

# newsletter+++new

Ausgabe  
07.2010

**Erkens Gerow Schmitz Zeiss**

Wirtschaftsprüfer | Steuerberater | Rechtsanwälte

# +++newsletter+++

## Termine Juli 2010

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>	12.7.2010	15.7.2010	9.7.2010
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>	12.7.2010	15.7.2010	9.7.2010
Sozialversicherung <sup>5</sup>	28.7.2010	entfällt	entfällt

- <sup>1</sup> 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.
- <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, bei Vierteljahreszahlern für das abgelaufene Kalendervierteljahr.
- <sup>4</sup> Für den abgelaufenen Monat; bei Dauerfristverlängerung für den vorletzten Monat, bei Vierteljahreszahlern ohne Fristverlängerung für das abgelaufene Kalendervierteljahr.
- <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 dann bis spätestens zwei Arbeitstage vor Fälligkeit (d. h. am 26.7.2010) 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 August 2010

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

Steuerart	Fälligkeit	Ende der Schonfrist bei Zahlung durch	
		Überweisung <sup>1</sup>	Scheck <sup>2</sup>
Lohnsteuer, Kirchensteuer, Solidaritätszuschlag <sup>3</sup>	10.8.2010	13.8.2010	6.8.2010
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>	10.8.2010	13.8.2010	6.8.2010
Gewerbsteuer	16.8.2010	19.8.2010	12.8.2010
Grundsteuer	16.8.2010	19.8.2010	12.8.2010
Sozialversicherung <sup>5</sup>	27.8.2010	entfällt	entfällt

- <sup>1</sup> 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.
- <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; bei Vierteljahreszahlern mit Dauerfristverlängerung für das vorangegangene Kalendervierteljahr.
- <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 dann bis spätestens zwei Arbeitstage vor Fälligkeit (d. h. am 25.8.2010) 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 1.1.2008:

Zeitraum	Basiszinssatz	Verzugszinssatz	Verzugszinssatz für Rechtsgeschäfte ohne Verbraucherbeteiligung
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 %
1.7. bis 31.12.2009	0,12 %	5,12 %	8,12 %
1.1. bis 30.6.2010	0,12 %	5,12 %	8,12 %

### Ermittlungspflicht des Finanzamts vor einer öffentlichen Zustellung

Kennt das Finanzamt die Adresse eines z. B. im Ausland lebenden Steuerbürgers nicht, darf es nicht ohne weitere Bemühungen einen Steuerbescheid öffentlich zustellen. Die vom Bundesverfassungsgericht zu dieser Frage gezogenen engen Grenzen gelten auch für das Besteuerungsverfahren. Die öffentliche Zustellung darf nur als allerletztes Mittel eingesetzt werden, um einen Verwaltungsakt bekannt zu geben.

Bestehen z. B. mit einem Staat Übereinkommen zur zwischenstaatlichen Amtshilfe, muss die Finanzbehörde zunächst versuchen, auf diesem Wege die Anschrift eines Bescheidempfängers zu ermitteln. Erst wenn alle Versuche gescheitert sind, so an die notwendigen Informationen zu gelangen, darf eine öffentliche Zustellung vorgenommen werden.

Anders wäre dies zu beurteilen, wenn ein offensichtlicher Fall der „Auslandsflucht“ vorliegt, also sich der Bescheidempfänger ohne nähere Angaben in das Ausland abgesetzt hat. In einem solchen Fall lässt die Rechtsprechung eine öffentliche Zustellung in einem wesentlich weiteren Rahmen zu.

(Quelle: Urteil des Bundesfinanzhofs)

### ***EuGH erklärt Bestimmung des deutschen Erbschaftsteuergesetzes für europarechtswidrig***

Eine Mutter schenkte ihrer Tochter ein bebautes Grundstück in Düsseldorf. Da beide seit Jahren in den Niederlanden wohnten, waren sie in Deutschland nicht unbeschränkt steuerpflichtig. Das Finanzamt berücksichtigte bei der Festsetzung der Schenkungsteuer lediglich einen Freibetrag von 1.100 € (ab 2009 beträgt der Freibetrag 2.000 €). Aufgrund der Klage gegen den Schenkungsteuerbescheid legte das Finanzgericht die Sache dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) vor.

Der EuGH stellte fest, dass auch Schenkungen unter den Begriff des Kapitalverkehrs fallen. Das Gericht verneint auch das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrunds für die unterschiedliche Behandlung von Personen, die nicht im Inland wohnen. Deshalb ist in vorstehenden Sachverhalten der höhere Freibetrag von 205.000 € (ab 2009 = 400.000 €) zu gewähren.

### ***Kein Auskunftsanspruch nach Abschluss des Besteuerungsverfahrens***

Drei Kinder wurden Erben nach dem Tod ihres Vaters. Eine Erbschaftsteuererklärung wurde nicht abgegeben. Das Finanzamt hatte nach einer Prüfung von Amts wegen von einer Festsetzung der Erbschaftsteuer abgesehen, die Freibeträge waren nicht überschritten. Nach Antritt der Erbschaft gerieten die Kinder in Streit über den ihnen zustehenden Erbanteil. Im Zuge dieses Rechtsstreits verlangte eines der Kinder Einsicht in die Akten des Finanzamts über die von Kreditinstituten dort eingereichten Anzeigen über Bankguthaben. Der Antrag wurde abgelehnt und die Richtigkeit des finanzamtlichen Vorgehens vom Bundesfinanzhof bestätigt.

Das Besteuerungsverfahren ist nach amtsinterner Feststellung der Steuerfreiheit des Nachlasses abgeschlossen, wenn es nicht zu einem Rechtsbehelf kommt. Danach besteht für die beteiligten Erben kein berechtigtes Interesse mehr auf Einsicht in die Akten des Finanzamts. Das Einsichtsrecht besteht nur bis zum Abschluss des Verwaltungsverfahrens.

Der Auskunftsanspruch kann auch nicht mit einer Verpflichtung des Finanzamts nach den Grundsätzen von Treu und Glauben durchgesetzt werden. Die gewünschten Unterlagen wurden nicht zur Wahrung von Rechten gegenüber dem Finanzamt benötigt. Sie sollten als Beweismittel im Rahmen eines Erbschaftsstreits dienen. Eine Treuepflicht des Finanzamts kann aber nicht zur Unterstützung verfahrensfremder Zwecke herangezogen werden.

### ***Kosten der Erbauseinandersetzung sind abzugsfähige Verbindlichkeiten des Nachlasses***

Kosten, die dem Erwerber eines Nachlasses unmittelbar mit seiner Abwicklung, Regelung oder Verteilung entstehen, sind als Verbindlichkeiten des Nachlasses abzugsfähig. Dazu gehören nach einem Urteil des Bundesfinanzhofs auch die Aufwendungen für eine Erbauseinandersetzung. Dies sind insbesondere:

- Kosten für einen Sachverständigen zur Bewertung der Nachlassgegenstände
- Notariats- und Gerichtskosten für die Übertragung der Nachlassgegenstände, vor allem Grundstücke
- Aufwendungen für die anwaltliche Beratung sowie die außergerichtliche und gerichtliche Vertretung bei der Erbauseinandersetzung
- bei einem Rechtsstreit über die Erbauseinandersetzung anfallende Gerichtskosten

Für die volle Anerkennung der Gutachterkosten zur Verkehrswertermittlung eines Grundstücks ist unerheblich, dass das Gutachten auch bei der Erstellung der Erbschaftsteuererklärung verwendet wird. Dies gilt gleichermaßen, wenn die Aufwendungen in einem zivilrechtlichen Klageverfahren eines Pflichtteilsberechtigten gegen den Erben anfallen.

Demgegenüber sind von einem Erben aufgewendete Kosten für einen Rechtsstreit, der die zu zahlende eigene Erbschaftsteuer betrifft, nicht abzugsfähig.

### ***Nachträglicher Wegfall der Steuerbefreiung wegen insolvenzbedingter Veräußerung von Betriebsvermögen***

Die schenkweise Übertragung oder der Übergang von Betriebsvermögen im Erbfall sind unter bestimmten Voraussetzungen erbschaftsteuerlich begünstigt. Eine der Voraussetzungen ist, dass der Betrieb von dem Erwerber mindestens fünf Jahre fortgeführt wird. Die Steuervergünstigung entfällt rückwirkend, wenn

während dieser Zeit der begünstigte Betrieb oder der Anteil daran veräußert wird. Gleiches gilt für eine Einstellung des Betriebs oder die Entnahme wesentlicher Betriebsgrundlagen in das Privatvermögen.

Der Bundesfinanzhof hat entschieden, dass die Steuerbefreiung auch dann rückwirkend wegfällt, wenn innerhalb der Fünfjahresfrist über das Vermögen des Unternehmens das Insolvenzverfahren eröffnet und das Betriebsvermögen durch den Insolvenzverwalter an einen Investor veräußert wird. Dieser Umstand rechtfertigt weder aus sachlichen noch aus persönlichen Gründen einen Erlass der nun nachzuerhebenden Erbschaftsteuer.

**Hinweis:** Nach neuem Erbschaftsteuerrecht gelten andere Behaltensfristen.

### **Trotz Veräußerung eines zugewendeten, mit einem Nießbrauch belasteten Gegenstands kann die Steuer weiterhin gestundet werden**

Wenden Eltern ihren Kindern Vermögenswerte zu, ist der Vorbehalt eines Nießbrauchs ein gängiges Gestaltungsmittel. Manche komplizierten Gestaltungen sind steuerlich nicht so einfach zu handhaben, wie der folgende Fall zeigt:

Im Jahr 1998 schenkte ein Vater seinem Sohn 23.000 Aktien und behielt sich den Nießbrauch an den Aktien vor. Bei Veräußerung der Aktien sollte sich der Nießbrauch auch auf alle Erträge der Vermögenswerte erstrecken, die an die Stelle der jeweils veräußerten Aktien treten. Laut Schenkungsvertrag war der Sohn im Falle einer Veräußerung verpflichtet, den Erlös abzüglich der durch den Verkauf veranlassten Steuern in eine noch zu gründende Personengesellschaft einzubringen. Dies geschah ein Jahr später, nachdem der Sohn die Aktien für über drei Millionen DM veräußert hatte. Gleichzeitig räumte der Vater seinem Sohn einen Gewinnvorab aus dem Gewinn der Personengesellschaft von 75.000 DM ein und verzichtete insoweit auf seinen Nießbrauch am Veräußerungserlös. Sohn und Finanzamt stritten nun, wie die Vorgänge zu besteuern sind.

Der Erwerb von Vermögen, dessen Nutzungen dem Schenker zustehen, wurde bis zum Jahr 2008 ohne Berücksichtigung dieser Belastung (im konkreten Fall des Nießbrauchs) besteuert. Dieses Abzugsverbot wurde dadurch abgemildert, dass die Steuer, soweit sie auf das mit dem Nießbrauch belastete Vermögen entfiel, bis zum Erlöschen des Nießbrauchs zinslos zu stunden war. Grundsätzlich endete die Stundung vorzeitig, wenn der Erwerber das belastete Vermögen vor dem Erlöschen des Nießbrauchs veräußerte. Da sich der Vater aber für den Fall der Veräußerung der Aktien die Fortsetzung des Nießbrauchs am Veräußerungserlös bereits in der Schenkungsabrede ausbedungen hatte, musste das Finanzamt die Steuer weiterhin stunden. Der Sohn war weiterhin mit einem Nießbrauch beschwert, wobei lediglich der belastete Gegenstand (Beteiligung an der Personengesellschaft anstatt Aktien) ausgewechselt wurde. Aufgehoben werden musste die Stundung insoweit, als der Sohn den Veräußerungserlös aus dem Aktienverkauf abzüglich Steuern in die Personengesellschaft eingebracht und als der Vater in Höhe von 75.000 DM auf seinen Nießbrauch verzichtet hatte.

**Hinweis:** Durch die Reform der Erbschaftsteuer ist für erbschaftsteuerliche Erwerbe nach dem 31.12.2008 das Abzugsverbot des Nießbrauchs und die damit korrespondierende Stundung der Steuer aufgehoben worden. Die Nießbrauchslast ist nun wie eine Gegenleistung abzugsfähig.

(Quelle: Urteil des Bundesfinanzhofs)

### **Abtretung von Lebensversicherungsansprüchen zur Darlehenssicherung kann steuerschädlich sein**

Die Abtretung von Lebensversicherungsansprüchen ab dem 14.2.1992 kann steuerschädlich sein. In diesem Fall ist bei Fälligkeit der Lebensversicherung ein festzustellender Betrag als Kapitaleinkünfte zu versteuern.

Der Bundesfinanzhof hatte über folgenden Fall zu entscheiden: A hatte den Kaufpreis eines Mietwohnhauses 1987 durch ein Darlehen bei der B-Bank finanziert und hierfür Lebensversicherungsansprüche abgetreten. 1998 schuldete er das Darlehen von 1 Mio. DM zur C-Bank um. Bei der Darlehensauszahlung wurde ein marktübliches Disagio von 10 % einbehalten. In Höhe des Auszahlungsbetrags von 900.000 DM trat A die bisher an die B-Bank abgetretenen Lebensversicherungsansprüche nunmehr an die C-Bank ab. Das Finanzamt wertete dies als steuerschädlich, weil auch das Disagio durch die C-Bank finanziert worden war.

Das Gericht gab A Recht, weil er die Lebensversicherungsansprüche schon vor dem 14.2.1992 abgetreten hatte. Auch das 1998 vereinbarte Disagio war als übliche Finanzierungsvariante unschädlich.

**Hinweis:** Das Urteil hat nur noch Bedeutung für bis zum 31.12.2004 abgeschlossene Lebensversicherungsverträge.

### ***AfA bei Gebäuden auf fremdem Grund und Boden***

Gebäude auf fremdem Grund und Boden sind nach einer Entscheidung des Bundesfinanzhofs wie ein materielles Wirtschaftsgut zu behandeln. Die Abschreibung richtet sich nach den für Gebäude geltenden Grundsätzen.

Es kommt nicht darauf an, ob die Nutzungsbefugnis auf einem unentgeltlichen oder entgeltlichen Rechtsverhältnis beruht. Für die Beurteilung ist auch unerheblich, ob Ersatzansprüche gegen den Eigentümer des Grundstücks bestehen oder die Übernahme der Herstellungskosten eine unentgeltliche Zuwendung an den Eigentümer darstellt. Entscheidend ist, ob die Herstellungskosten für das Gebäude zur Erzielung von Einkünften getragen werden.

### ***Alleinerbe kann Beerdigungskosten nicht als dauernde Last abziehen***

Der Bundesfinanzhof hat seine Rechtsprechung bestätigt, dass der Alleinerbe, der sich als Vermögensübernehmer gegenüber dem Vermögensübergeber verpflichtet hat, die Kosten einer standesgemäßen Beerdigung zu übernehmen, die Bestattungskosten nicht als dauernde Last abziehen kann.

### ***Anforderungen an den Nachweis von Bewirtungsaufwendungen***

Aufwendungen für die Bewirtung von Personen aus geschäftlichem Anlass sind nur in Höhe von 70 % als Betriebsausgaben abzugsfähig. Die Bewirtungsaufwendungen müssen angemessen sein. Die Höhe und die betriebliche Veranlassung sind nachzuweisen. Zum Nachweis hat der Bewirtende schriftlich die folgenden Angaben zu machen: Ort, Tag, Teilnehmer und Anlass der Bewirtung sowie die Höhe der Aufwendungen. Hat die Bewirtung in einer Gaststätte stattgefunden, so genügen Angaben zu dem Anlass und den Teilnehmern der Bewirtung. Die Rechnung ist beizufügen.

Das Finanzgericht Düsseldorf hat entschieden, dass Bewirtungsaufwendungen auch dann steuerlich geltend gemacht werden können, wenn ordnungsgemäße Eigenbelege vorliegen. Die Eigenbelege müssen Angaben zu Ort, Tag, Teilnehmern, Anlass der Bewirtung und zur Höhe der Aufwendungen enthalten.

Ist auf einer Bewirtungsrechnung der Name des Rechnungsempfängers nicht enthalten, schließt dies die Abzugsfähigkeit der Aufwendungen nicht aus. Allerdings ist die wirtschaftliche Belastung durch Kreditkartenabrechnungen nachzuweisen. Eine unterbliebene Angabe des Bewirtenden im Bewirtungsvordruck kann nach diesem Urteil nachgeholt werden.

Das Urteil weicht von der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs ab. Deshalb muss nun der Bundesfinanzhof endgültige Klarheit schaffen.

### ***Bei privater Nutzung mehrerer betrieblicher Fahrzeuge durch ausschließlich eine Person ist die 1 %-Regel für jedes Fahrzeug anzuwenden***

Für die Bewertung der privaten Nutzung eines betrieblichen Kfz stehen dem Unternehmer zwei Methoden zur Verfügung, nämlich die Führung eines Fahrtenbuchs oder die sogenannte 1 %-Regel. Hat ein Unternehmer mehrere Fahrzeuge im Betriebsvermögen, die er alle und ausschließlich allein ohne Führung eines Fahrtenbuchs auch privat nutzt, ist die 1 %-Regel fahrzeugbezogen, also mehrfach anzuwenden. Dies kann teuer werden, wie folgendes Beispiel zeigt:

Ein Unternehmensberater hielt durchgängig zwei, teilweise sogar drei Kfz in seinem Betriebsvermögen, die ausschließlich er auch privat nutzte. Ein Fahrtenbuch führte er nicht. In seiner Einkommensteuererklärung ermittelte er den privaten Nutzungsanteil für nur ein Fahrzeug. Nach einer Außenprüfung änderte das Finanzamt die Einkommensteuerbescheide und setzte für alle Fahrzeuge private Nutzungsanteile nach der 1 %-Regel an. Der Unternehmensberater wehrte sich erfolglos gegen das Finanzamt und musste für jedes Kfz für jeden Kalendermonat 1 % des inländischen Listenpreises zuzüglich der Kosten für Sonderausstattungen einschließlich der Umsatzsteuer als privaten Nutzungsanteil ansetzen.

(Quelle: Urteil des Bundesfinanzhofs)

**Hinweis:** Die bisherige Vereinfachungsregel, dass in solchen Fällen die private Nutzung nur für das teuerste Fahrzeug anzusetzen war, ist damit entfallen.

### ***Eine Einkünfterzielungsabsicht bei einer leer stehenden Wohnung liegt nur bei ernsthaften und nachhaltigen Vermietungsbemühungen vor***

Soweit Aufwendungen bereits vor der Erzielung von Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung angefallen sind, sind diese als vorweggenommene Werbungskosten zu berücksichtigen, wenn ein klar

erkennbarer wirtschaftlicher Zusammenhang mit späteren Einkünften aus Vermietung und Verpachtung besteht. Aufwendungen für eine leer stehende Wohnung können als vorweggenommene Werbungskosten abziehbar sein, wenn der Eigentümer der Wohnung sich endgültig entschlossen hat, durch Vermieten der Wohnung wieder Mieteinnahmen zu erzielen (Einkünfteerzielungsabsicht).

Das Hessische Finanzgericht hat entschieden, dass ernsthafte und nachhaltige Vermietungsbemühungen erforderlich sind, um eine Einkünfteerzielungsabsicht bei einer leer stehenden Wohnung nachzuweisen. Sucht der Eigentümer für eine in einem Wohngebiet liegende Wohnung nur gewerblich oder selbstständig Tätige als Mieter, und ist eine z. B. gewerbliche Nutzung in dem Gebäude unzulässig oder nur unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt, liegen keine ernsthaften Vermietungsbemühungen vor. Solche Bemühungen führen nicht zu einer Einkünfteerzielungsabsicht. Der Ansatz von (vorweggenommenen) Werbungskosten ist dann nicht möglich.

### **Keine Berichtigungsmöglichkeit wegen offener Unrichtigkeit bei versehentlich nicht als Werbungskosten erklärten Umsatzsteuer-Zahlungen**

Die Abgabenordnung ermöglicht die jederzeitige Berichtigung von Schreib-, Rechenfehlern und ähnlichen offeneren Unrichtigkeiten, die beim Erlass eines Steuerbescheids unterlaufen sind. Zu Schreib- und Rechenfehlern zählen nur mechanische Fehler und nicht Verstöße im Bereich des Denkens. Unter ähnliche Unrichtigkeiten fallen nur solche Fehler, die wie Schreib- und Rechenfehler als mechanisches Versehen zu werten sind. Dies sind u. a. Fehler beim Ablesen der Steuertabelle, das falsche Einsetzen von Zahlen in einen Berechnungsbogen, die doppelte Berücksichtigung eines Freibetrags, Übertragungsfehler usw.

Eine Unrichtigkeit ist offenbar, wenn sich der Fehler für einen unvoreingenommenen mit dem Fall vertrauten Dritten eindeutig und augenfällig ergibt. Nur Fehler der Finanzbehörde berechtigen zur Berichtigung. Übernimmt die Finanzbehörde Fehler des Steuerpflichtigen, z. B. in der Steuererklärung, so wird dieser Fehler zu einem eigenen Fehler der Finanzbehörde, wenn die Unrichtigkeit für die Finanzbehörde ohne weiteres erkennbar war.

Ein Vermieter, der ein Gebäude umsatzsteuerpflichtig vermietete, hatte bei der Überschussermittlung der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung versehentlich die an das Finanzamt gezahlte Umsatzsteuer nicht als Werbungskosten angesetzt. Der Feststellungsbescheid war bestandskräftig. Das Finanzgericht Düsseldorf entschied, dass in der Übernahme der fehlerhaften Angaben in der Steuererklärung keine offenbare Unrichtigkeit liege. Der Fehler des Finanzamts beruhe nicht auf einem mechanischen Versehen in Form einer bloßen Unachtsamkeit, sondern auf einer unzureichenden Sachaufklärung. Und dies führt nicht zu einer Berichtigung eines bestandskräftigen Steuerbescheids wegen offener Unrichtigkeit.

Der Bundesfinanzhof muss sich mit diesem Fall beschäftigen.

### **Steuerliches Treuhandverhältnis nur bei Weisungsrecht des Treugebers**

Gesellschafter einer GmbH waren Kommunen, die der GmbH treuhänderisch ihre Aktien an einem Energieversorgungsunternehmen überlassen hatten. Nach den zwischen der GmbH (Treuhand) und den Kommunen (Treugeber) geschlossenen Verträgen hatten die Kommunen weder Weisungsrechte gegenüber der GmbH noch Dividendenrechte an den Aktien. Als Gegenleistung zahlte die GmbH an die Kommunen Zinsen, die sie als Betriebsausgaben absetzte, während sie die Aktien-Dividenden als Betriebseinnahmen buchte.

Das Finanzamt behandelte die Kommunen als sog. wirtschaftliche Eigentümer der Aktien, weil es meinte, es läge ein steuerliches Treuhandverhältnis vor. Die an die Kommunen gezahlten Zinsen rechnete es als verdeckte Gewinnausschüttung dem Gewinn der GmbH hinzu und bewertete die vereinnahmten Dividenden als verdeckte Einlagen der Kommunen.

Der Bundesfinanzhof folgte nicht der Auffassung des Finanzamts, weil die Kommunen der GmbH gegenüber kein Weisungsrecht hinsichtlich der Aktien hatten.

### **Teilbetriebsveräußerung nur bei vollständiger Aufgabe der Tätigkeit**

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs erfordert die Anerkennung einer Teilbetriebsveräußerung u. a. die vollständige Aufgabe der bisher ausgeübten Tätigkeit im Bereich des veräußerten Teilbetriebs. Mit dieser grundsätzlichen Aussage lehnt es der Bundesfinanzhof ab, die Veräußerung einer von drei Windkraftanlagen als Teilbetriebsveräußerung anzuerkennen.

Der Tätigkeitsbereich der zwei verbleibenden Windkraftanlagen unterscheidet sich nicht von dem der veräußerten Anlage. Mit den verbleibenden Anlagen werden am Markt auch keine anlagenspezifischen abgrenzbaren Leistungen gegenüber der veräußerten Anlage angeboten. Die mit der veräußerten Windkraftanlage verbundene Tätigkeit der Stromerzeugung ist mit den verbliebenen Anlagen fortgesetzt worden.

## **Überschussprognose bei nur halbjähriger Ferienhausvermietung**

Bei einer auf Dauer angelegten Vermietungstätigkeit wird grundsätzlich von einer Einkünfteerzielungsabsicht ausgegangen. Für Ferienimmobilien gelten dagegen andere Grundsätze. Von einer Einkünfteerzielungsabsicht ist in diesen Fällen nur dann auszugehen, wenn das Objekt ausschließlich an Feriengäste vermietet und die Vermietung die ortsübliche Vermietungszeit weniger als 25 % unterschreitet. Bei einer teilweisen Selbstnutzung muss der Eigentümer anhand einer Überschussprognose nachweisen, dass eine Einkünfteerzielungsabsicht gegeben ist. Dabei liegt die Beweislast alleine beim Vermieter.

Einer solchen Überschussprognose bedarf es auch bei Objekten, die nur halbjährig (z. B. in der Sommersaison) vermietet werden und in der übrigen Zeit weder selbst genutzt noch zur Vermietung bereit stehen. Grundlagen für die Prognoseerstellung sind dabei die Verhältnisse zum Zeitpunkt des Erwerbs der Immobilie bzw. bei Beginn der Vermietung.

(Quelle: Urteil des Bundesfinanzhofs)

## **Zeitpunkt der Realisierung von Verlusten aus Gesellschafterforderungen erst mit Beendigung der Gesellschaft**

Forderungen von Gesellschaftern einer Personengesellschaft gegenüber der Gesellschaft sind wie Eigenkapital zu behandeln. Das gilt einschließlich der darauf entfallenden Zinsen und bis zur Beendigung der Gesellschaft. An dieser Sichtweise ändert sich nach einem Urteil des Bundesfinanzhofs auch nichts, wenn die Forderung gegenüber der Gesellschaft wertlos wird.

Ursache dafür ist eine steuerliche Gewinnermittlungsvorschrift. Danach hat einer Verbindlichkeit gegenüber einem Gesellschafter in der Gesamthandsbilanz eine gleich hohe Forderung in der Sonderbilanz des Gesellschafters gegenüber zu stehen. Es gilt der Grundsatz der korrespondierenden Bilanzierung. Ein möglicher Verlust im Sonderbetriebsvermögen wird erst im Zeitpunkt der Beendigung der Gesellschaft realisiert.

## **Ein-Unternehmer-Personengesellschaft nicht gewerbesteuerpflichtig**

An der A-GmbH & Co. KG waren als Komplementärin die X-KG zu 99,9 % und als Kommanditistin die Y-GmbH zu 0,1 % beteiligt. Die Y hielt die Anteile aber nur treuhänderisch für die X und war deshalb kein Mitunternehmer der A (sog. Treuhandmodell). Strittig war, ob die A als handelsrechtlich existierender Betrieb gewerbesteuerpflichtig war, obwohl sie einkommensteuerlich nur einen Gesellschafter hatte.

Der Bundesfinanzhof hat entschieden, dass die sog. „Ein-Unternehmer-Personengesellschaft“ auch nicht gewerbesteuerpflichtig ist.

**Tipp:** Das „Treuhandmodell“ weicht von der klassischen Beteiligungsstruktur einer GmbH & Co. KG ab. Es hat den Vorteil, dass trotz eines handelsrechtlich existenten Betriebs ertragsteuerlich keine Personengesellschaft vorliegt. Es kann für verschiedene steuerliche Gestaltungen genutzt werden, beispielsweise zur Verlustverrechnung im Konzern ohne Organschaftsverhältnis oder für Vermögensübertragungen zwischen Gesellschaften, die handelsrechtlich zu Gewinnen führen, steuerlich aber neutral sind (sog. Window Dressing).

## **Maßgeblichkeit von zulässigem Gesamtgewicht und Nutzlast für Pkw-Besteuerung**

Fahrzeuge, die bauartbedingt weitgehend einem PKW entsprechen und sich auch hinsichtlich des zulässigen Gesamtgewichts und der Nutzlast von einem PKW nicht wesentlich unterscheiden, müssen bei der Kfz-Steuer auch wie ein PKW, also nach Hubraum, besteuert werden.

Ein Autofahrer wollte einen Opel Astra-F-LFW steuerlich als LKW behandeln und damit Kfz-Steuer sparen. Das Auto hat werksseitig keine hinteren Sitze und eine Trennwand zwischen dem Fahrgastraum und der Ladefläche. Befestigungspunkte für Sicherheitsgurte und Sitze fehlten im Bereich der Ladefläche. Das Auto hatte zwei Türen und eine Heckklappe. Die hinteren Seitenfenster waren verblecht. Das zulässige Gesamtgewicht betrug 1.600 kg, die Nutzlast 500 kg. Die der Personenbeförderung dienende Fläche wurde mit 1,68 m<sup>2</sup>, die Ladefläche mit 2,16 m<sup>2</sup> ermittelt.

Das Finanzamt behielt mit der Ablehnung der gewichtsbezogenen Lkw-Besteuerung auch vor dem Bundesfinanzhof Recht. Eine Besteuerung als LKW ist nur möglich, wenn die Fahrzeuge ein zulässiges Gesamtgewicht von mehr als 2.800 kg und eine Nutzlast von mehr als 800 kg haben. Denn Limousinen oder Kombis mit einem zulässigen Gesamtgewicht von 2.500 bis 2.700 kg und einer Zuladung von 500 bis 650 kg sind heute keine Seltenheit. Fahrzeuge, die nach ihrem äußeren Erscheinungsbild (Karosserieform) sowie ihrer technischen Ausstattung (Fahrgestell und Motorisierung) einem annähernd baugleichen PKW-Typ entsprechen und die nicht sowohl ein zulässiges Gesamtgewicht von 2.800 kg als



auch eine Zuladung von 800 kg überschreiten, gelten mithin stets als PKW und unterliegen wie diese der emissionsbezogenen Hubraumbesteuerung.

### **Änderung der Bemessungsgrundlage beim Verkauf einer Gewerbeimmobilie**

Eine GbR verkaufte noch vor Fertigstellung eines Einkaufszentrums ein Grundstück und optierte bzgl. des Verkaufs zur Umsatzsteuer. Im notariellen Vertrag gab die GbR eine Mietgarantie gegenüber dem Käufer ab. Da die zugesagten Mieterträge nicht erreicht wurden, einigten sich die Beteiligten später auf eine Ausgleichszahlung der GbR an den Käufer. In der Umsatzsteuer-Jahreserklärung machte die GbR die Zahlung als nachträgliche Kaufpreisminderung geltend, was das Finanzamt ablehnte. Das Finanzamt hatte in der Zahlung einen echten Schadensersatz gesehen, der nicht der Umsatzsteuer unterliegt.

Der Bundesfinanzhof hat entschieden, dass die Minderung der Bemessungsgrundlage einen unmittelbaren Zusammenhang einer Zahlung mit der zuvor erbrachten Leistung voraussetzt. Dies war im vorliegenden Fall gegeben, weil die Zahlung den Minderwert der Immobilie ausglich.

### **Auch in Rechnungen von „Kleinstunternehmern“ konkrete Leistungsbeschreibung für die Vorsteuerabzugsberechtigung erforderlich**

Voraussetzung für den Vorsteuerabzug ist u. a., dass eine Rechnung die eindeutige und leicht nachprüfbare Feststellung der Leistung ermöglicht, über die abgerechnet wird. Allgemeine Bezeichnungen wie „Trockenbauarbeiten“, „Fliesenarbeiten“ und „Außenputzarbeiten“ reichen nicht aus. Es muss vielmehr das Objekt, an dem die Arbeiten ausgeführt wurden, konkret bezeichnet werden. Die Anforderungen an die Leistungsbeschreibung gelten einheitlich für alle Unternehmer. Es gibt keine Erleichterungen für sog. „Kleinstunternehmer“.

(Quelle: Beschluss des Bundesfinanzhofs)

### **Vorsteueraufteilung bei Baumaßnahmen von deren Einordnung als Herstellungs- oder Erhaltungsaufwand abhängig**

Errichtet ein Unternehmer ein Gebäude oder tätigt im Zusammenhang mit dessen Erwerb sog. anschaffungsnahe Aufwendungen, kommt es für den Vorsteueraufteilungsmaßstab (z. B. Flächenmaßstab) darauf an, in welchem Umfang das gesamte Gebäude zur Ausführung nicht umsatzsteuerbarer bzw. umsatzsteuerpflichtiger Ausgangsleistungen einerseits und steuerfreier Ausgangsleistungen andererseits verwendet wird.

Bei Erhaltungsaufwendungen an einem bestehenden Gebäude kommt es demgegenüber darauf an, wie der Gebäudeteil genutzt wird, für den die Erhaltungsaufwendungen entstehen. Dies hat der Bundesfinanzhof in Bestätigung seiner Rechtsprechung, der sich die Finanzverwaltung mittlerweile angeschlossen hat, entschieden.

Darüber hinaus hat der Bundesfinanzhof entschieden, dass der Unternehmer an den von ihm gewählten sachgerechten Aufteilungsmaßstab gebunden ist, sobald der entsprechende Umsatzsteuerbescheid formell bestandskräftig geworden ist, also nicht mehr mit dem Einspruch angefochten werden kann.

### **Zusammenfassende Meldung muss ab Juli 2010 früher abgegeben werden**

Am 1. Juli 2010 tritt eine neue Vorschrift in Kraft, die die Vorgaben der EU umsetzt und die Frist zur Abgabe der Zusammenfassenden Meldungen bei innergemeinschaftlichen Warenlieferungen und Lieferungen erheblich verkürzt.

Ein Unternehmer muss bis zum 25. Tag nach Ablauf jedes Kalendermonats (Meldezeitraum), in dem er innergemeinschaftliche Warenlieferungen ausgeführt hat, dem Bundeszentralamt für Steuern eine Meldung (Zusammenfassende Meldung) nach amtlich vorgeschriebenem Datensatz übermitteln, in der er die entsprechenden Angaben zu machen hat. Eine Fristverlängerung gibt es nicht.

Soweit die Summe der Bemessungsgrundlagen für innergemeinschaftliche Warenlieferungen weder für das laufende Kalendervierteljahr noch für eines der vier vorangegangenen Kalendervierteljahre jeweils mehr als 50.000 € beträgt, kann die Zusammenfassende Meldung bis zum 25. Tag nach Ablauf des Kalendervierteljahres übermittelt werden.

Übersteigt die Summe der Bemessungsgrundlage für innergemeinschaftliche Warenlieferungen und für Lieferungen im Laufe eines Kalendervierteljahres 50.000 €, hat der Unternehmer bis zum 25. Tag nach Ablauf des Kalendermonats, in dem dieser Betrag überschritten wird, eine Zusammenfassende Meldung für diesen Kalendermonat und die bereits abgelaufenen Kalendermonate dieses Kalendervierteljahres zu übermitteln.

Vom 1. Juli 2010 bis zum 31. Dezember 2011 tritt an die Stelle des Betrags von 50.000 € der Betrag von 100.000 €.

Für Unternehmer, die im übrigen Gemeinschaftsgebiet steuerpflichtige sonstige Leistungen ausgeführt haben, für die sie für in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Leistungsempfänger die Steuer dort schulden, gilt ähnliches.

**Hinweis:** Falls Dauerfristverlängerung zur Abgabe der Umsatzsteuervoranmeldungen beantragt worden ist, fallen die Abgabefristen auseinander. Betroffene Unternehmen müssen ab Juli 2010 die Buchführungsunterlagen erheblich früher bei ihrem Steuerberater einreichen.

### **Ausgleich des steuerlichen Nachteils eines unterhaltsberechtigten früheren Ehegatten**

Ein unterhaltsberechtigter früherer Ehegatte hatte dem Antrag des Unterhaltspflichtigen auf Durchführung des steuerlichen Realsplittings nach dessen Zusicherung, alle hieraus entstehenden wirtschaftlichen Nachteile zu ersetzen, zugestimmt. Für denselben Veranlagungszeitraum hatte die Unterhaltsberechtigte mit einem neuen Ehegatten die Zusammenveranlagung gewählt. Streitig war die Höhe des Nachteilsausgleichs nach Inanspruchnahme des Realsplittings, insbesondere die Frage, ob auch die aus der Zusammenveranlagung resultierende steuerliche Mehrbelastung auszugleichen ist.

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs kann die Unterhaltsberechtigte von dem Unterhaltspflichtigen höchstens den Ausgleich des steuerlichen Nachteils verlangen, der ihr bei getrennter Veranlagung durch die Besteuerung der Unterhaltsbezüge entstanden wäre. Dies gilt auch dann, wenn die Unterhaltszahlungen nicht zeitgerecht, sondern verspätet geleistet worden sind.

### **Leitungswasserschaden: Versicherungsnehmer hat auch Anspruch auf Schadensregulierung bezüglich der durch Sanierungsarbeiten kontaminierten Geschäftsware**

In einem vom Landgericht Köln entschiedenen Fall nahm die Betreiberin eines Geschäfts für Damendessous ihre Versicherung aus Anlass eines Leitungswasserschadens auf Gewährung von Versicherungsschutz aus einer Geschäftsversicherung in Anspruch. Der Mieter der Räume unter dem Ladenlokal hatte die Hausverwaltung über den Austritt von Leitungswasser informiert, die daraufhin eine Installationsfirma mit der Schadensbeseitigung beauftragte. Infolge der Arbeiten der Installationsfirma - die beim notwendigen Öffnen des Oberbodens keine Schutzmaßnahmen gegen Staub und Schmutz getroffen hatte - wurden die gesamte Geschäftseinrichtung und die Waren mit Staub und Schimmelpilzen kontaminiert.

Die Versicherung verweigerte die Schadensregulierung mit der Begründung, dass nicht das ausgetretene Leitungswasser für die Kontamination der Ware, sondern mangelnde Schutzmaßnahmen bzw. unsachgemäßes Vorgehen der Installationsfirma ursächlich gewesen seien. Außerdem sei auch kein Schaden entstanden, da die Ware weiterhin ohne Preisnachlass veräußert worden sei.

Das Gericht gab der Klage statt. Der Leitungswasseraustritt war ursächlich für den eingetretenen Schaden an den Waren, weil ohne die Leckage die Sanierungsarbeiten, die in der Regel auch mit Schmutz verbunden sind, nicht erforderlich gewesen wären. Eine Verpflichtung der Geschädigten, das Ladenlokal auszuräumen, bestand nicht, da diese nach lediglich telefonischer Unterrichtung über den Leitungsschaden nicht mit einem derartigen Umfang der Sanierungsarbeiten zu rechnen brauchte. Mit dem Bemühen, die Ware ohne nennenswerte Abschläge zu verkaufen, genügte die Geschädigte nur ihrer Schadensminderungspflicht.

# +++Anlage Lohnbüro+++

## **Beim elektronischen Fahrtenbuch müssen nachträgliche Veränderungen der aufgezeichneten Daten ausgeschlossen sein**

Ein Unternehmer nutzte ein betriebliches Fahrzeug auch privat. In dem Fahrzeug befand sich ein Fahrdatenspeicher, der für jede Fahrt automatisch Datum, Uhrzeit, Fahrdauer, Tachostand und gefahrene Kilometer aufzeichnet. Manuell können Art, Ziel und Zweck der Fahrt sowie Bemerkungen eingegeben werden. Hinsichtlich der Art der Fahrt stehen die drei Varianten dienstlich (D), privat (P) oder Fahrt zur Arbeit (A) zur Verfügung. Wird vom Bediener nichts eingegeben, übernimmt das Programm Art, Ziel, Zweck und Bemerkungen von der vorhergehenden Fahrt. Sämtliche Daten werden zunächst im Fahrdatenspeicher gespeichert und können später gesammelt ausgelesen und auf einem externen Computer gespeichert werden. Da die Daten nach dem Auslesen nicht mehr im Fahrdatenspeicher gespeichert sind, kann ein Datensatz nur einmal ausgelesen werden. Nach dem Auslesen können die automatisch aufgezeichneten Daten (Datum, Uhrzeit, Tachostand, gefahrene Kilometer) vom Anwender nicht mehr verändert werden. Die übrigen Eingaben hinsichtlich Art, Ziel, Zweck der Fahrt und Bemerkungen sind dagegen frei änderbar.

Mit dieser Art Fahrtenbuch kann die 1 %-Regel nicht vermieden werden, weil es nicht ordnungsgemäß ist.

Bei einem mit Hilfe eines Computerprogramms erzeugten Fahrtenbuch müssen nachträgliche Veränderungen an den zu einem früheren Zeitpunkt eingegebenen Daten nach der Funktionsweise des verwendeten Programms technisch ausgeschlossen sein oder zumindest in ihrer Reichweite in der Datei selbst dokumentiert und offen gelegt werden.

Hier konnten aber gerade die für die Abgrenzung der privaten von der betrieblichen Veranlassung maßgeblichen Daten, nämlich die Angaben zu Art, Zweck und Ziel der Fahrten sowie Bemerkungen, nachträglich geändert werden. Damit besteht die Möglichkeit der jederzeitigen Änderung, ohne dass diese Änderungen sichtbar werden und nachverfolgt werden können.

(Quelle: Urteil des Finanzgerichts Münster<sup>1</sup>)

<sup>1</sup> FG Münster, Urt. v. 4.2.2010, 5 K 5046/07, LEXinform 5009857.

## **Übernahme von Verwarnungsgeldern durch eine Spedition für ihre LKW-Fahrer ist kein beitragspflichtiger Arbeitslohn**

Das Landessozialgericht Rheinland-Pfalz hat die im Rahmen einer Betriebsprüfung vom Rentenversicherungsträger getroffene Entscheidung aufgehoben, mit der die von einem Speditionsunternehmen bezahlten Geldbußen unter anderem wegen Lenkzeitüberschreitungen der bei ihm beschäftigten Kraftfahrer als beitragspflichtiges Arbeitsentgelt der jeweiligen Fahrer gewertet worden war.<sup>1</sup>

Im Vordergrund der Übernahme der Geldbußen durch den Arbeitgeber hätten dessen eigenbetriebliche Interessen gestanden.<sup>2</sup> Er hatte die Fahrer angewiesen, unter Außerachtlassung güterverkehrsrechtlicher Bestimmungen, die mit den Kunden vereinbarten Liefertermine unbedingt einzuhalten. Für die Beurteilung der betriebsfunktionalen Zielsetzung der Zuwendungen sei ohne Belang, ob das Verhalten des Arbeitgebers von der Rechtsordnung zu billigen sei.

<sup>1</sup> LSG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 20.01.2010, L 6 R 381/08, Meldung v. 11.05.2010, LEXinform 5211454.

<sup>2</sup> Hinweis: das BSG hat am 1.12.2009, B 12 R 8/08 R in einem vergleichbaren Fall ebenfalls zugunsten des Arbeitgebers entschieden.

## **Bezeichnung „Ossi“ ist keine Benachteiligung wegen ethnischer Herkunft**

In einem vom Arbeitsgericht Stuttgart<sup>1</sup> entschiedenen Fall hatte eine aus dem ehemaligen Gebiet der DDR stammende Buchhalterin sich auf eine entsprechende ausgeschriebene Stelle beworben. Mit dem Absageschreiben erhielt die Bewerberin ihre Bewerbungsunterlagen, u. a. den von ihr erstellten Lebenslauf, zurück, auf dem eine Mitarbeiterin des ausschreibenden Unternehmens den Vermerk „Ossi“ mit einem daneben eingekreisten Minuszeichen angebracht und an zwei weiteren Stellen „DDR“ vermerkt hatte. Die Bewerberin sah darin eine Benachteiligung wegen ihrer ethnischen Herkunft und nahm das Unternehmen auf Zahlung einer Entschädigung in Höhe von mindestens 5.000 € in Anspruch.

Das Gericht wies die Klage ab. Zwar könne die Bezeichnung „Ossi“ diskriminierend gemeint und auch so zu verstehen sein. Allerdings soll durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz<sup>2</sup> nicht jede denkbare Benachteiligung beseitigt oder verhindert werden; vor allem könne die Bezeichnung „Ossi“ nicht dem Tatbestandsmerkmal „ethnische Herkunft“ zugeordnet werden.

<sup>1</sup> ArbG Stuttgart, Urt. v. 15.4.2010, 17 Ca 8907/09, LEXinform 1441034.

<sup>2</sup> § 1 AGG.

### **Lohnsteuerschätzung mit durchschnittlichem Steuersatz wegen nicht ordnungsgemäß in Lohnkonten aufgezeichneter Löhne**

Die Lohnsteuer kann mit einem durchschnittlichen Steuersatz geschätzt und der Arbeitgeber als Haftungsschuldner in Anspruch genommen werden, wenn verspätet Lohnkonten vorgelegt werden, die offenbar nachträglich durch beliebige Annahmen erstellt wurden, und wenn die individuellen Besteuerungsmerkmale der Lohnempfänger nicht mehr zu ermitteln sind. So entschied das Sächsische Finanzgericht.<sup>1</sup>

Steuersätze sind zu schätzen, wenn der Steuerpflichtige entsprechende Aufzeichnungen, zu denen er verpflichtet ist, nicht vorlegen kann oder wenn diese nicht zugrunde gelegt werden können.<sup>2</sup> Dies ist der Fall, wenn nach den Umständen des Einzelfalls Anlass besteht, ihre sachliche Richtigkeit zu beanstanden.<sup>3</sup>

Hier war im Rahmen einer Lohnsteueraußenprüfung lediglich ein Lohnjournal mit Löhnen für eine Arbeitnehmerin, keine Lohn- und Finanzbuchungsunterlagen und keine Bilanz oder Einnahmen-Überschussrechnung vorgelegt worden. Daraufhin wurden anhand des Bilanzansatzes für das Vorjahr Aushilfslöhne in Höhe von rund 10.000 € geschätzt und der Arbeitgeber für Lohnsteuer, Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer in Anspruch genommen. Der Steuersatz wurde mit dem Mindeststeuersatz geschätzt. Im anschließenden Klageverfahren legte der Arbeitgeber verschiedene, zum Teil widersprüchliche Lohnunterlagen für insgesamt 108 Arbeitnehmer vor. Für einzelne Arbeitnehmer existierten schließlich mehrere Lohnkonten mit verschiedenen Angaben, so dass der Eindruck entstand, die Unterlagen seien nachträglich durch beliebige Annahmen z. B. zur Lohnsteuerklasse erstellt worden.

<sup>1</sup> Sächsisches FG, Urt. v. 24.2.2010, LEXinform 5009918.

<sup>2</sup> § 162 Abs. 2 AO.

<sup>3</sup> § 158 AO.

### **Neues Statusfeststellungsverfahren**

Im Jahr 2005 wurde das sogenannte Statusfeststellungsverfahren eingeführt. Dadurch sollte verbindlich für alle Sozialversicherungsträger der Status von mitarbeitenden Ehegatten oder Lebenspartnern in einem Unternehmen festgestellt werden.

Die Zuständigkeit für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung teilten sich bisher die Krankenkassen und eine Clearingstelle bei der Deutschen Rentenversicherung Bund (DRV Bund).

### **Was ändert sich ab Juni 2010?**

Die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung haben sich auf eine organisatorische Änderung des bisherigen Verfahrens zur Statusfeststellung verständigt.<sup>1</sup>

Das bisherige „zweigleisige“ Verfahren wird abgelöst.

Seit dem 1. Juni 2010 trifft allein die Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung Bund die Entscheidung über die Versicherungspflicht von Ehegatten oder Lebenspartnern.

- Anmeldungen mit dem Statuskennzeichen „1“ (Ehegatte Lebenspartner oder Abkömmling des Arbeitgebers) sind dafür dann im Verfahren zwischen der Krankenkasse und der Rentenversicherung zugelassen.
- Die Statuskennzeichen „3“ und „5“ werden künftig entfallen.<sup>2</sup>

Die Krankenkasse leitet die jeweilige Meldung direkt an die Datenannahmestelle der Rentenversicherungsträger weiter, diese dann an die DRV Bund.

Die Rentenversicherung versendet gegebenenfalls einen Feststellungsbogen an den betreffenden Arbeitgeber.

Nach Prüfung des Bogens durch die Clearingstelle der DRV Bund erhalten Arbeitgeber und Arbeitnehmer einen Bescheid über das Ergebnis der Statusfeststellung.

- <sup>1</sup> Die Neuerungen sind dokumentiert in der „Niederschrift über die Besprechung des GKV-Spitzenverbandes, der Deutschen Rentenversicherung Bund, der Bundesagentur für Arbeit und der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung zu Fragen des gemeinsamen Meldeverfahrens am 24./25.11.2009“.
- <sup>2</sup> „3“ = Ehegatte oder Lebenspartner (bereits durch Einzugsstelle geklärt); „5“ = Ehegatte, Lebenspartner oder Abkömmling (Fragebogen durch Einzugsstelle versandt, Klärung erfolgt durch Clearingstelle).

### **Karenzenschädigung bei „überschießendem“ Wettbewerbsverbot**

Ein Wettbewerbsverbot ist insoweit unverbindlich, als es nicht dem Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Arbeitgebers dient.<sup>1</sup> Nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt ist der Anspruch auf Karenzenschädigung bei einem teilweise verbindlichen und teilweise unverbindlichen Wettbewerbsverbot. Das Bundesarbeitsgericht<sup>2</sup> hat diesbezüglich entschieden, dass der Anspruch nicht voraussetzt, dass der Arbeitnehmer das Wettbewerbsverbot insgesamt beachtet; es genügt die Einhaltung des verbindlichen Teils.

In dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Fall hatte ein Arbeitgeber, der von ihm hergestellte Fenster und Türen ausschließlich an den Fachhandel vertrieb, mit seinem Marketingleiter ein Wettbewerbsverbot vereinbart. Danach war dieser verpflichtet, während der Dauer von zwei Jahren nach Beendigung des Anstellungsverhältnisses nicht für ein Konkurrenzunternehmen tätig zu sein.

Nach seinem Ausscheiden arbeitete der bisherige Marketingleiter als selbstständiger Handelsvertreter für einen Fachhändler und vertrieb Fenster und Türen an den Endverbraucher. Da er das Wettbewerbsverbot insoweit als unverbindlich ansah, nahm er seinen bisherigen Arbeitgeber auf Zahlung der vereinbarten Karenzenschädigung in Anspruch.

Das Gericht bejahte den Anspruch. Das Verbot, Fenster und Türen direkt an den Endverbraucher zu vertreiben, diente nicht dem Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Arbeitgebers und war deshalb insoweit unverbindlich. Da der Arbeitnehmer das Wettbewerbsverbot in seinem verbindlichen Teil beachtet hat, bestand der Anspruch auf die vereinbarte Karenzenschädigung.

<sup>1</sup> § 74 a Abs. 1 S. 1 HGB.

<sup>2</sup> BAG, Urt. v. 21.4.2010, 10 AZR 288/09, Pressemitteilung Nr. 30/10.

### **Firmensitz als regelmäßige Arbeitsstätte eines Außendienstmitarbeiters**

Wenn ein Außendienstmitarbeiter einmal am Tag den Firmensitz seines Arbeitgebers aufsucht, ist dieser auch dann als regelmäßige Arbeitsstätte zu betrachten, wenn dem Arbeitnehmer dort kein individuell eingerichteter Arbeitsplatz zur Verfügung steht und er dort nicht täglich Anweisungen und Aufträge des Arbeitgebers erhält. So entschied das Finanzgericht Münster im Falle eines Mitarbeiters, der auf Weisung seines Arbeitgebers mit dem Firmenfahrzeug täglich den Firmensitz aufsuchen musste, bevor er zu seinem Einsatzbereich fahren durfte.<sup>1</sup> Das Finanzamt hatte die dafür notwendigen Fahrten als Fahrten zwischen Wohn- und Arbeitsstätte qualifiziert und den geldwerten Vorteil aus der Nutzung des Firmenfahrzeugs hierfür entsprechend versteuert.

Die Versteuerung des geldwerten Vorteils für die Nutzung eines Firmenwagens für Fahrten zwischen Wohn- und Arbeitsstätte<sup>2</sup> setzt voraus, dass der Firmensitz regelmäßige Arbeitsstätte des Arbeitnehmers ist.<sup>3</sup> Angenommen wird dies für jede ortsfeste und dauerhaft betriebliche Einrichtung des Arbeitgebers, der der Arbeitnehmer zuzuordnen ist und die er nicht nur gelegentlich, sondern mit einer gewissen Nachhaltigkeit aufsucht. Entscheidend ist, dass der Betriebssitz durch das wiederholte Aufsuchen des Arbeitnehmers eine hinreichend zentrale Bedeutung erlangt. Es kommt nicht auf die Intensität oder Dauer der dort ausgeübten Tätigkeit an.<sup>4</sup> Ebenso wenig spielen ein individueller Arbeitsplatz oder die Ausübung arbeitsvertraglich geregelter Tätigkeiten am Firmensitz eine Rolle.

<sup>1</sup> FG Münster, Urt. v. 24.4.2009, 10 K 1010/07 E, EFG 2010, 562.

<sup>2</sup> § 8 Abs. 2 Satz 3 EStG.

<sup>3</sup> § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 EStG.

<sup>4</sup> z. B. BFH, Beschl. v. 6.11.2008, VI B 54/08, ZSteu 2009, R43-R44.

### **Abrede „Per Einschreiben“ ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung für Kündigung**

Das Oberlandesgericht Düsseldorf<sup>1</sup> hatte über die Rechtswirksamkeit der Kündigung eines Bewachungsvertrags zu entscheiden, die laut Vereinbarung „durch eingeschriebenen Brief“ zu erfolgen hatte, tatsächlich aber durch Boten zugestellt wurde.

Nach Auffassung des Gerichts war die Kündigung dennoch wirksam, weil bei Vereinbarung der Schriftform sowie einer besonderen Übersendungsart nur die Schriftform als Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung eines Dienstvertrags zu betrachten ist, während die vereinbarte Übersendungsart insoweit unbeachtlich ist. Sie soll lediglich den Zugang der Kündigungserklärung sichern.

Hinweis: Dies gilt ebenso für den Arbeitsvertrag als besondere Form des Dienstvertrags.

<sup>1</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.10.2009, 24 U 38/09, schnellbrief Arbeitsrecht 9/2010, S. 8.

### **Auszubildenden kann während der Probezeit auch ohne Zustimmung des Personalrats gekündigt werden**

Arbeitgeber, die einen Auszubildenden für ungeeignet halten, können nach einer Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg das Ausbildungsverhältnis während der Probezeit auch ohne Zustimmung des Personalrats wirksam fristlos kündigen.<sup>1</sup> Dessen Zustimmungsverweigerung ist unbeachtlich, wenn der Arbeitgeber seiner Eignungsbeurteilung einen zutreffenden Sachverhalt zugrunde gelegt hat und die Kündigung nicht aus Gründen außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes wie z. B. Willkür unwirksam ist.

In dem entschiedenen Fall war eine Auszubildende während der Probezeit des Ausbildungsverhältnisses ohne Absprache mit dem Arbeitgeber aus familiären Gründen in die Türkei gereist und erst eine Woche später wieder zurückgekommen. Der Arbeitgeber schloss hieraus und aus weiteren Umständen, dass sie für die Ausbildung ungeeignet ist. Es hörte deshalb den Personalrat zur beabsichtigten fristlosen Kündigung des Ausbildungsverhältnisses an. Obwohl der Personalrat seine Zustimmung verweigerte, wurde das Ausbildungsverhältnis fristlos gekündigt.

Das Landesarbeitsgericht erklärte die Kündigung für zulässig.

Der Arbeitgeber hat das Ausbildungsverhältnis wirksam fristlos gekündigt. Berufsausbildungsverhältnisse können während der Probezeit jederzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden.

Im Streitfall steht der Wirksamkeit der fristlosen Probezeitkündigung - entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts - auch nicht die Zustimmungsverweigerung des Personalrats entgegen. Diese ist unbeachtlich. Denn es ist nicht erkennbar, dass der Arbeitgeber seiner Eignungsbeurteilung einen unzutreffenden Sachverhalt zugrunde gelegt hat oder dass die Kündigung aus Gründen außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes - z. B. wegen Willkür oder wegen Verstoßes gegen das Maßregelungsverbot - unwirksam ist.

<sup>1</sup> LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 12.5.2010, 23 Sa 127/10.

### **Nicht jede eigenmächtige Wegnahme rechtfertigt Kündigung des Arbeitsverhältnisses**

In einem vom Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein entschiedenen Fall hat ein Arbeitgeber in seinem Betrieb 30 Jahre alte aus Holz und Metall bestehende Werkbänke durch neue ersetzt und ausgesondert.<sup>1</sup> Die alten Werkbänke wurden den Mitarbeitern ohne Erfolg angeboten und dann zur Entsorgung jahrelang zwischengelagert. Bei einem Arbeitnehmer ergab sich im ersten Quartal 2009 eine private Nutzungsmöglichkeit für einen Teil einer solchen alten Werkbank. Er meldete entsprechenden Bedarf beim Vorgesetzten und beim die Kaffeekasse führenden Betriebsratsvorsitzenden an, wobei der Inhalt der Gespräche umstritten ist. An einem Freitagnachmittag lud der klagende Arbeitnehmer für alle sichtbar den von ihm benötigten Teil der Werkbank in den Anhänger seines privaten PKWs und wurde dabei von der Geschäftsleitung beobachtet und zur Rede gestellt. Der Arbeitgeber hat den Vorgang zum Anlass genommen, das Arbeitsverhältnis fristlos, hilfsweise ordentlich zu kündigen.

Das Landesarbeitsgericht sah die Kündigung als nicht gerechtfertigt an.

Zwar können grundsätzlich unter Hinweis auf die ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu Lasten des Arbeitgebers begangene Vermögensdelikte eine fristlose Kündigung rechtfertigen, selbst wenn es sich um Sachen von geringem Wert handelt. Dabei ist aber stets eine Einzelfallabwägung erforderlich. Im hier entschiedenen Fall hätte eine Abmahnung ausgereicht, um eine Wiederholung des beanstandeten Arbeitnehmerverhaltens auszuschließen.

Bei der Abgabe von ausgesonderten Gegenständen an Mitarbeiter erkannte das Landesarbeitsgericht beim Arbeitgeber keine stringente Handhabung in der gelebten Praxis. Der Arbeitnehmer hat aus Sicht des Gerichts völlig offen eben diesen Weg der gelebten Praxis eingeschlagen und das Werkbankteil vor den Augen aller mitgenommen. Damit begibt er zwar eine Eigenmächtigkeit, wollte aber keine Bereicherung und auch keine rechtswidrige Entreichung des Arbeitgebers. Das Gericht berücksichtigte weiter, dass dem Arbeitgeber wirtschaftlich kein Schaden entstehen konnte, da das vom klagenden Arbeitnehmer aufgeladene Teil aus Sicht des Arbeitgebers wertloser störender Müll war und erst wieder

einen Wert bekam, als es auf dem Hänger des Arbeitnehmers gesehen wurde. Die sofortige Rückgabe des Werkbankteils, die Beschreibung des offiziellen Genehmigungsweges und das Fehlen jeglicher Heimlichtuerei wertete das Gericht als Ausdruck einer auf Korrektheit und Ehrlichkeit ausgerichteten Grundhaltung des Klägers.

<sup>1</sup> LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 13.01.2010, 3 Sa 324/09, Meldung v. 12.05.2010, LEXinform 1439933.

### **Auskunftsanspruch eines abgelehnten Stellenbewerbers?**

Das Bundesarbeitsgericht hat dem Gerichtshof der Europäischen Union folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt: Gebietet es das Gemeinschaftsrecht, einem Bewerber, der darlegt, dass er die Voraussetzungen für eine von einem Arbeitgeber ausgeschriebene Stelle erfüllt, dessen Bewerbung jedoch nicht berücksichtigt wurde, gegen den Arbeitgeber einen Anspruch auf Auskunft einzuräumen, ob dieser einen anderen Bewerber eingestellt hat und wenn ja, aufgrund welcher Kriterien diese Einstellung erfolgt ist?<sup>1</sup>

In dem entschiedenen Fall hatte sich die Klägerin auf die von der Beklagten ausgeschriebene Stelle eines/einer Softwareentwicklers/in erfolglos beworben. Die Beklagte teilte ihr nicht mit, ob sie einen anderen Bewerber eingestellt hatte und gegebenenfalls, welche Kriterien für diese Entscheidung maßgeblich waren. Die Klägerin behauptet, sie habe die Voraussetzungen für die ausgeschriebene Stelle erfüllt und sei lediglich wegen ihres Geschlechts, ihres Alters und ihrer Herkunft nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen und damit unter Verstoß gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) diskriminiert worden. Sie hat von der Beklagten eine angemessene Entschädigung in Geld verlangt. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

Das BAG sah sich an einer abschließenden Sachentscheidung gehindert, weil eine solche von einer dem Gerichtshof der Europäischen Union obliegenden Auslegung des Gemeinschaftsrechts abhängt.

Die Klägerin hat zwar auf ihr Geschlecht, ihr Alter und ihre Herkunft hingewiesen, jedoch keine ausreichenden Indizien dargelegt, welche eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen und die nach § 22 AGG zu einer Beweislast der Beklagten dafür führen würden, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligungen vorgelegen hat. Einen Anspruch der Klägerin auf Auskunft gegen die Beklagte, ob diese einen anderen Bewerber eingestellt hat und gegebenenfalls aufgrund welcher Kriterien, sieht das BAG nach nationalem Recht nicht. Ob dies den einschlägigen Antidiskriminierungsrichtlinien des Gemeinschaftsrechts entspricht, durfte der Senat nicht selbst entscheiden.

<sup>1</sup> BAG, Beschluss v. 20.05.2010, 8 AZR 287/08 (A), BAG-Pressemitteilung Nr. 40/10, LEXinform 0435257.

### **Auch bei Verschwiegenheitsklausel dürfen Arbeitnehmer mit Kollegen über die Höhe ihres Gehalts reden**

Eine Klausel im Arbeitsvertrag, wonach Arbeitnehmer auch gegenüber Arbeitskollegen nicht über die Höhe ihres Gehalts reden dürfen, ist nach einer Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Mecklenburg-Vorpommern unwirksam.<sup>1</sup> Hierin liegt eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 BGB, da sie den Arbeitnehmer daran hindert, Verstöße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz im Rahmen der Lohngestaltung gegenüber dem Arbeitgeber erfolgreich geltend zu machen.

In dem entschiedenen Fall enthielt der Arbeitsvertrag des Klägers unter anderem folgende Klausel:

"Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, die Höhe der Bezüge vertraulich zu behandeln, im Interesse des Betriebsfriedens auch gegenüber anderen Firmenangehörigen."

Der Arbeitgeber erteilte dem Kläger eine Abmahnung, weil er sich entgegen seinen Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag mit einem Arbeitskollegen über die Höhe seines Gehalts und die entsprechenden Änderungen unterhalten habe. Mit seiner hiergegen gerichteten Klage verlangte der Kläger die Entfernung der Abmahnung aus seiner Personalakte. Die Beklagte machte geltend, dass Gespräche über das Gehalt den Arbeitsfrieden beeinträchtigen könnten und - da es um Tatsachen gehe - auch nicht die Meinungsfreiheit der Arbeitnehmer betroffen sei.

Das Gericht entschied zugunsten des Arbeitnehmers.

Zwar hat er möglicherweise gegen die Klausel aus dem Arbeitsvertrag verstoßen, wonach Gespräche mit Kollegen über das Gehalt unzulässig sind. Diese Klausel stellt aber eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers entgegen den Geboten von Treu und Glauben im Sinne des § 307 BGB dar und ist damit unwirksam. Die Abmahnung ist daher aus der Personalakte zu entfernen, da eine Pflichtverletzung des Klägers nicht vorliegt.

<sup>1</sup> LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 21.10.2009, 2 Sa 237/09, LEXinform 1441005.

## **Betriebsratsmitglieder im Restmandat haben keinen Anspruch auf Vergütung ihrer Betriebsratsstätigkeit**

Mitglieder eines Betriebsrats im Restmandat können nach einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom Arbeitgeber keine Vergütung für die mit ihrer Betriebsratsstätigkeit verbundenen Freizeitopfer verlangen.

In dem entschiedenen Fall waren die Kläger beamtete, zuletzt freigestellte Mitglieder des Betriebsrats einer Niederlassung der Beklagten. Der Kläger wurde mit Ablauf des Jahres 2001 in den Ruhestand versetzt, die Klägerin mit Ablauf des darauf folgenden Jahres. Die Niederlassung wurde am 1.1.2002 geschlossen. Die Kläger übten weiter umfangreiche Betriebsratsarbeit aus. Infolgedessen verlangten sie von der Beklagten für die Zeit nach Schließung der Niederlassung Vergütung von jeweils über 30.000 €.

Die Kläger waren der Ansicht, für ihre Betriebsratsstätigkeit stehe ihnen in entsprechender Anwendung von § 37 Abs. 3 S. 3 BetrVG der geltend gemachte Vergütungsanspruch zu. Die Beklagte widersprach dem. Sie vertrat die Auffassung, dass mit dem Eintritt in den Ruhestand ihre Mitgliedschaft im Betriebsrat erloschen sei. An die Stelle des Arbeitsentgelts sei bei den Klägern deren Ruhegehalt getreten.

Das BAG entschied zugunsten des Arbeitgebers.

Nach § 21b BetrVG bleibt ein Betriebsrat unter anderem im Falle der Stilllegung des Betriebs so lange im Amt, wie dies zur Wahrnehmung der damit in Zusammenhang stehenden Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte - etwa beim Abschluss eines Sozialplans - erforderlich ist. Das Restmandat ist von den Betriebsratsmitgliedern wahrzunehmen, die zum Zeitpunkt des Untergangs des Betriebs in einem Arbeitsverhältnis zu dem Arbeitgeber standen. Nach der Begründung des Restmandats endet die Mitgliedschaft im Betriebsrat - anders als nach § 24 Nr. 3 BetrVG diejenige im Vollmandat - nicht mehr durch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Dies gilt auch, wenn das Ende des Arbeitsverhältnisses keine Folge der Betriebsstilllegung ist.

Nach § 37 Abs. 1 BetrVG führen die Mitglieder des Betriebsrats ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt. Sie sind allerdings nach § 37 Abs. 2 BetrVG im erforderlichen Umfang ohne Minderung des Arbeitsentgelts von ihrer beruflichen Tätigkeit zu befreien. Nach § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG hat ein Betriebsratsmitglied Anspruch auf entsprechende bezahlte Arbeitsbefreiung, wenn er Betriebsratsstätigkeit aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der Arbeitszeit durchzuführen hat. Wenn der Freizeitausgleich innerhalb eines Monats aus betriebsbedingten Gründen nicht möglich ist, muss der Arbeitgeber die aufgewendete Zeit gemäß § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG wie Mehrarbeit vergüten.

Ist das Arbeitsverhältnis des Mitglieds eines restmandatierten Betriebsrats allerdings beendet, kommt eine Befreiung von der dem Arbeitgeber geschuldeten Arbeitsleistung oder ein Freizeitausgleich nicht mehr in Betracht. Das Betriebsratsmitglied kann in diesem Fall auch keine Vergütung für das mit der Betriebsratsstätigkeit verbundene Freizeitopfer verlangen. Dies widerspräche dem Ehrenamtsprinzip.

<sup>1</sup> BAG, Urt. v. 5.5.2010, 7 AZR 728/08, BAG-Pressemitteilung Nr. 35/10.

### **□ Schwerbehindertenzusatzurlaub und Tarifurlaub bei Krankheit**

- Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts muss bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses der vierwöchige gesetzliche Mindesturlaub auch dann finanziell abgegolten werden, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Übertragungszeitraums arbeitsunfähig krank ist. Umstritten war bisher, ob dies auch für den Schwerbehindertenzusatzurlaub und den über den gesetzlichen Mindesturlaub hinaus gehenden Urlaubsanspruch gilt.

Diese Frage ist nunmehr durch ein Urteil des Bundesarbeitsgerichts entschieden.

Danach teilt der Anspruch auf Schwerbehindertenzusatzurlaub das rechtliche Schicksal des Mindesturlaubsanspruchs, d. h. beide Ansprüche sind am Ende des Arbeitsverhältnisses auch dann abzugelten, wenn der Arbeitnehmer arbeitsunfähig ist. Demgegenüber gehen Ansprüche auf Abgeltung des tariflichen Mehrurlaubs beim Vorliegen einer entsprechenden tarifvertraglichen Regelung am Ende des tariflichen Übertragungszeitraums unter.

### **Zulässige Unterscheidung aufgrund des Geschlechts**

Wenn eine Gemeinde die Stelle der kommunalen Gleichstellungsbeauftragten besetzen will, darf sie die Bewerberauswahl auf Frauen beschränken, wenn die Gleichstellungsbeauftragte vorwiegend Maßnahmen zu frauen- und Mädchenspezifischen Themen initiieren und Opfer von Frauendiskriminierung unterstützen soll. Eine entsprechende Stellenausschreibung ist keine Diskriminierung männlicher Bewerber und löst



deshalb auch keine Entschädigungspflicht für männliche Bewerber aus. Dies hat das Bundesarbeitsgericht entschieden.

### **Im Besteuerungsverfahren entfalten Entscheidungen der Sozialversicherungsträger Bindungswirkung**

Eine Krankenkasse und die zuständige Landesversicherungsanstalt hatten die Geschäftsführertätigkeit eines Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH als nicht sozialversicherungspflichtig eingestuft. Damit war ausgeschlossen, dass die GmbH dem Gesellschafter-Geschäftsführer steuerfreie Zuschüsse zahlen konnte. Trotzdem führte die GmbH Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung an die Krankenkasse ab und behandelte die Zahlungen als steuerfrei. Nach einer Außenprüfung forderte das Finanzamt Lohnsteuer nach.

Der Bundesfinanzhof bestätigte die Steuerpflicht der zu Unrecht abgeführten Sozialversicherungsbeiträge und damit die Haftung des Arbeitgebers für die Nichtabführung der Lohnsteuer. Die Feststellungen der Sozialversicherungsträger entfalten in der Regel Bindungswirkung für das Besteuerungsverfahren. Ein eigenes Prüfungsrecht der Finanzverwaltung wird dadurch ausgeschlossen.

**Hinweis:** Für jeden Geschäftsführer sollte schon vor Beginn der Tätigkeit ein Statusfeststellungsverfahren beantragt werden. Wird festgestellt, dass der Geschäftsführer nicht sozialversicherungspflichtig ist, sind sämtliche Zuschüsse des Arbeitgebers zu Zukunftssicherungsleistungen steuerpflichtig.

### **Beitragsnachforderungen zur gesetzlichen Sozialversicherung sind nach Betriebsprüfungen sofort vollziehbar**

Beitragsnachforderungen aus Betriebsprüfungen der Sozialversicherung sind sofort vollziehbar. Widerspruch und Klage gegen Zahlungsbescheide haben keine aufschiebende Wirkung. Betroffene Arbeitgeber haben nur die Möglichkeit, beim Gericht zu beantragen, die aufschiebende Wirkung ihres Widerspruchs anzuordnen.

Nach einer Betriebsprüfung forderte die Sozialversicherung von einem Pflegedienst Beiträge i. H. v. insgesamt rd. 86.000 € nach. Dabei ging es um zwei Geschäftsführer und zahlreiche Pflegekräfte, die von dem Pflegedienst als selbstständig Tätige, nicht sozialversicherungspflichtige Personen geführt worden waren. Gegen den Nachforderungsbescheid erhob der Pflegedienst Widerspruch und stellte einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung, der abgelehnt wurde. Das Sozialgericht stellte zunächst fest, dass der eingelegte Widerspruch aufschiebende Wirkung gegenüber dem Nachforderungsbescheid habe. Dagegen wehrte sich die Sozialversicherung und bekam vor dem Bayerischen Landessozialgericht recht.

Bei Entscheidungen über Beitragspflichten sowie die Anforderung von Beiträgen entfalle die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage. Dies gelte auch im vorliegenden Fall, da sich die Spezialregelungen, die für auf Antrag eingeleiteten Statusfeststellungsverfahren eine aufschiebende Wirkung vorsehen, auf den vorliegenden Fall nicht übertragen ließen. Eine Begünstigung der erst durch eine Betriebsprüfung entdeckten säumigen Arbeitgeber, insbesondere auch der bösgläubigen, sei nicht gewollt. Ebenso wenig könnten Vorschriften übertragen werden, wonach die nach einem Anfrageverfahren nachzufordernden Gesamtsozialversicherungsbeiträge erst zu dem Zeitpunkt fällig werden, zu dem die Entscheidung, dass eine Beschäftigung vorliegt, unanfechtbar geworden ist. Würden nämlich Beitragsansprüche erst mit der Bestandskraft der Entscheidung über das Bestehen der Sozialversicherungspflicht fällig, wäre eine sofortige Vollziehung während des Rechtsbehelfsverfahrens sinnlos.

Das Bayerische Landessozialgericht stellte des Weiteren klar, dass allein das Vorbringen des Pflegedienstes, „mit Fälligkeit der Forderung dürfte Insolvenz anzunehmen sein“, nicht genüge, um eine die gerichtliche Aussetzung rechtfertigende unbillige Härte zu begründen, wenn dies nicht durch weitere Fakten untermauert wird. Allenfalls könne die Antragstellerin unter diesem Aspekt eine Stundung der rückständigen Beiträge beantragen.

### **Rechtliche Hinweise**

Der EGSZ - Newsletter faßt regelmäßig Gesetzesänderungen, Urteile, Verwaltungsanweisungen oder sonstige für Sie interessante Informationen zu-

sammen 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.