidung hat insoweit zu Recht ausgeführt, es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, daß Umfang und Wert der vom Leasing-Geber

geschuldeten Nutzungsüberlassung während der Grundmietzeit nachlassen.“

Der Art nach besteht die Sachleistung in einem dauernden Verhalten, nämlich dem Dulden der Nutzung der Gebäude. Daraus ergibt sich der Zwang zu einer linearen Auflösung des Abgrenzungspostens. Eine degressive Auflösung gestattet der BFH nur, wenn die Sachleistung im Umfang abnimmt. Der einzige mir bekannte Fall dieser Art ist das Tilgungsdarlehen. Durch die laufenden Tilgungsleistungen nimmt der Umfang der Sachleistung ständig ab. Deshalb darf ein Disagio degressiv aufgelöst werden.

Der Versuch von Leasinggesellschaften, das Problem dadurch zu umgehen, daß degressive Leasingraten vereinbart wurden, schlug fehl. Der BFH³⁴ verlangt eine gleichmäßige Verteilung des Nutzungsentgelts. Die überhöhten Leasingraten am Anfang der Leasingdauer werden wie Vorauszahlungen behandelt, d. h. durch Aktivierung als Rechnungsabgrenzungsposten neutralisiert.

32) HFA 1/1989, WPg 1989, 625.

33) BFH v. 12. 8. 1982, BStBl. II 1982, 696 (699 Tz. b).

34) BFH v. 12. 8. 1982, BStBl. II 1982, 696.

BERUF

BERUFSHAFTPFLICHT

Kein Haftpflicht-Versicherungsschutz für Steuerberater bei Schadensverursachung aufgrund wissentlich verheimlichter Provisionsaussicht

Der subjektive Risikoausschluß des § 4 Nr. 6 Satz 1 AVB-WB umfaßt – unabhängig davon, ob sich über eine verheimlichte Provisionsaussicht hinaus weitere wissentliche Pflichtverstöße feststellen lassen – auch den Fall, daß die wissentlich verheimlichte Provisionsaussicht Ursache dafür ist, daß ein Steuerberater seinen Mandanten unzureichend berät, so daß dieser eine ihn schließlich schädigende Geldanlageentscheidung trifft. Dieser Risikoausschluß hält einer Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG stand. (Leitsatz des Senats)

BGH-Urt. v. 26. 9. 1990, IV ZR 147/89

Sachverhalt:

Die Kl. nehmen die bekl. Haftpflichtversicherung aus abgetretenem Recht des Herrn K auf Entschädigung aus der Berufshaftpflichtversicherung des in Konkurs gefallenen Steuerberaters und Versicherungsnehmers S im Wege abgesonderter Befriedigung in Anspruch.

Dem Vertrag mit der Bekl. zugrunde lagen die Allgemeinen Bedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Angehörigen der wirtschaftsprüfenden sowie wirtschafts- und steuerberatenden Berufe (AVB-WB) und die Besonderen Bedingungen und Risikobeschreibungen zur Vermögens-Haftpflichtversicherung für Steuerberater, Steuerbevollmächtigte und Steuerberatungsgesellschaften (BB).

Im Dezember 1980 empfahl der S seinem Mandanten K, um dessen Steuerlast zu verringern, die Beteiligung an dem Projekt „Eislaufcenter“; das Center sollte im Bauherrenmodell von einer Abschreibungsgesellschaft errichtet werden. Die steuerliche Konzeption des Projektes stand nicht im Einklang mit den Richtlinien der sog. Bauherrenerrasse. K leistete eine Einlage i. H. v. 126000 DM, S erhielt von der Initiatorin des Projektes eine Provision, ohne dies K zu offenbaren. Das Projekt schlug fehl, K verlor seine Einlage. Im Juni 1985 wurde über das Vermögen des S der Konkurs eröffnet; der von K angemeldete Schadenersatzanspruch i. H. v. 126000 DM ist am 11. 10. 1985 zur Konkurstabelle

festgestellt worden. Unter dem 9. 4. 1986 lehnte die Bekl. nach vorangegangener Korrespondenz gegenüber K eine Schadensregulierung endgültig ab. Nach Abtretung des Schadenersatzanspruchs an die Kl. machen sie geltend, S hätte das Projekt auf Übereinstimmung mit dem sog. 2. Bauherrenerrasse überprüfen und seinen Mandanten darauf hinweisen müssen, daß nach der ständigen Praxis der Finanzverwaltung eine Anerkennung der Kosten als Werbungskosten im prospektierten Umfang mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auszuschließen gewesen sei. Der Verlust der Einlage des Herrn K sei darauf zurückzuführen, daß das Bauherrenmodell von vornherein nicht habe funktionieren können. Es habe auch die Pflicht des S bestanden, auf die nicht transparente Verflechtung der verschiedenen Funktionsträger hinzuweisen, die letztlich alle in einer Person zusammengelaufen seien. Bei ordnungsgemäßer Beratung wäre K nicht zu einer Anteilszeichnung bereit gewesen. Klage und Berufung der Kl. sind erfolglos geblieben. Die Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

... Die Revision bekämpft die Ansicht des Berufungsgerichts, eine Bindung der Bekl. an das in der Feststellung zur Konkurstabelle liegende Anerkenntnis des Konkursverwalters sei nicht eingetreten. Mit dieser Rüge vermag die Revision eine Aufhebung des Berufungsurteils nicht zu erreichen. Zutreffend weist die Bekl. darauf hin, daß eine Bindung an die Feststellung zur Konkurstabelle ihr versicherungsrechtliche Einwendungen nicht abschneiden würde. Da die Feststellung eines Schadenersatzanspruches zur Konkurstabelle auch nichts darüber besagt, in welcher Schuldform (vorsätzlich oder fahrlässig) der Gemeinschuldner sich ersatzpflichtig gemacht hat, kann sich die Bekl. (auch) uneingeschränkt auf den allein vom Berufungsgericht erörterten Risikoausschluß des § 4 Nr. 6 Satz 1 AVB-WB berufen. Er lautet:

„Der Versicherungsschutz bezieht sich nicht auf Haftpflichtansprüche...“

6. wegen Schadensverursachung durch wissentliches Abweichen von Gesetz, Vorschrift, Anweisung oder Bedingung des Auftraggebers oder durch sonstige wissentliche Pflichtverletzung.“