

# newsletter+++new

Ausgabe  
06.2009

**Erkens Gerow Schmitz Zeiss**

Wirtschaftsprüfer | Steuerberater | Rechtsanwälte

# +++newsletter+++

## Termine Juni 2009

Bitte beachten Sie die folgenden Termine, zu denen die Steuern fällig werden:

Steuerart	Fälligkeit	Ende der Schonfrist bei Zahlung durch	
		Überweisung <sup>1</sup>	Scheck <sup>2</sup>
Lohnsteuer, Kirchensteuer, Solidaritätszuschlag <sup>3</sup>	10.6.2009	15.6.2009	5.6.2009
Kapitalertragsteuer, Solidaritätszuschlag	Ab dem 1.1.2005 ist die Kapitalertragsteuer sowie der darauf entfallende Solidaritätszuschlag zeitgleich mit einer Gewinnausschüttung an den Anteilseigner an das zuständige Finanzamt abzuführen.		
Einkommensteuer, Kirchensteuer, Solidaritätszuschlag	10.6.2009	15.6.2009	5.6.2009
Körperschaftsteuer, Solidaritätszuschlag	10.6.2009	15.6.2009	5.6.2009
Umsatzsteuer <sup>4</sup>	10.6.2009	15.6.2009	5.6.2009
Sozialversicherung <sup>5</sup>	26.6.2009	entfällt	entfällt

<sup>1</sup> Umsatzsteuervoranmeldungen und Lohnsteueranmeldungen müssen grundsätzlich bis zum 10. des dem Anmeldungszeitraum folgenden Monats (auf elektronischem Weg) abgegeben werden. Fällt der 10. auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag, ist der nächste Werktag der Stichtag. Bei einer Säumnis der Zahlung bis zu drei Tagen werden keine Säumniszuschläge erhoben. Eine Überweisung muss so frühzeitig erfolgen, dass die Wertstellung auf dem Konto des Finanzamts am Tag der Fälligkeit erfolgt.

<sup>2</sup> Bei Zahlung durch Scheck ist zu beachten, dass die Zahlung erst drei Tage nach Eingang des Schecks beim Finanzamt als erfolgt gilt. Es sollte stattdessen eine Einzugsermächtigung erteilt werden.

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

<sup>4</sup> Für den abgelaufenen Monat; bei Dauerfristverlängerung für den vorletzten Monat.

<sup>5</sup> Die Fälligkeitsregelungen der Sozialversicherungsbeiträge sind einheitlich auf den drittletzten Bankarbeitstag des laufenden Monats vorgezogen worden. Um Säumniszuschläge zu vermeiden, empfiehlt sich das Lastschriftverfahren. Bei allen Krankenkassen gilt ein einheitlicher Abgabetermin für die Beitragsnachweise. Diese müssen bis spätestens zwei Arbeitstage vor Fälligkeit (d. h. am 24.6.2009) an die jeweilige Einzugsstelle übermittelt werden. Wird die Lohnbuchführung durch extern Beauftragte erledigt, sollten die Lohn- und Gehaltsdaten etwa 10 Tage vor dem Fälligkeitstermin an den Beauftragten übermittelt werden. Dies gilt insbesondere, wenn die Fälligkeit auf einen Montag oder auf einen Tag nach Feiertagen fällt.

## Termine Juli 2009

Bitte beachten Sie die folgenden Termine, zu denen die Steuern fällig werden:

Steuerart	Fälligkeit	Ende der Schonfrist bei Zahlung durch	
		Überweisung <sup>1</sup>	Scheck <sup>2</sup>
Lohnsteuer, Kirchensteuer, Solidaritätszuschlag <sup>3</sup>	10.7.2009	13.7.2009	7.7.2009
Kapitalertragsteuer, Solidaritätszuschlag	Ab dem 1.1.2005 ist die Kapitalertragsteuer sowie der darauf entfallende Solidaritätszuschlag zeitgleich mit einer erfolgten Gewinnausschüttung an den Anteilseigner an das zuständige Finanzamt abzuführen.		
Umsatzsteuer <sup>4</sup>	10.7.2009	13.7.2009	7.7.2009
Sozialversicherung <sup>5</sup>	29.7.2009	entfällt	entfällt

- 1 Umsatzsteuervoranmeldungen und Lohnsteueranmeldungen müssen grundsätzlich bis zum 10. des dem Anmeldezeitraum folgenden Monats (auf elektronischem Weg) abgegeben werden. Fällt der 10. auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag, ist der nächste Werktag der Stichtag. Bei einer Säumnis der Zahlung bis zu drei Tagen werden keine Säumniszuschläge erhoben. Eine Überweisung muss so frühzeitig erfolgen, dass die Wertstellung auf dem Konto des Finanzamts am Tag der Fälligkeit erfolgt.
- 2 Bei Zahlung durch Scheck ist zu beachten, dass die Zahlung erst drei Tage nach Eingang des Schecks beim Finanzamt als erfolgt gilt. Es sollte stattdessen eine Einzugsermächtigung erteilt werden.
- 3 Für den abgelaufenen Monat, bei Vierteljahreszahlern für das abgelaufene Kalendervierteljahr.
- 4 Für den abgelaufenen Monat; bei Dauerfristverlängerung für den vorletzten Monat, bei Vierteljahreszahlern ohne Fristverlängerung für das abgelaufene Kalendervierteljahr.
- 5 Die Fälligkeitsregelungen der Sozialversicherungsbeiträge sind einheitlich auf den drittletzten Bankarbeitstag des laufenden Monats vorgezogen worden. Um Säumniszuschläge zu vermeiden, empfiehlt sich das Lastschriftverfahren. Bei allen Krankenkassen gilt ein einheitlicher Abgabetermin für die Beitragsnachweise. Diese müssen dann bis spätestens zwei Arbeitstage vor Fälligkeit (d. h. am 27.7.2009) an die jeweilige Einzugsstelle übermittelt werden. Wird die Lohnbuchführung durch extern Beauftragte erledigt, sollten die Lohn- und Gehaltsdaten etwa 10 Tage vor dem Fälligkeitstermin an den Beauftragten übermittelt werden. Dies gilt insbesondere, wenn die Fälligkeit auf einen Montag oder auf einen Tag nach Feiertagen fällt.

### Zahlungsverzug: Höhe der Verzugszinsen

Der Gläubiger kann nach dem Eintritt der Fälligkeit seines Anspruchs den Schuldner durch eine Mahnung in Verzug setzen. Der Mahnung gleichgestellt sind die Klageerhebung sowie der Mahnbescheid.

Einer Mahnung bedarf es nicht, wenn

- für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist,
- die Leistung an ein vorausgehendes Ereignis anknüpft,
- der Schuldner die Leistung verweigert,
- besondere Gründe den sofortigen Eintritt des Verzugs rechtfertigen.

Bei Entgeltforderungen tritt Verzug spätestens 30 Tage nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung ein; dies gilt gegenüber einem Schuldner, der Verbraucher ist, allerdings nur, wenn hierauf in der Rechnung besonders hingewiesen wurde.

Im Streitfall muss allerdings der Gläubiger den Zugang der Rechnung (nötigenfalls auch den darauf enthaltenen Verbraucherhinweis) bzw. den Zugang der Mahnung beweisen.

Während des Verzugs ist eine Geldschuld zu verzinsen. Der Verzugszinssatz beträgt für das Jahr fünf Prozentpunkte bzw. für Rechtsgeschäfte, an denen Verbraucher nicht beteiligt sind, acht Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.

Der Basiszinssatz verändert sich zum 1. Januar und 1. Juli eines jeden Jahres um die Prozentpunkte, um welche die Bezugsgröße seit der letzten Veränderung des Basiszinssatzes gestiegen oder gefallen ist. Bezugsgröße ist der Zinssatz für die jüngste Hauptrefinanzierungsoperation der Europäischen Zentralbank vor dem ersten Kalendertag des betreffenden Halbjahres.

Aktuelle Basis- bzw. Verzugszinssätze ab 1.1.2007:

Zeitraum	Basiszinssatz	Verzugszinssatz	Verzugszinssatz für Rechtsgeschäfte ohne Verbraucherbeteiligung
1.1. bis 30.6.2007	2,70 %	7,70 %	10,70 %
1.7. bis 31.12.2007	3,19 %	8,19 %	11,19 %
1.1. bis 30.6.2008	3,32 %	8,32 %	11,32 %
1.7. bis 31.12.2008	3,19 %	8,19 %	11,19 %
1.1. bis 30.6.2009	1,62 %	6,62 %	9,62 %

### Bankgeheimnis erlaubt keine systematische Sammlung von Kundendaten zur Abfassung von Kontrollmitteilungen

Trotz des Bankgeheimnisses dürfen im Rahmen einer Außenprüfung bei Banken Kontrollmitteilungen erstellt werden. Jedoch sind nach einem Urteil des Bundesfinanzhofs Besonderheiten zu beachten.

Kontrollmitteilungen bei nicht legitimationsgeprüften Konten oder Depots sind ohne besonderen Anlass zulässig. Dazu gehören auch bankinterne Aufwandskonten. Betreffen allerdings Belege zu diesen Aufwandskonten legitimationsgeprüfte Konten oder Depots, genießen diese Kontenbewegungen zunächst den Schutz des Bankgeheimnisses. Der Schutz gilt, bis ein hinreichender Anlass für eine Kontrollmitteilung besteht. Hinreichend ist der Anlass, wenn das zu prüfende Bankgeschäft Auffälligkeiten aufweist. Dabei kann es sich um aus dem Kreis der alltäglichen und banküblichen Geschäfte herausragende Auffälligkeiten handeln oder um Geschäfte, die auf eine für eine Steuerhinterziehung besonders anfällige Art abgewickelt wurden.

Ein Generalverdacht der Steuerunehrlichkeit gegen Bezieher von Kapitaleinnahmen anstelle eines hinreichenden Anlasses reicht für die Anfertigung von Kontrollmitteilungen nicht aus.

### **Keine Anrechnung spanischer Erbschaftsteuer auf die deutsche Erbschaftsteuer beim Erwerb von Kapitalforderungen**

Auf Vorlage des Bundesfinanzhofs hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass nach europäischem Recht die bei Vererbung von Kapitalvermögen angefallene spanische Erbschaftsteuer nicht auf die wegen desselben Kapitalvermögens angefallene deutsche Erbschaftsteuer angerechnet werden muss.

In dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Fall bestand das Erbe im Wesentlichen aus Kapitalvermögen, welches teils in Deutschland und teils in Spanien angelegt war. Alleinerbin und Erblasserin hatten ihren Wohnsitz in Deutschland. Das Finanzamt setzte die deutsche Erbschaftsteuer unter Einbeziehung des in Spanien angelegten Kapitalvermögens fest und berücksichtigte die auf das spanische Kapitalvermögen angefallene spanische Erbschaftsteuer lediglich als Nachlassverbindlichkeit. Die Erbin wollte die spanische Erbschaftsteuer jedoch nicht nur von der Bemessungsgrundlage bei der Berechnung der deutschen Erbschaftsteuer abziehen, sondern die spanische Erbschaftsteuer auf die deutsche Erbschaftsteuer anrechnen.

Der Europäische Gerichtshof sieht in der Doppelbelastung mit Erbschaftsteuer keinen Verstoß gegen das EU-Recht. Mangels Harmonisierung seien die Mitgliedstaaten beim gegenwärtigen Entwicklungsstand des Gemeinschaftsrechts nicht verpflichtet, ihr eigenes Steuersystem den verschiedenen Steuersystemen der anderen Mitgliedstaaten so anzupassen, dass keine Doppelbesteuerung stattfindet. Abschließend muss der Bundesfinanzhof entscheiden.

### **Aufzeichnungen für Einnahmen-Überschuss-Rechnung müssen klar und vollständig sein**

Ermittelt ein Selbstständiger seinen Gewinn durch eine Einnahmen-Überschuss-Rechnung, wird der Gewinn (Überschuss) durch eine Gegenüberstellung der Betriebseinnahmen und Betriebsausgaben ermittelt. Aufzuzeichnen sind - bis auf einige Besonderheiten - grundsätzlich nur die vereinnahmten Betriebseinnahmen und die verausgabten Betriebsausgaben.

Das Finanzgericht des Saarlandes hat entschieden, dass diese Aufzeichnungen so klar und vollständig sein müssen, dass sie einem sachverständigen Dritten den Umfang der Einnahmen und Ausgaben in einem vertretbaren Zeitrahmen plausibel machen.

Im Urteilsfall hatte ein Arzt die EDV-mäßig erfassten Rechnungsausgänge an seine Privatpatienten nach Bezahlung gelöscht. Verweisen konnte er nur auf seine Aufzeichnungen in der Patientenkartei. Das Gericht entschied, dass dies nicht einer geordneten Rechnungslegung entsprach und akzeptierte die Hinzuschätzungen des Finanzamts. Dass die gelöschten Daten auf der Festplatte rekonstruierbar gewesen sein könnten, ändere an der Hinzuschätzungsbefugnis nichts. Ein Datenverlust gehe regelmäßig zu Lasten des Selbstständigen.

Der Bundesfinanzhof muss endgültig entscheiden.

### **Bei Vortrags- bzw. Lehrtätigkeit bildet das häusliche Arbeitszimmer nicht den Mittelpunkt der gesamten beruflichen Tätigkeit**

Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer sowie die Kosten der Ausstattung sind nur dann als Betriebsausgaben oder Werbungskosten abzugsfähig, wenn das Arbeitszimmer den Mittelpunkt der gesamten betrieblichen und beruflichen Tätigkeit bildet. Die Frage, ob der Mittelpunkt der Berufstätigkeit im häuslichen Arbeitszimmer liegt, richtet sich danach, ob dort qualitativ - und nicht quantitativ (zeitbezogen) - betrachtet die den jeweiligen Beruf prägenden Arbeiten erledigt werden.

Das Finanzgericht Köln hat entschieden, dass bei einer Vortrags- bzw. Lehrtätigkeit das häusliche Arbeitszimmer nicht den qualitativen Tätigkeitsmittelpunkt bildet. Der qualitative Tätigkeitschwerpunkt liegt demnach dort, wo die jeweiligen Vorträge bzw. Lehrveranstaltungen tatsächlich abgehalten werden. Vorbereitende Arbeiten und die Zusammenstellung von Unterrichtsmaterialien bzw. Vortragsunterlagen im häuslichen Arbeitszimmer sind für eine Lehr- bzw. Vortragstätigkeit nicht prägend.

Der Bundesfinanzhof muss abschließend entscheiden.

### ***Beiträge zur Instandsetzungsrücklage sind nicht sofort abziehbar***

Ein Wohnungseigentümer machte die von ihm geleisteten Beiträge zur Instandsetzungsrücklage als sofort abziehbare Werbungskosten geltend.

Der Bundesfinanzhof lehnte dies ab und verwies dazu auf die ständige Rechtsprechung. Erst im Zeitpunkt der Verausgabung der angesammelten Rücklagen könne beurteilt werden, ob diese für Erhaltungsaufwendungen verausgabt worden seien und damit zu sofort abziehbaren Werbungskosten führen. Es bestehe auch die Möglichkeit, dass die aus Rücklagen entnommenen Beträge als Herstellungskosten zu beurteilen sind, die nur im Wege der Abschreibung geltend gemacht werden können.

**Hinweis:** In den Abrechnungen der Verwalter werden die Aufwendungen, die aus Rücklagen getätigt worden sind, gesondert ausgewiesen. Aus diesem Grund ist es unerlässlich, für die Fertigung der Steuererklärungen dem Steuerberater sämtliche Verwalterabrechnungen einzureichen.

### ***Bewährungsauflagen zur Wiedergutmachung des durch die Tat verursachten Schadens können als Werbungskosten abgezogen werden***

Grundsätzlich sind in einem Strafverfahren festgesetzte Geldstrafen sowie weitere festgesetzte Leistungen steuerlich nicht abzugsfähig, weil der Strafcharakter überwiegt.

Nach einer Entscheidung des Bundesfinanzhofs kann eine Ausgleichszahlung an geschädigte Tatopfer, die ein Strafgericht dem Täter zur Wiedergutmachung des durch seine Tat verursachten Schadens auferlegt, als Werbungskosten oder Betriebsausgaben abgezogen werden.

Im entschiedenen Fall hatte der Arbeitgeber seinem wegen Preisabsprachen verurteilten Arbeitnehmer den zur Schadenswiedergutmachung zu zahlenden Betrag von 50.000 € erstattet. Der Arbeitnehmer setzte diesen Betrag sowohl als Einnahme als auch als Werbungskosten an. Das Finanzamt lehnte den Werbungskostenabzug ab.

### ***Depotgebühren können im Jahr 2008 als Werbungskosten angesetzt werden, wenn sie im Januar 2009 bezahlt worden sind***

Nach Einführung der Abgeltungsteuer zum 1.1.2009 können Depotgebühren und andere Kosten im Zusammenhang mit Einkünften aus Kapitalvermögen nicht mehr als Werbungskosten abgezogen werden. Diese Kosten werden von den Banken i. d. R. erst in der zweiten Januarhälfte 2009 in Rechnung gestellt.

Nach einem Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen können solche Aufwendungen noch im Jahr 2008 als Werbungskosten geltend gemacht werden, wenn die Zahlung bis zum 31. Januar 2009 erfolgt ist.

### ***Einkünfteerzielungsabsicht bei Grundstücken ist für jedes Objekt einzeln zu prüfen***

Ob bei der Vermietung einer Immobilie eine Einkünfteerzielungsabsicht besteht, ist grundsätzlich für jedes Objekt einzeln zu prüfen. Dies ergibt sich aus einer Entscheidung des Bundesfinanzhofs, der folgender Sachverhalt zu Grunde lag:

Der Käufer zweier nebeneinander liegender Grundstücke hatte den Kaufpreis von mehr als 1 Mio. DM fremd finanziert. Ein Grundstück war mit einem Einfamilienhaus bebaut, das andere unbebaut. Beide Objekte wurden mit einheitlichem Vertrag an einen Dritten vermietet. Durch den Abzug der Schuldzinsen ergaben sich Verluste aus Vermietung und Verpachtung in erheblicher Höhe. Das Finanzamt ließ nur die anteilig auf das bebaute Grundstück entfallenden Zinsen zum Abzug zu. Zu Recht, wie der Bundesfinanzhof bestätigt hat.

Werden mehrere Grundstücke vermietet, ist jede Tätigkeit für sich zu beurteilen. Das gilt auch, wenn mehrere Immobilien wegen eines einheitlichen Mietvertrags zusammen zur Nutzung überlassen werden. Auch die Tatsache, dass im konkreten Fall das unbebaute Grundstück etwa zehn Jahre nach dem Erwerb mit einem Mehrfamilienhaus bebaut wurde, änderte nichts an dieser Beurteilung. Der Entschluss zur Bebauung war in den Jahren der einheitlichen Vermietung beider Grundstücke nicht zu erkennen, so dass die Zinsen nicht als vorweggenommene Werbungskosten für das später vermietete Objekt berücksichtigt werden konnten.

## **Folgen der Unvollständigkeit eines Bescheids über den verbleibenden Verlustabzug**

Nach einem Urteil des Bundesfinanzhofs haben unterlassene Feststellungen in einem Bescheid über den verbleibenden Verlustabzug unterschiedliche Konsequenzen. Es kommt auf die Ursache an.

- Notwendige Feststellungen sind in einem Ergänzungsbescheid nachzuholen, soweit die Feststellung in einem Feststellungsbescheid unterblieben ist (lückenhafter Feststellungsbescheid).
- Hat das Finanzamt eine - wenn auch negative - Entscheidung getroffen, liegt kein unvollständiger Bescheid vor. In einem solchen Fall ist die ursprüngliche Feststellung nicht lückenhaft, sondern inhaltlich falsch. Es besteht keine Möglichkeit der Korrektur in einem Ergänzungsbescheid.

Ein Antrag auf Feststellung eines gewerblichen Veräußerungsverlustes durch Ergänzungsbescheid zu einem bereits bestandskräftigen Bescheid über den verbleibenden Verlustabzug wurde deshalb abgelehnt. In dem Bescheid waren nur Verlustvorträge aus Vermietungseinkünften und privaten Veräußerungsgeschäften festgestellt. Er enthielt den zusätzlichen Hinweis „lt. Einkommensteuerbescheid“. In dem Einkommensteuerbescheid waren die Einkünfte aus Gewerbebetrieb aber mit 0 € angesetzt.

## **Keine freiberuflichen Einkünfte einer Personengesellschaft bei mittelbarer Beteiligung eines Berufsfremden**

Ist an einer freiberuflich tätigen Personengesellschaft (Untergesellschaft) eine andere Personengesellschaft (Obergesellschaft) beteiligt, erzielt die Untergesellschaft nur dann Einkünfte aus freiberuflicher Tätigkeit, wenn auch sämtliche Gesellschafter der Obergesellschaft die Merkmale eines freien Berufs erfüllen.

Der Bundesfinanzhof hat sich mit dem Fall einer Ingenieurs-GbR befasst, an der eine Partnerschaftsgesellschaft beteiligt war. Diese bestand aus fünf Ingenieuren und einem Diplom-Kaufmann. Neben Leistungen, die in die Ingenieurleistungen der GbR gegenüber Auftraggebern einfließen, erbrachte die Obergesellschaft durch den Diplom-Kaufmann kaufmännische Arbeiten für die Untergesellschaft. Nach Auffassung des Finanzamts reichte das aus, um die gesamten Einkünfte der Ingenieurs-GbR gewerblich zu infizieren.

Der Bundesfinanzhof hat dies bestätigt. Nach Aussage des Gerichts kommt es in diesem Zusammenhang nicht darauf an, ob die Obergesellschaft selbst die Merkmale eines freien Berufs erfüllen kann. Voraussetzung ist allein, dass die Gesellschafter der Obergesellschaft als Freiberufler tätig werden können und dies auch durch eine Tätigkeit in der Untergesellschaft positiv erfüllen.

## **Nachholverbot für Pensionsrückstellung auch bei Berechnungsfehler**

Eine GmbH hatte einer Arbeitnehmerin eine Pension zugesagt. Die auf Grund des Gutachtens eines Sachverständigen ermittelte Rückstellung stellte die GmbH in die Bilanz des Jahres 1992 ein. Bei einer Betriebsprüfung wies der Prüfer darauf hin, dass die Rückstellung zu niedrig bemessen war, weil der Sachverständige bestimmte Positionen in seinem Gutachten nicht berücksichtigt hatte. Den Antrag der GmbH, die Rückstellung in der Bilanz 1998 um rd. 380.000 DM zu erhöhen, lehnte das Finanzamt ab.

Der Bundesfinanzhof verwies auf seine Rechtsprechung zum Nachholverbot und bestätigte die Auffassung des Finanzamts.

**Hinweis:** Unterlassene Zuführungen zu Pensionsrückstellungen aus Vorjahren dürfen steuerrechtlich nicht in einem späteren Jahr nachgeholt werden. Dies gilt auch, wenn dies aus Rechtsunkenntnis oder wegen Irrtums geschah. Bilanziell erfasst werden dürfen nur die Wertveränderungen zwischen dem letzten (noch nicht vorgenommenen) Bilanzausweis und dem Bilanzausweis in der folgenden, erstmals änderbaren Bilanz.

## **Pauschalbesteuerung von sog. schwarzen Fonds nicht mit EU-Recht vereinbar**

Von einem „schwarzen Fonds“ spricht man, wenn ein Investmentfonds nicht in Deutschland registriert ist und auch keinen inländischen steuerlichen Vertreter bestellt hat. Die zu versteuernden Erträge werden mit mindestens 6 % des letzten Rücknahmepreises pauschaliert, auch wenn sie tatsächlich niedriger waren oder Verluste erzielt worden sind.

Der Bundesfinanzhof hat entschieden, dass die Pauschalbesteuerung dann gegen europäisches Gemeinschaftsrecht verstößt, wenn der Fonds im EU-Gemeinschaftsgebiet registriert ist.

**Hinweis:** Kapitalanleger mit „schwarzen Fonds“ können die Besteuerung nach den Regeln für inländische Fonds beantragen. Dies gilt auch rückwirkend, soweit die Steuerbescheide noch nicht rechtskräftig sind.

## **Unangemessene Betriebsausgaben eines Arztes im Zusammenhang mit hochwertigen Fahrzeugen und Anwendung der 1 %-Regelung**

Betriebsausgaben dürfen den Gewinn nicht mindern, wenn sie die Lebensführung des Selbstständigen oder anderer Personen berühren, soweit sie nach allgemeiner Verkehrsauffassung als unangemessen anzusehen sind. Häufigster Anwendungsfall für diese Vorschrift sind die Anschaffungskosten für Kraftfahrzeuge. Unangemessenheit kann sich dann ergeben, wenn kein besonderes Repräsentationsbedürfnis besteht und sich die Anschaffung eines teuren PKW nicht auf den geschäftlichen Erfolg auswirkt.

Das Finanzgericht des Saarlandes hat entschieden, dass Aufwendungen eines praktischen Arztes für zwei hochwertige Fahrzeuge unangemessen sind, soweit die Anschaffungskosten 100.000 DM (Streitjahre 1995 bis 1997) pro Fahrzeug übersteigen. Die Abschreibung darf nur in Höhe des angemessenen Teils den Gewinn mindern.

Beispiel: Ein Arzt erwirbt einen PKW für 75.000 €. Angemessen wäre eine Investition von 50.000 €. Die AfA in Höhe von 12.500 € (Nutzungsdauer sechs Jahre) darf den Gewinn nur in Höhe von 8.333 € mindern. Der unangemessene Betrag von 4.167 € ist dem Gewinn außerhalb der Gewinnermittlung hinzuzurechnen.

Im Urteilsfall nutzte der Arzt beide Fahrzeuge auch für private Zwecke. Da keine ordnungsgemäßen Fahrtenbücher geführt wurden, war für beide Fahrzeuge die 1 %-Regelung anzuwenden. Die Berechnung ist auf der Grundlage der tatsächlichen Anschaffungskosten der Fahrzeuge und nicht auf der Grundlage der angemessenen Anschaffungskosten vorzunehmen.

Der Bundesfinanzhof muss die endgültige Entscheidung treffen.

## **Veräußerungsverluste aus gewerblichem Grundstückshandel können nur im Jahr ihrer Entstehung geltend gemacht werden**

Ein Grundstückseigentümer erzielte über Jahre Verluste aus dem Verkauf von Mietobjekten in Millionenhöhe, die er nicht geltend machte, weil er nicht von einem gewerblichen Grundstückshandel ausging. Er erklärte lediglich laufende Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung. Zum 1.1.94 überreichte er dem Finanzamt eine Eröffnungsbilanz und teilte mit, dass er seit Jahren gewerblichen Grundstückshandel betreibe. Darlehnsverbindlichkeiten, die aus Verlusten der Vorjahre resultierten, hatte er dabei nicht passiviert. Erst in die Bilanz zum 31.12.94 buchte er sie gewinnmindernd ein und versuchte so, die Veräußerungsverluste 1994 geltend zu machen.

Der Bundesfinanzhof erkannte diese Handhabung nicht an, weil die Darlehnsverbindlichkeiten schon in der Eröffnungsbilanz zum 1.1.94 hätten passiviert werden müssen.

## **Verlängerung des Anspruchs auf Kindergeld wegen Ableistung des Wehrdienstes**

Der Kindergeldanspruch für in Ausbildung befindliche Kinder endet grundsätzlich mit Vollendung des 25. Lebensjahres (früher 27. Lebensjahr). Der Bezugszeitraum verlängert sich ausnahmsweise um die Dauer eines abgeleisteten gesetzlichen Grundwehr- oder Zivildienstes. Der Verlängerungszeitraum verkürzt sich nicht dadurch, dass der Wehr- oder Ersatzdienst nicht am Monatsersten angetreten und deshalb für den Monat des Dienstantritts noch Kindergeld bezogen wurde.

Nach Ansicht des Bundesfinanzhofs entspricht die gegenteilige Auffassung der Finanzverwaltung nicht den gesetzlichen Grundlagen.

## **Waisenrente als Einkünfte und Bezüge eines Kindes**

Eine Waisenrente ist bei der Ermittlung der kindergeldschädlichen Einkünfte mit zu berücksichtigen, wie der Bundesfinanzhof noch einmal bestätigt hat. Die Rente ist mit dem Ertragsanteil (abzüglich Werbungskosten) und mit dem Kapitalanteil (abzüglich Kostenpauschale) anzusetzen. An dieser Handhabung ändert auch die Tatsache nichts, dass solche Renten Unterhaltersatzfunktion haben.

Mit diesem Argument hatte sich die Mutter eines volljährigen Halbweises gegen einen ablehnenden Bescheid der Kindergeldkasse gewandt. Der Ansatz der Waisenrente neben der Ausbildungsvergütung führte dazu, dass die maßgeblichen Grenzbeträge überschritten wurden.

## **Verlust des gewerbsteuerlichen Verlustvortrags bei Wechsel in der Art der Beteiligung**

Scheidet ein atypisch stiller Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, geht der gewerbsteuerliche Verlustvortrag verloren, soweit der Fehlbetrag auf den ausscheidenden Gesellschafter entfällt. Dies gilt nach Auffassung des Bundesfinanzhofs auch dann, wenn der Ausscheidende über eine andere

Personengesellschaft (Obergesellschaft) mittelbar weiterhin als atypischer Gesellschafter an der Untergesellschaft beteiligt ist.

Der Bundesfinanzhof erläutert in der hierzu ergangenen Entscheidung noch einmal die in diesem Zusammenhang wesentlichen Begriffe „Unternehmeridentität“ und „Unternehmensidentität“. Bei einer Personengesellschaft sind die Gesellschafter, soweit sie Mitunternehmerisiko tragen und Mitunternehmerinitiative ausüben, die Unternehmer des Betriebs. Beim Ausscheiden von Gesellschaftern aus einer Personengesellschaft geht der Verlustvortrag anteilig verloren, soweit der Fehlbetrag auf den ausscheidenden Gesellschafter entfällt. Das gilt auch bei einer atypisch stillen Gesellschaft und beim Wechsel von einer unmittelbaren in eine mittelbare Beteiligung. Eine Unternehmeridentität bleibt dagegen z. B. dann bestehen, wenn bei der Obergesellschaft ein Gesellschafterwechsel eintritt.

Bei einem Ausscheiden innerhalb des Erhebungszeitraums ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass die bis zu diesem Zeitpunkt angefallenen positiven Gewerbeerträge der Gesellschaft noch um Verluste früherer Jahre gekürzt werden können.

### ***Grunderwerbsteuerbefreiung bei Übertragung eines Grundstücks auf eine Personengesellschaft kann sich rückwirkend ändern***

Überträgt der Alleineigentümer eines Grundstücks dieses auf eine Personengesellschaft, an der er beteiligt ist, wird die Grunderwerbsteuer nicht erhoben, soweit er an der Gesellschaft beteiligt ist. War allerdings von Anfang an geplant, dass der Gesellschafter innerhalb von fünf Jahren nach der Übertragung seinen Anteil an der Personengesellschaft verringert, entfiel nach der Rechtsprechung der Finanzgerichte diese Befreiung.

Der Bundesfinanzhof hat entschieden, dass das Finanzamt einen rechtskräftigen Grunderwerbsteuerbescheid ändern muss, wenn die Gesellschafter den Plan aufgeben und sich die Beteiligung des Gesellschafters, der das Grundstück übertragen hat, doch nicht ändert. Die Aufgabe des Plans stellt ein sog. rückwirkendes Ereignis dar, das zur Änderung auch rechtskräftiger Bescheide verpflichtet.

Die Frage ist mittlerweile gesetzlich geregelt. Unabhängig davon, ob die Gesellschafter einen entsprechenden Plan gefasst hatten, entfällt die Grunderwerbsteuerbefreiung, sobald sich der Anteil des Gesellschafters am Vermögen der Gesellschaft innerhalb von fünf Jahren nach der Übertragung des Grundstücks ändert.

### ***Bundesfinanzhof legt Europäischem Gerichtshof die Frage zur Umsatzsteuerpflicht von Glücksspielen mit Geldeinsatz vor***

Der deutsche Gesetzgeber hat das Umsatzsteuergesetz dahingehend geändert, dass Umsätze aus Geldspielautomaten ab dem 6.5.2006 umsatzsteuerpflichtig sind. Nach der maßgeblichen Richtlinie der Europäischen Union sind die Mitgliedstaaten gehalten, in der Regel Wetten, Lotterien und sonstige Glücksspiele mit Geldeinsatz von der Umsatzsteuer zu befreien.

Der Bundesfinanzhof hat dem Europäischen Gerichtshof die Frage vorgelegt, ob der generelle Ausschluss der Umsatzsteuerfreiheit von sonstigen Glücksspielen mit Geldeinsatz mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist.

### ***Leistungen eines Party-Services unterliegen in der Regel dem vollen Umsatzsteuersatz***

Die Lieferung von Speisen und Getränken unterliegt nur dann dem ermäßigten Umsatzsteuersatz, wenn die Lieferung den qualitativ wesentlichen Teil der Leistung darstellt. Liegt hingegen ein Bündel von Leistungen vor, unterliegt die Leistung insgesamt als sonstige Leistung dem Regelsteuersatz.

Der Bundesfinanzhof sieht als Leistungen, die nicht notwendig mit der Vermarktung von Lebensmitteln zur Mitnahme verbunden sind, an:

- Beratung und Information des Kunden hinsichtlich der Zusammenstellung und Menge von Mahlzeiten für einen bestimmten Anlass,
- die Zubereitung und Darreichung von Speisen zu einem bestimmten Zeitpunkt,
- deren ansprechendes, restaurationsübliches Anrichten auf Platten und in Gefäßen,
- die Überlassung dieser Platten und Gefäße sowie von Geschirr und/oder Besteck zur Nutzung,
- der Transport zum Kunden zum vereinbarten Zeitpunkt und

- das Abholen sowie die lebensmittelrechtlich erforderliche Endreinigung der dem Kunden lediglich zum Gebrauch überlassenen Gegenstände.

Unter Berücksichtigung der vorgenannten Kriterien unterliegen Leistungen eines Party-Services in der Regel dem vollen Umsatzsteuersatz.

### **Überlassung von Strom an Dauercamper ist umsatzsteuerfrei**

Der Bundesfinanzhof hat entschieden, dass sich die umsatzsteuerfreie langfristige Vermietung von Campingflächen auch auf die Lieferung von Strom bezieht. Die Überlassung von Strom sei eine unselbstständige Nebenleistung zur Vermietung von Stellplätzen.

Dagegen sind die von Campnern gezahlten Entgelte für die Benutzung einer Telefonanlage als selbstständige Leistung anzusehen, die, falls die Umsatzgrenze für Kleinunternehmer überschritten wird, dem normalen Steuersatz unterliegt.

### **Haftung des Inhabers eines eBay-Accounts**

Der Bundesgerichtshof hatte darüber zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen der Inhaber eines Mitgliedskontos (Accounts) bei der Internet-Auktionsplattform eBay dafür haftet, dass andere Personen unter Nutzung seines Accounts Waren anbieten und dabei Rechte Dritter verletzen.

Nach Auffassung des Gerichts haftet der Inhaber des Accounts, wenn er von dem im Internet eingestellten Angebot keine Kenntnis hatte, mangels Vorsatzes zwar nicht als Mittäter oder Teilnehmer. Es kommt jedoch eine Haftung als Täter einer Schutzrechtsverletzung sowie eines Wettbewerbsverstößes in Betracht, weil der Inhaber nicht hinreichend dafür gesorgt hat, dass Dritte keinen Zugriff auf die Kontrolldaten des Mitgliedskontos erlangen.

### **Standzeit von 19 Monaten beim Kauf älterer Gebrauchtwagen kein Mangel**

Für die Frage, ob ein verkaufter älterer Gebrauchtwagen wegen einer dem Verkauf vorausgegangenen längeren Standzeit frei von Sachmängeln ist, ist grundsätzlich nicht auf die Standzeit als solche abzustellen, sondern darauf, ob bei dem Fahrzeug keine standzeitbedingten Mängel vorliegen.

Das hat der Bundesgerichtshof entschieden. In dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Fall war der Gebrauchtwagen vor dem Verkauf für 19 Monate stillgelegt gewesen, woraufhin die Zulassungsstelle die erneute Zulassung wegen überzogener Stilllegungsfristen verweigerte.

### **Zahlungspflicht der vereinbarten Umsatzsteuer bei steuerfreien Vermietungsumsätzen**

In einem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall hatten Mietvertragsparteien eine Grundmiete zuzüglich der jeweils gültigen Mehrwertsteuer vereinbart. Nachdem der Mieter auch den der Mehrwertsteuer entsprechenden Betrag zunächst laufend an den Vermieter gezahlt hatte, stellte er diese Zahlungen später ein. Er vertrat die Auffassung, diese Beträge nicht zu schulden, weil er die Mieträume nicht unternehmerisch, sondern lediglich zu eigenen Verwaltungszwecken nutzte.

Das Gericht stellte grundsätzlich fest, dass die entsprechenden Umsätze des Vermieters von der Umsatzsteuer befreit waren und der Vermieter auch nicht wirksam auf diese Befreiung verzichten konnte.

Eine deshalb von den Mietvertragsparteien irrtümlich getroffene Preisabsprache „zuzüglich Mehrwertsteuer“ ist im Zweifel dahin auszulegen, dass eine in Wirklichkeit nicht anfallende Mehrwertsteuer vom Schuldner auch nicht zu zahlen ist.

Denkbar ist aber nach Auffassung des Gerichts auch die Auslegung, dass die Parteien den zu zahlenden Mietzins unabhängig von den steuerrechtlichen Gegebenheiten auf den (Brutto-)Betrag festlegen wollten, der in der Vertragsklausel als Endpreis ausgewiesen und durch Fettdruck hervorgehoben war.

Zur Nachholung der zur Vertragsauslegung notwendigen Beweisaufnahme wurde der Rechtsstreit an die Vorinstanz zurückverwiesen.

# +++Anlage Lohnbüro+++

## **Bestimmte Arbeitgeberleistungen für betriebliche Gesundheitsförderung (BGF) lohnsteuer- und beitragsfrei**

Das Jahressteuergesetz 2009 schuf die Grundlage: Arbeitgeber können jetzt bis 500 € pro Kalenderjahr und Mitarbeiter lohnsteuer- und beitragsfrei für gesundheitsfördernde Maßnahmen aufwenden - und zwar zusätzlich zum geschuldeten Arbeitsentgelt. Steuerfrei sind außerdem Barzuschüsse und Sachleistungen, die der BGF dienen. Der Gesetzgeber will damit für Arbeitgeber einen Anreiz schaffen, die betriebliche Gesundheitsförderung zu intensivieren. Das kann dieser zum Beispiel durch

- Maßnahmen gegen berufsbedingte körperliche Belastungen (z. B. Rückengymnastik)
- Gesunde Gemeinschaftsverpflegung im Betrieb
- Kurse zum Stressabbau
- Gesundheitsgerechte Führung von Mitarbeitern
- Maßnahmen gegen den Suchtmittelkonsum (z. B. Rauchen und Alkohol)

## **Nicht alles ist steuer- und beitragsfrei zu unterstützen**

Es werden aber nur solche Maßnahmen gefördert, die im Hinblick auf die Qualität, die Zweckbindung und Zielgerichtetheit den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung entsprechen (§§ 20 und 20 a SGB V i. V. m. dem GKV-Leitfaden „Prävention“ der Spitzenverbände der Krankenkassen von 2008).

Nicht alle sportlichen Aktivitäten der Mitarbeiter sind im Sinn der BGF förderfähig: Besucht jemand beispielsweise regelmäßig ein Fitnessstudio oder ist er Mitglied in einem Fußballverein, darf sein Arbeitgeber die Mitgliedsbeiträge nicht lohnsteuer- und beitragsfrei übernehmen.

Arbeitgeber, für die es zu aufwendig wäre, im eigenen Haus Kurse anzubieten, profitieren ebenfalls von den neuen Möglichkeiten: Sie können ihren Mitarbeitern Zuschüsse als Geldleistung für externe Maßnahmen lohnsteuer- und beitragsfrei ersetzen. Lohnsteuer- und Beitragsfreiheit entfallen jedoch, wenn für die betriebliche Gesundheitsförderung ein Teil des Arbeitsentgelts umgewandelt wird.

## **Sozialversicherungsbeiträge trotz Freistellung**

Die Sozialversicherungsträger gingen bisher davon aus, dass Arbeitnehmer bei unwiderruflicher Freistellung von der Arbeitsleistung mit dem letzten tatsächlichen Arbeitstag in der Sozialversicherung abzumelden sind. Hier ist das Bundessozialgericht (BSG) in zwei Urteilen zu anderen Auffassungen gelangt.

## **Freistellung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses**

Auch in einer Phase der Freistellung ist ein Arbeitnehmer als versicherungspflichtig beschäftigt einzustufen. Das hat das BSG<sup>1</sup> im Fall eines Angestellten entschieden, der nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund eines Vergleichs mit dem Arbeitgeber unwiderruflich freigestellt worden war und in dieser Zeit Arbeitsentgelt in voller Höhe erhalten hatte.

Während der Freistellung von der Arbeit besteht ein Rechtsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber, das die Erbringung von Arbeit in persönlicher Abhängigkeit beinhaltet. Dies ist auch gegeben, wenn das Gehalt weitergezahlt würde.

## **Freistellung während Altersteilzeit**

Auch während einer Freistellungsphase im Blockmodell der Altersteilzeit besteht Versicherungspflicht. So urteilte das BSG im Fall eines älteren Arbeitnehmers.<sup>2</sup> Für die Versicherungspflicht wird nicht die tatsächliche Erbringung der Arbeitszeit vorausgesetzt. Vielmehr geht der Freistellungsphase des Blockmodells eine Beschäftigung voraus, die durch Freistellung von der Arbeitsleistung gekennzeichnet ist.

## Beitragsrechtliche Konsequenz

Die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung haben sich nun darauf verständigt, dass die vorgenannten Entscheidungen des BSG für die Beurteilung, ob eine Freistellung der Sozialversicherungspflicht im Sinne der Krankenversicherung unterliegt, entsprechend heranzuziehen sind.<sup>3</sup> Dies bedeutet, dass für einen Arbeitnehmer, der weiterhin auf der Gehaltsliste seines Arbeitgebers steht, Sozialversicherungsbeiträge anfallen - auch dann, wenn der Arbeitnehmer der Freistellung selbst zugestimmt hat.

<sup>1</sup> BSG, Urt. v. 24.9. 2008, B 12 KR 22/07 R.

<sup>2</sup> BSG, Urt. v. 24.9. 2008, B 12 KR 27/07 R.

<sup>3</sup> Besprechungsergebnis vom 30./31. 3. 2009, TOP 3

## Keine Reisekostenerstattung für Fahrten zwischen Wohnung und Dienstort zur Ausübung des regelmäßigen Dienstes

Nach einer Entscheidung des Verwaltungsgerichts Neustadt kann ein Beamter für Fahrten zwischen Wohnung und Dienstort zur Ausübung des regelmäßigen Dienstes keine Kostenerstattung nach dem Landesreisekostengesetz erhalten.<sup>1</sup>

Der Kläger, ein Polizeibeamter, fährt mit öffentlichen Verkehrsmitteln zu seiner Dienststelle und nutzt hierzu ein Jobticket, wofür er jeden Monat einen festen Fahrpreis zahlt.

Am 30. Mai 2008 war er ausnahmsweise für den Dienst in der Zeit von 14.00 Uhr bis 23.00 Uhr eingeteilt, weshalb er den letzten für ihn möglichen Zug nicht mehr erreichen konnte und mit seinem Pkw fuhr. Hierfür verlangte er von seinem Dienstherrn, dem Land Rheinland-Pfalz, Ersatz in Höhe von 11,-- €, was dieses ablehnte.

Nach erfolglosem Widerspruchsverfahren erhob er Klage beim Verwaltungsgericht.

Das Gericht hat die Klage abgewiesen: Die regelmäßigen Fahrten eines Beamten von seiner Wohnung zum Dienstort sind nach dem Landesreisekostengesetz nicht erstattungsfähig. Für die hierfür anfallenden Kosten müsse der Bedienstete selbst aufkommen. Nur ausnahmsweise können bei einem besonderen dienstlichen Anlass Fahrkosten übernommen werden. Ein solcher besonderer dienstlicher Anlass war vorliegend aber nicht gegeben gewesen, denn der Beamte hatte die Fahrt zur Wahrnehmung seines normalen, im Dienstplan festgelegten Dienstes unternommen, auch wenn er diesen zu einer anderen Tageszeit als sonst für ihn üblich, nämlich im Spätdienst, geleistet hatte.

<sup>1</sup> VerwG Neustadt, 6 K 1302/08.NW, Meldung v. 08.04.2009.

## Wann liegt Lohnwucher vor?

Das Bundesarbeitsgericht hat ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung angenommen, wenn die Arbeitsvergütung nicht einmal 2/3 eines in der betreffenden Branche und Wirtschaftsregion üblicherweise gezahlten Tariflohnes erreicht.<sup>1</sup>

Maßgebend ist der Vergleich mit der tariflichen Stunden- oder Monatsvergütung ohne Zulagen und Zuschläge, wobei auch die besonderen Umstände des Falles zu berücksichtigen sind. Eine bei Abschluss des Arbeitsvertrags danach nicht zu beanstandende Vergütung kann durch die Entwicklung des Tariflohnes wucherisch werden.

Nach § 138 Abs. 2 BGB ist ein Rechtsgeschäft nichtig, durch das sich jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit oder des Mangels an Urteilsvermögen eines Anderen für eine Leistung Vermögensvorteile gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen. Diese Regelung gilt auch für Arbeitsverhältnisse.

In dem entschiedenen Fall war eine Arbeitnehmerin beim Beklagten als ungelernte Hilfskraft beschäftigt. Sie erhielt einen Stundenlohn von 6,00 DM netto, ab 1. Januar 2002 3,25 € netto. Die Parteien sind nicht tarifgebunden. Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin für die Zeit von Dezember 1999 bis Mai 2002 unter dem Gesichtspunkt des Lohnwuchers eine Nachzahlung von knapp 37.000 € auf der Basis der tariflichen Vergütung. Der tarifliche Stundenlohn betrug insoweit zwischen 14,77 DM brutto und 7,84 € brutto. Die Klägerin arbeitete monatlich bis zu 352 Stunden.

Die Klage war in den Vorinstanzen unter Berücksichtigung der der Klägerin eingeräumten Sachleistungen, insbesondere einer Wohngelegenheit auf dem Betriebsgelände, erfolglos. Der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat das Urteil des Landesarbeitsgerichts aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Auch unter Einbeziehung der Sachbezüge betrug die gezahlte Stundenvergütung im Klagezeitraum weniger als 2/3 der tariflichen Stundenvergütung. Die Gesamtumstände, insbesondere die gesetzwidrig hohen und zudem unregelmäßigen Arbeitszeiten verdeutlichen die Ausbeutung der Klägerin. Allerdings hat das

Landesarbeitsgericht weder die Üblichkeit des Lohns in den Gartenbaubetrieben der Region noch die Kenntnis des Beklagten vom Missverhältnis der beiderseitigen Leistungen ausdrücklich festgestellt. Das ist in der neuen Verhandlung nachzuholen.

<sup>1</sup> BAG, Urt. v. 22.4.2009, 5 AZR 436/08, LEXinform 0432999.

### **Arbeitskämpfe von Fluglotsen nicht grundsätzlich rechtswidrig**

Nach einer Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg sind auch im Bereich des Flugverkehrs und der Flugsicherung Arbeitskämpfe nicht grundsätzlich rechtswidrig.<sup>1</sup>

Dieser Grundsatz gilt auch für gewerkschaftliche Streiks, die der Unterstützung eines Hauptarbeitskampfes dienen. Die Zulässigkeit eines Unterstützungstreiks richtet sich - wie bei anderen Arbeitskämpfmaßnahmen - nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dabei kann nicht argumentiert werden, dass die abstrakte Gefahr für Leib und Leben der Fluggäste, der Bediensteten des Flughafens und der Anwohner von Luftverkehrsstraßen ansteigt, wenn zwischen den Parteien eine Notdienstvereinbarung mit einer Ankündigungsfrist von 24 Stunden ausgehandelt wurde, sodass dem Arbeitgeber rechtzeitig bekannt wird, zu welchem Zeitpunkt die Fluglotsen im Tower des Flughafens ihre Dienste nicht mehr leisten werden.

<sup>1</sup> LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 31.03.2009, 2 SaGa 1/09, LEXinform 1420753.

### **Verzicht auf Lohnansprüche zur Ermöglichung eines Betriebsübergangs nichtig**

Ein Erlassvertrag, mit dem die Parteien eines Arbeitsverhältnisses den Verzicht auf rückständige Vergütung für den Fall vereinbaren, dass es zu einem Übergang des Betriebs auf einen Dritten kommt, ist wegen Verstoßes gegen zwingendes Gesetzesrecht nichtig.<sup>1</sup>

Das hat das Bundesarbeitsgericht<sup>2</sup> entschieden. Bei einem Betriebsübergang ist zwingend vorgeschrieben, dass der Betriebserwerber in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen eintritt.<sup>3</sup> Diese Vorschrift darf nicht abbedungen oder umgangen werden. Aus der Bedingung des Erlassvertrags ergibt sich, dass für ihn der geplante Betriebsübergang Anlass und entscheidender Grund war, womit er eine unzulässige Umgehung des zwingenden Gesetzesrechts darstellt.

<sup>1</sup> § 134 BGB.

<sup>2</sup> BAG, Urt. v. 19.3.2009, 8 AZR 722/07, Pressemitteilung Nr. 30/09, LEXinform 0432912.

<sup>3</sup> § 613a Abs. 1 S. 1 BGB.

### **Zweijährige Höchstdauer einer sachgrundlosen Befristung gilt auch im kirchlichen Arbeitsrecht**

Die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrags ist ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig.<sup>1</sup> Abweichend hiervon kann die Höchstdauer der Befristung durch Tarifvertrag festgelegt werden.<sup>2</sup>

Nach einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts<sup>3</sup> kann in kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen von der Höchstbefristungsdauer nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden, weil es sich hierbei nicht um tarifvertragliche Regelungen handelt.

<sup>1</sup> § 14 Abs. 2 S. 1 1. Halbsatz TzBfG.

<sup>2</sup> § 14 Abs. 2 S. 3, § 22 Abs. 1 TzBfG.

<sup>3</sup> BAG, Urt. v. 25.3.2009, 7 AZR 710/07, Pressemitteilung Nr. 33/09, LEXinform 0432934.

### **Sonderkündigungsschutz für Abfallbeauftragten**

Nach einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts<sup>1</sup> ist die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses unzulässig, wenn der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer zum Betriebsbeauftragten für Abfall bestellt hat. Das Arbeitsverhältnis kann nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden. Der Sonderkündigungsschutz<sup>2</sup> setzt eine wirksame Bestellung als Abfallbeauftragter voraus, die der Schriftform und regelmäßig der gesonderten Dokumentierung bedarf. Im Einzelfall kann sie bereits im schriftlichen Arbeitsvertrag erfolgen.

<sup>1</sup> BAG, Urt. v. 26.3.2009, 2 AZR 633/07, Pressemitteilung Nr. 34/09, LEXinform 0432940.

<sup>2</sup> § 55 Abs. 3 Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz.

### **Beweisverwertungsverbot beim Mithören von Telefongesprächen**

Ermöglicht bei einem Telefongespräch einer der Gesprächspartner einer im Raum befindlichen weiteren Person zielgerichtet, das Gespräch heimlich mitzuhören, indem er z. B. den Raumlautsprecher des Telefons anstellt oder das Gerät vom Ohr weg hält, verletzt er das Persönlichkeitsrecht des Gesprächspartners.

Die Persönlichkeitsrechtsverletzung hat in diesen Fällen nach einem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Folge, dass der heimlich Mithörende nicht als Zeuge zum Gesprächsinhalt des Telefonats vernommen werden darf.<sup>1</sup> Allerdings besteht dann, wenn der Angerufene nichts dazu beigetragen hat, dass der Dritte das Telefongespräch mithören konnte, kein Beweisverwertungsverbot. Das Interesse des Angerufenen an der Durchsetzung seiner im Einzelfall auch grundrechtlich geschützten Rechte in einem gerichtlichen Verfahren sowie das Interesse der Allgemeinheit an einer funktionsfähigen Rechtspflege und materiell richtigen Entscheidung überwiegen das Interesse des Anrufers am Schutz seines Persönlichkeitsrechts.

In dem entschiedenen Fall kündigte der Arbeitgeber der Klägerin innerhalb der sechsmonatigen Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG. Zum Zeitpunkt der Kündigung war die Klägerin arbeitsunfähig. Die Klägerin hält die Kündigung für sittenwidrig und hat geltend gemacht, sie sei unmittelbar vor der Kündigung von der Personaldisponentin der Beklagten angerufen worden. Diese habe ihr gesagt, sie solle trotz der Arbeitsunfähigkeit zur Arbeit kommen, andernfalls müsse sie mit einer Kündigung rechnen. Die Beklagte hat die behauptete Äußerung der Personaldisponentin bestritten. Für die Richtigkeit ihrer Behauptung hat sich die Klägerin auf das Zeugnis einer bei dem Telefonat anwesenden Freundin berufen, welche das Gespräch zufällig ohne ihr Wissen mitgehört habe.

Das Arbeitsgericht hat die Personaldisponentin als Zeugin vernommen und die Klage abgewiesen. Eine Vernehmung der Freundin der Klägerin hat es abgelehnt, weil insoweit ein Beweisverwertungsverbot bestehe. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Die Revision der Klägerin hatte vor dem Sechsten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg. Die Sache wurde an das Landesarbeitsgericht zur weiteren Sachverhaltsaufklärung zurückverwiesen. Unter Zugrundelegung des Prozessvortrags der Klägerin würde die Kündigung eine nach § 612a BGB unzulässige Maßregelung darstellen. Das Landesarbeitsgericht durfte von der Vernehmung der Freundin der Klägerin als Zeugin nur absehen, wenn die Klägerin dieser zielgerichtet ermöglicht hatte, das Telefongespräch heimlich mitzuhören. Hierzu hat das Landesarbeitsgericht bislang keine Feststellungen getroffen.

<sup>1</sup> BAG, Urt. v. 23.04.2009, 6 AZR 189/08, LEXinform 0434005.

### **Personalratsanhörung bei Probezeitkündigung**

Teilt der Arbeitgeber dem Personalrat im Rahmen der Benehmensherstellung zu einer beabsichtigten Probezeitkündigung nicht das Lebensalter und die ihm bekannten Unterhaltspflichten des Arbeitnehmers mit, führt dies nach einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung, wenn die Kündigung wegen unzureichender Arbeitsleistung und mangelnder Bewährung innerhalb der sechsmonatigen Probezeit erfolgt.<sup>1</sup>

Unterhaltspflichten und Lebensalter sind in diesem Fall schon deshalb unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt für den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers maßgeblich, weil nach § 1 Abs. 1 KSchG eine Kündigung innerhalb der sechsmonatigen Wartezeit nicht der sozialen Rechtfertigung bedarf. Die Wartezeit dient dazu, dem Arbeitgeber Gelegenheit zu geben, sich eine subjektive Meinung über Leistung und Führung des Arbeitnehmers zu bilden, die nicht einer Überprüfung nach objektiven Maßstäben unterliegt. Im Fall eines aus Sicht des Arbeitgebers negativen Ergebnisses dieser Prüfung soll er das Arbeitsverhältnis frei kündigen können, ohne dass es auf entgegenstehende Interessen des Arbeitnehmers ankommt.

<sup>1</sup> BAG, Urt. v. 23.04.2009, 6 AZR 516/08, LEXinform 0434006.

## **Angaben zur Dauer der Tätigkeit im Zeugnis beziehen sich auf Dauer des rechtlichen Bestandes des Arbeitsverhältnisses**

Soweit ein Arbeitszeugnis unter anderem auch Angaben zur Dauer der Tätigkeit enthalten muss, ist damit nach einer Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Köln die Dauer des rechtlichen Bestandes des Arbeitsverhältnisses gemeint.<sup>1</sup>

Fallen das Ende der tatsächlichen Beschäftigung und das Datum der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses auseinander, kann daher allein die Wiedergabe der tatsächlichen Beschäftigungsdauer diesen Anforderungen nicht genügen. Lediglich in Einzelfällen kann es geboten sein, bei länger andauernden Zeiträumen einer tatsächlichen Nichtbeschäftigung diese zusätzlich im Zeugnis kenntlich zu machen. Dies darf aber nicht dazu führen, dass auf die Wiedergabe des rechtlichen Beendigungsdatums im Zeugnis insgesamt verzichtet wird.

In dem entschiedenen Fall wollte ein ehemaliger Arbeitnehmer in seinem Arbeitszeugnis aufgenommen haben, dass er bei der Beklagten vom 01.02.1991 bis zum 28.02.2005 beschäftigt war.

Dies wollte der Arbeitgeber so nicht bestätigen, da der Kläger bereits seit Anfang 2004 nicht mehr bei ihm tätig gewesen sei. Der 28.02.2005 war lediglich der im damaligen gerichtlichen Vergleich genannte Beendigungszeitpunkt. Dabei handelt es sich lediglich um einen rein fiktiven Zeitpunkt für die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses, der im Rahmen der Vergleichsverhandlungen als Vergleichsvorschlag unter Berücksichtigung der gesetzlichen Kündigungsfrist gewählt worden war. Das tatsächliche Ende der Beschäftigung war jedoch zu einem weitaus früheren Zeitpunkt erfolgt. Nach seiner Auffassung ist nur dieser Zeitpunkt der tatsächlichen Beendigung der Beschäftigungsdauer im Arbeitszeugnis darzustellen.

Dieser Ansicht folgte das Gericht nicht.

Gemäß § 109 Abs. 1 S. 2 GewO muss das Zeugnis mindestens Angaben zur Art und Dauer der Tätigkeit enthalten. Dabei ist mit der Dauer der Tätigkeit der rechtliche Bestand des Arbeitsverhältnisses gemeint.

Fallen das Ende der tatsächlichen Beschäftigung und das Datum der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses auseinander, kann daher allein die Wiedergabe der tatsächlichen Beschäftigungsdauer diesen Anforderungen nicht genügen. In derartigen Fällen bedarf es vielmehr einer Bestätigung der rechtlichen Vertragsdauer. Außerdem haben die Parteien im Rahmen eines Vorprozesses das seinerzeit zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis durch arbeitsgerichtlichen Vergleich zum Zeitpunkt „28.02.2005“ beendet.

An diese Feststellung sind die Parteien dann auch bei der Zeugniserstellung gebunden.

<sup>1</sup> LAG Köln, Urt. v. 04.03.2009, 3 Sa 1419/08, LEXinform 1420751.

## **Die haftungsbeschränkte Unternehmergeellschaft (UG)**

Die haftungsbeschränkte Unternehmergeellschaft wurde durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 eingeführt.<sup>1</sup> Hierbei handelt es sich nicht um eine neue Rechtsform, sondern um eine (Unter-)Form der GmbH, die Unternehmensgründungen erleichtern und beschleunigen soll.

### **Die UG als Unterform der GmbH („Mini-GmbH“)**

Seit 1. November 2008 kann eine GmbH auch in der (Unter-)Form der haftungsbeschränkten Unternehmergeellschaft (UG) mit einem sehr geringen Stammkapital (vgl. § 5 a GmbHG) schon ab 1 € gegründet werden. Ihre Anmeldung zur Eintragung ins Handelsregister setzt die vorherige Einzahlung des Stammkapitals in voller Höhe voraus.

Die neue Gesellschaftsform soll helfen, Wettbewerbsnachteile der herkömmlichen Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) gegenüber vergleichbaren ausländischen Gesellschaften zu beseitigen.

### **Kennzeichnung der haftungsbeschränkten Unternehmergeellschaft**

Zur Kennzeichnung der haftungsbeschränkten Unternehmergeellschaft muss sie die Bezeichnung „Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ führen. Eine Abkürzung des Zusatzes „haftungsbeschränkt“ ist wegen des Publikumsschutzes nicht erlaubt.

### **Wachsendes Stammkapital**

Aufgrund des geringen Stammkapitals muss eine UG Rücklagen zur Absicherung bilden. Daher sieht das Gesetz vor, dass mindestens 25 % eines UG-Jahresgewinns als Eigenkapitalrücklage zurückzulegen sind. So gewinnen Gläubiger angesichts der Haftungsbeschränkung durch Erhöhung des Eigenkapitals zunehmend mehr Sicherheit. Bei Erreichen von 25.000 € Stammkapital kann die UG dann in eine GmbH umgewandelt werden.

## UG und Sozialversicherungsrecht

Soweit Gesellschafter der haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft in dieser Gesellschaft mitarbeiten, ist die Prüfung der Versicherungspflicht, nach den Regelungen für mitarbeitende Gesellschafter-Geschäftsführer, mitarbeitende Gesellschafter und Fremdgeschäftsführer einer GmbH vorzunehmen.

Da die haftungsbeschränkte UG eine (Unter-)Form der GmbH darstellt, gelten hinsichtlich der versicherungsrechtlichen Beurteilung von Gesellschafter/Geschäftsführern solcher Unternehmergesellschaften die auch für mitarbeitende Gesellschafter einer GmbH maßgeblichen Grundsätze uneingeschränkt.

Wird ein mitarbeitender Gesellschafter-Geschäftsführer einer UG als versicherungspflichtig Beschäftigter zur Sozialversicherung angemeldet, muss in der Anmeldung das Statuskennzeichen „2“ gesetzt werden. Die Clearingstelle bei der Deutschen Rentenversicherung Bund führt das obligatorische Statusfeststellungsverfahren durch.

## Weiterführende Informationen

Die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung haben die Beurteilungsgrundsätze in einem Gemeinsamen Rundschreiben zum Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit vom 5. Juli 2005 in der Anlage 3 ausführlich dargestellt. Es kann im Internet, zum Beispiel unter [www.aok-business.de](http://www.aok-business.de) (Rundschreiben), abgerufen werden.

1 BGBl I 2008 S. 2026

## Mitbestimmung bei Verschwiegenheitserklärung

Ein Betriebsrat hat keinen generellen Anspruch darauf, dass er in sämtlichen Fällen mitbestimmen darf, in denen der Arbeitgeber von Arbeitnehmern den Abschluss formularmäßiger, standardisierter Verschwiegenheitsvereinbarungen verlangt. Dies hat das Bundesarbeitsgericht entschieden.

Ein entsprechender Antrag des Betriebsrats gehe zu weit, weil er auch Fälle erfasst, in denen sich die Verschwiegenheitsverpflichtung bereits aus gesetzlichen Vorschriften ergibt oder in denen sie sich nicht auf das so genannte Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer, sondern auf deren Arbeitsverhalten bezieht. Mitbestimmungsberechtigt sei der Betriebsrat aber nur in Bezug auf das so genannte Ordnungsverhalten, d. h. bei Regelungen, welche die Ordnung im Betrieb aufrechterhalten sollen. Geht es hingegen um Weisungen gegenüber einzelnen Arbeitnehmern im Rahmen der arbeitsvertraglichen Direktionsbefugnisse des Arbeitgebers, habe der Betriebsrat kein Recht mitzubestimmen. Da auch solche Fälle von dem „Generalantrag“ erfasst würden, könne es einen solchen nicht geben.

## Wiederaufleben der Lohnsteuerhaftung des GmbH-Geschäftsführers durch Anfechtung des Insolvenzverwalters

Der alleinige Geschäftsführer einer GmbH hatte Lohnsteuer ordnungsgemäß beim Finanzamt angemeldet, aber wegen fehlender Finanzmittel erst Monate später gezahlt. Wenige Tage danach beantragte das Finanzamt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens wegen anderer Steuerrückstände der Gesellschaft. Im Rahmen des Insolvenzverfahrens zahlte das Finanzamt nach Aufforderung durch den Insolvenzverwalter die gezahlte Lohnsteuer zur Masse zurück. Diese Beträge verlangte das Finanzamt jetzt im Wege der Haftung von dem früheren Geschäftsführer.

Der Bundesfinanzhof bestätigte die Richtigkeit des Vorgehens der Finanzverwaltung. Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft haben in ihrer Eigenschaft als deren gesetzliche Vertreter die Pflicht zur Einbehaltung und fristgerechten Abführung angemeldeter Lohnsteuerbeträge. Eine fristgerechte Anmeldung allein reicht nicht aus. Insbesondere in Zeiten der Krise kommt der Pflicht zur pünktlichen Zahlung der Steuer eine erhöhte Bedeutung zu.

Im Urteilsfall konnten die durch den Geschäftsführer verspätet geleisteten Lohnsteuerbeträge vom Insolvenzverwalter zur Masse zurückgefordert werden. Ursächlich für die Rückforderungsmöglichkeit war die verspätete Zahlung, dies war dem Geschäftsführer anzulasten. Folglich lebte seine durch die vorläufige Zahlung zunächst erloschene Haftungsschuld wieder auf. Dabei spielt es keine Rolle, dass das Finanzamt durch sein eigenes Verhalten den Rückforderungsanspruch des Insolvenzverwalters erst ermöglichte und es insoweit eine Mitschuld trifft.

## **Fahrten zu ständig wechselnden Tätigkeitsstätten ohne Anwendung der so genannten 30 km-Grenze**

Rechtsprechung und Verwaltung haben die Fahrten zu ständig wechselnden Einsatzstellen bisher wie Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte behandelt, wenn die wechselnden Tätigkeitsstätten weniger als 30 km voneinander entfernt waren.

Solche Fahrten sind jedoch nach Ansicht des Bundesfinanzhofs unabhängig von der Entfernung in tatsächlicher Höhe als Werbungskosten abzugsfähig. Diese Änderung der Rechtsprechung ist im Hinblick auf die seit 2001 geltende Pendlerpauschale folgerichtig. Die Entfernungspauschale ist verkehrsmittelunabhängig und kann von jedermann in Anspruch genommen werden. Gerade bei ständig wechselnden Einsatzstellen ist der Arbeitnehmer auf ein Kraftfahrzeug angewiesen, so dass ein Ansatz der tatsächlichen Kosten (Einzelnachweis oder pauschal 0,30 € je gefahrenen Kilometer) gerechtfertigt ist.

Die Finanzverwaltung ist dieser Rechtsauffassung zwischenzeitlich gefolgt. In den Lohnsteuerrichtlinien 2008 ist die Regelung zur 30 km-Grenze nicht mehr enthalten.

## **Keine Lohnsteuerpauschalierung bei Betriebsveranstaltungen mit geschlossenem Teilnehmerkreis**

Aufwendungen des Arbeitgebers für eine Betriebsveranstaltung gehören nicht zum Arbeitslohn, wenn die Freigrenze von 110 € eingehalten wird. Überschreiten solche Aufwendungen die Freigrenze, können sie pauschal mit 25 % versteuert werden. Dass die Pauschalierung an feste Bedingungen geknüpft ist, zeigt der nachfolgend geschilderte Fall:

Eine partnerschaftlich organisierte, international tätige Beratungsgesellschaft hatte Veranstaltungen organisiert, zu denen die Partner und deren Ehegatten eingeladen waren. Die Gesellschaft versteuerte die den Partnern (Arbeitnehmer) zugeflossenen geldwerten Vorteile pauschal mit 25 %. Zu Unrecht, wie das Finanzamt festgestellt hat.

Der Bundesfinanzhof folgte der Auffassung des Finanzamts. Die Voraussetzungen für eine Lohnsteuerpauschalierung sind nur dann erfüllt, wenn die Teilnahme an einer solchen Veranstaltung allen Betriebsangehörigen offen steht. Die Beschränkung auf einen begrenzten Teilnehmerkreis hindert eine Pauschalierung der Lohnsteuer. Folglich sind die anteiligen Zuwendungen bei den teilnehmenden Personen individuell zu besteuern. Ab 1.1.2007 besteht darüber hinaus die Möglichkeit einer Pauschalierung mit 30 %.

## **Vom Arbeitgeber übernommener Mitgliedsbeitrag an Deutschen Anwaltverein ist Arbeitslohn**

Der Bundesfinanzhof hat entschieden, dass der vom Arbeitgeber für seinen angestellten Rechtsanwalt übernommene Beitrag an den Deutschen Anwaltverein steuerpflichtigen Arbeitslohn darstellt.

**Hinweis:** Auch die Übernahme des Beitrags zur Berufshaftpflichtversicherung und Berufskammer eines Arbeitnehmers stellt Arbeitslohn dar.

## **EuGH bestätigt deutsches Unfallversicherungssystem**

Das deutsche System der gesetzlichen Unfallversicherung, welches auf dem Prinzip der Pflichtmitgliedschaft von Unternehmen beruht, die einem bestimmten Gewerbebereich angehören, ist mit europäischem Gemeinschaftsrecht vereinbar. Dies hat der Europäische Gerichtshof entschieden.

Damit sind Zweifel ausgeräumt, die in den letzten Jahren an der Europarechtskonformität des deutschen Unfallversicherungssystems geäußert worden waren.

Der Europäische Gerichtshof hat entschieden, dass die öffentlich-rechtlichen Berufsgenossenschaften keine Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts sind, sondern Aufgaben rein sozialer Natur wahrnehmen, soweit sie im Rahmen eines Systems tätig werden, mit dem der Grundsatz der Solidarität umgesetzt wird und das staatlicher Aufsicht unterliegt. Dies sei vom vorlegenden nationalen Gericht zu prüfen. Die kartellrechtlichen Regelungen des europäischen Rechts könnten deshalb auf Berufsgenossenschaften im Allgemeinen nicht angewendet werden.

Auch sah der Europäische Gerichtshof keinen Verstoß gegen die in den europäischen Verträgen enthaltene Dienstleistungsfreiheit. Das europäische Recht stehe nationalen Vorschriften nicht entgegen, nach denen Unternehmen verpflichtet werden, einer Berufsgenossenschaft beizutreten, soweit dieses System nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des Ziels der Gewährleistung des finanziellen Gleichgewichts eines Zweigs der sozialen Sicherheit erforderlich ist, was von dem vorlegenden nationalen Gericht zu prüfen sei.

## **Keine Befreiung von Sozialversicherungsbeiträgen bei Verrechnung steuerfreier Lohnzuschläge durch Effektivlohnvereinbarung**

Wenn sich das Entgelt eines Gastronomiemitarbeiters aus einem Basisgrundlohn sowie aus zulässigerweise pauschalieren Zuschlägen für Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit zusammensetzt, wird dieses Entgeltsystem nicht rechtsfehlerhaft, wenn außerdem ein steuer- und beitragspflichtiger Ergänzungslohn als Vorschuss gezahlt wird, um Schwankungen auf Grund der Dienstplangestaltung zu vermeiden.

Andererseits muss ein Gastronom Beiträge auch für Sonn-, Feiertags- und Nachtzuschläge zahlen, wenn er gemäß einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung lediglich eine Lohnart mit einer anderen verrechnet. Für den Arbeitnehmer ändert sich der Netto-Garantiebetrag (Effektivlohn) in solchen Fällen nicht, da sich der Lohn für geleistete Arbeit jeweils um den Betrag verringert, der dem Arbeitnehmer als so genannte Zusatzleistung zufließt, so dass das Ziel des Gesetzgebers, dem Arbeitnehmer durch Steuerfreiheit bestimmter Zuschläge ein höheres Nettoentgelt zu verschaffen, ins Leere geht. Dies hat das Sozialgericht München entschieden.

Im vorliegenden Fall war keine rechtsfehlerhafte Nettolohnvereinbarung getroffen worden. Der eine Betragsfestsetzung der Sozialversicherung angreifende Kläger erhielt deshalb Recht.

## **Arbeitsleistung des Arbeitnehmers ist umsatzsteuerliches Entgelt für Überlassung eines Firmen-PKW zur privaten Nutzung an Arbeitnehmer**

Eine AG hatte ihren Mitarbeitern PKW zur dienstlichen und privaten Nutzung überlassen. Nach Auswahl und Bestellung des Fahrzeugs durch den Mitarbeiter mietete die Klägerin den PKW bei einer Leasinggesellschaft. Die AG bezahlte die Leasingraten und übernahm sämtliche laufenden Kosten. Die Mitarbeiter zahlten für die private Nutzung des PKW eine monatliche Nutzungsgebühr in Höhe der Leasingrate abzüglich eines von der Position des Mitarbeiters abhängigen Betrags für die dienstliche Nutzung, mindestens jedoch 1 % des Listenpreises. Die AG behandelte die PKW-Überlassung als unentgeltliche Leistung. Die Umsatzsteuer dafür ermittelte sie mit 1 % des Listenpreises zuzüglich 0,03 % des Listenpreises je gefahrenem Kilometer für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte sowie für Familienheimfahrten 0,002 % je gefahrenem Kilometer. Von diesem Betrag zog sie pauschal 20 % für Kosten ab, für die der Vorsteuerabzug nicht möglich war. Diesen Wert verglich sie mit der vom jeweiligen Mitarbeiter bezahlten Nutzungsgebühr und zog den jeweils höheren Betrag als Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer heran.

Das Finanzamt folgte dem nur teilweise, weil es den pauschalen Abzug von 20 % für Kosten, für die kein Vorsteuerabzug möglich war, nicht zuließ. Das Finanzgericht meinte, die PKW-Überlassung an die Mitarbeiter sei eine entgeltliche Leistung. Bemessungsgrundlage dafür sei das Entgelt. Das seien jedenfalls die Nutzungsgebühren. Ferner erbrächten die Arbeitnehmer für die PKW-Überlassung als zusätzliches Entgelt einen Teil ihrer Arbeitsleistung, soweit deren Wert die gezahlten Nutzungsgebühren übersteige. Denn die PKW-Überlassung sei eine freiwillige Gehaltserhöhung durch die AG in Form einer Sachleistung.

Dem folgte der Bundesfinanzhof.

Überlässt ein Arbeitgeber seinem Mitarbeiter ohne ein dafür besonders berechnetes Entgelt einen PKW zur privaten Nutzung, so kann ein Teil der Arbeitsleistung des Mitarbeiters Entgelt für diese Nutzungsüberlassung sein. Das gilt auch, soweit ein besonders berechnetes, aber nicht Kosten deckendes Entgelt vereinbart worden ist. Soweit ein Teil der Arbeitsleistung Entgelt für die Nutzungsüberlassung ist, liegt ein tauschähnlicher Vorgang vor. Bei diesem gilt der Wert jedes Umsatzes als Entgelt für den anderen Umsatz. Dieser Wert kann geschätzt werden. Dabei können sich aus dem Wert der eigenen Leistung (PKW-Überlassung) Hinweise für die Ermittlung des Werts der Gegenleistung (Arbeitsleistung) ergeben. Der Wert der eigenen Leistung bemisst sich danach, was der Leistende für die Gegenleistung aufzuwenden bereit ist. Dafür können die der AG entstandenen Kosten angesetzt werden. Hiervon sind die von den Mitarbeitern entrichteten „Nutzungsgebühren“ abzuziehen. Von den Gesamtkosten können nicht pauschal 20 % für Kosten abgezogen werden, bei denen kein Vorsteuerabzug möglich war.

## **Rechtliche Hinweise**

Der EGSZ - Newsletter faßt regelmäßig Gesetzesänderungen, Urteile, Verwaltungsanweisungen oder sonstige für Sie interessante Informationen zusammen bzw. gibt diese auszugsweise wieder. Der Newsletter erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Wir bitten daher ausdrücklich darum, vor einer Anwendung der Inhalte des Newsletters im konkreten Fall mit uns Rücksprache zu halten, da wir eine Haftung für die auszugsweise Darstellung nicht übernehmen können. Für weitergehende Informationen stehen wir Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung.