

Dipl.-Kfm.  
**Thomas Iske**

STEUERBERATER • WIRTSCHAFTSPRÜFER

Dipl.-Kfm. Thomas Iske • Frankfurter Str.100 • 65760 Eschborn

Telefon: 06196-50440  
Telefax: 06196-504430  
Email: [info@iske.net](mailto:info@iske.net)  
[www.iske.net](http://www.iske.net)

**An meine Mandantinnen und Mandanten**

26.08.2010 Is/Ko  
BAN Anschreiben\_1009.doc

**BAN e.V.** - Aktuell September 2010

Liebe Mandantinnen und Mandanten,

nachdem die SPD zuletzt in den Umfragewerten den Bonus der Nicht-Regierungspartei bestens ausnutzen konnte, hat auch deren parteiinterne Diskussion zur Rente mit 67 öffentliche Aufmerksamkeit erlangt. Erinnerungsfeste Bürger mit Verständnis für Historie nehmen schmunzelnd zur Kenntnis, dass ausgerechnet die Rot-Grüne-Regierung des Kanzlers Schröder eine Art (notwendigen) Sozialabbau durchgesetzt hat, den man der derzeitigen konservativ-liberalen Regierung nicht zutraut und der nicht nur von der SPD selbst, sondern auch aus dem Regierungslager immer mal wieder in Frage gestellt wird.

Wer ein wenig die Grundrechenarten beherrscht und sich ein wenig über die demografische Entwicklung der BRD informiert, weiß, dass eine verkürzte Lebensarbeitszeit nicht kompatibel ist mit den Rentenerwartungen eines rechtschaffen arbeitenden Bürgers. Also muss man bevölkerungsstatistisch gesehen ein bisschen mehr beziehungsweise ein bisschen länger arbeiten.

In der Öffentlichkeit kommt die Frage Rente mit 67 im Regelfall reichlich negativ über. Dass derzeit nur eine deutliche Minderheit bis zum 65. Lebensjahr arbeitet, verdient immerhin bisweilen Erwähnung. Was aber völlig fehlt, ist der Hinweis, dass Arbeiten mit 67 außerordentlich viel Spaß machen kann.

Nehmen wir die Erkenntnisse der Mediziner und Psychologen: Wer gerne arbeitet und Spaß an seinem Beruf hat, wird weniger oft krank und fühlt sich wohl in seiner Haut und in seinem Sozialstatus.

Ein Weiteres: Ein 65-Jähriger galt in Zeiten des Wirtschaftswunders der 50er und 60er Jahre als alt, verbraucht und bestenfalls genoss er im positiven Sinne das Image des gütigen Großvaters. Heute ist es selbstverständlich, dass 65-Jährige sportlich aktiv sind, nicht nur auf Kreuzfahrtschiffen verreisen und sich aktiv in das politische und soziale Umfeld einbringen. Mit 65 alt? Was für eine Beleidigung!

So nimmt es kein Wunder, dass viele der 60+ Generation liebend gerne arbeiten würden, wenn man sie nur lässt. Da stellen wir fest, dass es nicht nur Nachholbedarf hinsichtlich der Akzeptanz der eigenen Arbeitsleistung gibt, sondern auch in der Akzeptanz von Arbeitgebern gegenüber älteren Arbeitnehmern.

Wenn wir einmal das in Deutschland kritische Arbeitsrecht ausblenden und weiterhin postulieren, dass ein Lebensalter von 60 nicht unbedingt gleichbedeutend sein muss mit 50 % höherem Lohnniveau gegenüber einem 30-jährigen Konkurrenten, dann möchte man der mittelständischen Wirtschaft und auch den Konzernen zurufen: Entdeckt die „alten“ Arbeitnehmer!

Wenn viele Betriebe derzeit qualifizierte Arbeitnehmer suchen, dann bedeutet unser Aufruf nichts anderes, als Eulen nach Athen zu tragen. Der fitte 62-Jährige kann ohne weiteres für 5 oder auch 10 Jahre wertvolle Arbeitsleistungen erbringen.

Ganz sicher lässt sich nicht verleugnen, dass ältere Arbeitnehmer vielleicht etwas langsamer sind als diejenigen, die in der sogenannten Blüte ihres Lebens stehen. Dafür verfügen sie über eine Menge Erfahrung und verfallen nicht gleich panikartig in Fehler, wenn einmal etwas schief geht. Vor allem verfügen sie auch über ein historisches Wissen, das viele Abkürzungsmöglichkeiten bei Fehlerbehebungen und bei Innovationen möglich macht. Schließlich bilden sie eine Generationenbrücke, von der die jüngeren Mitarbeiter hinsichtlich vieler Erfahrungswerte profitieren können, ohne negative Erfahrungen selbst machen zu müssen.

In einem Unternehmensklima mit Stil wird sich der „alte“ Arbeitnehmer, der so elegant den Golfschläger schwingt, seinen Fußballverein tatkräftig unterstützt oder mit dem Motorrad durch die Alpen braust, auch Neuerungen, die ihnen die „jungen“ beibringen, aufgeschlossen gegenüber zeigen.

Begreifen wir also die Rente mit 67 nicht als Last und Einschränkung der Lebensqualität, sondern als Chance und zwar für Alle, die Betroffenen, die jüngere Generation, die Betriebe und letztlich das soziale Umfeld. Jemand, der mit seiner Arbeit Geld verdient, zählt immer etwas.

Wenn man so schaut, was einige Politiker im Alter jenseits der 60er Grenze vollbringen, so dürfen wir feststellen, dass sie zumindest in dieser Hinsicht als Vorbild tauglich sind.

Mit freundlichen Grüßen

Ihr Thomas Iske

**DIPL.-KFM. THOMAS ISKE**  
Steuerberater ~ Wirtschaftsprüfer

**Dipl.-Kfm. Thomas Iske • Wirtschaftsprüfer • Steuerberater**  
Geschäftsanschrift: Frankfurter Str. 100 • 65760 Eschborn/Ts • Postfach 54 06 • 65729 Eschborn  
Bankkonto: Nassauische Sparkasse • Wiesbaden, Kto-nr. 150001730 (BLZ51050015)

## Anlagen

News

Steuer-Tip

Steuerliches Abzugsverbot für häusliches Arbeitszimmer ist teilweise verfassungswidrig

Rechts-Hinweis

E-Mail Werbung

Special

Betreuung von Pflegebedürftigen durch Bürger aus Osteuropa – eine (legale) Alternative?

09/2010

## Inhaltsverzeichnis

|  |   |  |    |
|--|---|--|----|
| Termine September 2010   | 2 | Neuregelung der Altersrentenbesteuerung ist verfassungsgemäß   | 8  |
| Termine Oktober 2010   | 3 |  |    |
| Zahlungsverzug: Höhe der Verzugszinsen   | 4 | Pflegeheimkosten des nicht pflegebedürftigen Ehegatten keine außergewöhnliche Belastung                        | 8  |
| Aufteilung von Aufwendungen für eine gemischt veranlasste Fortbildungsveranstaltung  | 5 | Unter welchen Voraussetzungen wird Kindergeld für im Ausland studierendes Kind gewährt?                        | 9  |
| Aufwendungen sind nicht als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung sofort abziehbar, wenn Herstellungskosten vorliegen | 5 | Zahlungen der Eltern an ihr Kind im Gegenzug für dessen Pflichtteilsverzicht sind nicht einkommensteuerbar     | 9  |
| Bei doppelter Haushaltsführung kann Selbstständiger nur Kosten für eine 60 m <sup>2</sup> Wohnung abziehen                                       | 6 | Zinsabschlag bei Tafelpapieren   | 9  |
| Berücksichtigung eines Verlustvortrags oder Verlustrücktrags vor Abzug von Sonderausgaben und außergewöhnlichen Belastungen ist verfassungsgemäß | 6 | Unangemessen hohe Vergütung eines Gesellschafter-Geschäftsführers stellt eine verdeckte Gewinnausschüttung dar | 10 |
| Kein zwangsläufiger Wegfall des Pensionsanspruchs bei vorübergehendem Gehaltsverzicht des Gesellschafter-Geschäftsführers                        | 7 | Einwendungen gegen die Umlagefähigkeit von Betriebskosten sind jährlich zu wiederholen                         | 10 |
|  |   | Strafbefreiende Selbstanzeige nur bei Rückkehr zur Steuerehrlichkeit   | 11 |

## Termine September 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> | 10.9.2010  | 13.9.2010                             | 7.9.2010            |
| 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         | 10.9.2010  | 13.9.2010                             | 7.9.2010            |
| Körperschaftsteuer, Solidaritätszuschlag                     | 10.9.2010  | 13.9.2010                             | 7.9.2010            |
| Umsatzsteuer <sup>4</sup>                                    | 10.9.2010  | 13.9.2010                             | 7.9.2010            |
| Sozialversicherung <sup>5</sup>                              | 28.9.2010  | 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.

<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 24.9.2010) 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 Oktober 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> |
| <b>Lohnsteuer, Kirchensteuer, Solidaritätszuschlag<sup>3</sup></b> | 11.10.2010   | 14.10.2010                            | 8.10.2010           |
| <b>Kapitalertragsteuer, Solidaritätszuschlag</b>                   | 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. |                                       |                     |
| <b>Umsatzsteuer<sup>4</sup></b>                                    | 11.10.2010   | 14.10.2010                            | 8.10.2010           |
| <b>Sozialversicherung<sup>5</sup></b>                              | 27.10.2010   | 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 25.10.2010) 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.<sup>1</sup> Der Mahnung gleichgestellt sind die Klageerhebung sowie der Mahnbescheid.<sup>2</sup>

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.<sup>3</sup>

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.<sup>4</sup>

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.<sup>5</sup> Der Verzugszinssatz beträgt für das Jahr fünf Prozentpunkte bzw. für Rechtsgeschäfte, an denen Verbraucher nicht beteiligt sind, acht Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.<sup>6</sup>

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.<sup>7</sup>

Aktuelle Basis- bzw. Verzugszinssätze ab 1.7.2008:

| Zeitraum            | Basiszinssatz | Verzugszinssatz | Verzugszinssatz für Rechtsgeschäfte ohne Verbraucherbeteiligung |
|---------------------|---------------|-----------------|---|
| 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 %  |
| 1.7. bis 31.12.2010 | 0,12 %        | 5,12 %          | 8,12 %  |

<sup>1</sup> § 286 Abs. 1 S. 1 BGB.

<sup>2</sup> § 286 Abs. 1 S. 2 BGB.

<sup>3</sup> § 286 Abs. 2 BGB.

<sup>4</sup> § 286 Abs. 3 S. 1 BGB.

<sup>5</sup> § 288 Abs. 1 S. 1 BGB.

<sup>6</sup> § 288 Abs. 1 S. 2 bzw. Abs. 2 BGB.

<sup>7</sup> § 247 Abs. 1 S. 2, 3 BGB.

### **Aufteilung von Aufwendungen für eine gemischt veranlasste Fortbildungsveranstaltung**

Aufwendungen eines Arztes für die Teilnahme an einem Kurs mit sportlichem Charakter können unter bestimmten Voraussetzungen teilweise als Werbungskosten berücksichtigt werden. Das gilt z. B. dann, wenn der Arzt zur Erlangung der Zusatzbezeichnung „Sportmedizin“ eine bestimmte Stundenzahl in verschiedenen Sportarten nachzuweisen hat. Dies lässt sich anhand des nachfolgend geschilderten Falles deutlich machen:

Eine Fortbildung, die von der Ärztekammer für den Erwerb der Zusatzbezeichnung „Sportmedizin“ anerkannt wurde, war an verschiedene Voraussetzungen geknüpft. Dazu gehörte auch eine Teilnahme an sportmedizinischen Kursen von insgesamt 120 Stunden. Die Teilnehmer konnten sowohl an Vorträgen teilnehmen als auch verschiedene Sportarten wie Surfen, Biken, Segeln, Tennis und Bergsteigen in Theorie und Praxis kennen lernen.

Unter Hinweis auf die neuere Rechtsprechung des Großen Senats<sup>1</sup> hat der Bundesfinanzhof<sup>2</sup> hier noch einmal bestätigt, dass das Aufteilungsverbot für solche gemischten Aufwendungen nicht mehr gilt. Die Aufwendungen waren in dem geschil-

derten Fall demnach zeitanteilig in abzugsfähige Werbungskosten und nichtabzugsfähige Kosten der privaten Lebensführung aufzuteilen.

### **Aufwendungen sind nicht als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung sofort abziehbar, wenn Herstellungskosten vorliegen**

Ein besonderes Streitthema bei der Ermittlung der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung ist die Abgrenzung von sofort als Werbungskosten abziehbaren Erhaltungsaufwendungen gegenüber zu aktivierenden und nur über die Abschreibung abzuziehenden Herstellungskosten.

Aufwendungen für die Erneuerung von bereits vorhandenen Gebäudeteilen, Einrichtungen oder Anlagen sind regelmäßig sofort abziehbarer Erhaltungsaufwand.

Herstellungskosten liegen vor, wenn Aufwendungen für die über den ursprünglichen Zustand hinausgehende wesentliche Verbesserung eines Gebäudes entstehen. Eine über den ursprünglichen Zustand hinausgehende wesentliche Verbesserung liegt dann vor, wenn die Maßnahmen zur Instandsetzung und Modernisierung eines Gebäudes in ihrer Gesamtheit über eine zeitgemäße, substanzerhaltende Erneuerung hinausgehen, den Gebrauchswert des Gebäudes wesentlich erhöhen und damit für die Zukunft eine erweiterte Nutzungsmöglichkeit geschaffen wird. Betrifft eine Modernisierungs- und Instandset-

<sup>1</sup> BFH, Beschl. v. 21.9.2009, GrS 1/06, LEXinform 0587569.

<sup>2</sup> BFH, Urt. v. 21.4.2010, VI R 66/04, DStRE 2010, S. 784, DB 2010, S. 1328, LEXinform 0588123.

zungsmaßnahme mindestens drei der vier zentralen Ausstattungsmerkmale (Heizung-, Elektro-, Sanitärinstallation und Fenster) und erfolgt dadurch eine Hebung des Gebäudestandards (z. B. von sehr einfach auf mittel, von mittel auf sehr anspruchsvoll), liegen ebenfalls Herstellungskosten vor.

Das Finanzgericht Rheinland-Pfalz<sup>1</sup> hat entschieden, dass Herstellungskosten vorliegen, wenn wesentliche Teile eines Gebäudes oder eines Gebäudeteils abgerissen und durch neue ersetzt werden.

Der Bundesfinanzhof muss abschließend entscheiden.

### **Bei doppelter Haushaltsführung kann Selbstständiger nur Kosten für eine 60 m<sup>2</sup> Wohnung abziehen**

Die Frage, welche Kosten im Rahmen einer doppelten Haushaltsführung abgezogen werden können, betrifft nicht nur Arbeitnehmer, sondern auch Unternehmer bei ihren betrieblichen Einkünften. Der Bundesfinanzhof<sup>2</sup> hat einem selbstständig tätigen Rechtsanwalt, dessen Kanzlei 140 km entfernt von der Gemeinde lag, in der er mit seiner Ehefrau einen gemeinsamen Hausstand unterhielt, am Arbeitsort nur den Abzug der Kosten für eine 60 m<sup>2</sup> Wohnung mit durchschnittlichem Mietzins zugestanden. Der Rechtsanwalt hatte sich

darauf berufen, dass Betriebsausgaben nach der Gesetzessystematik nicht auf notwendige, sondern nur auf angemessene Aufwendungen beschränkt sind. Daher wollte er die Kosten (Miete und Haushaltshilfe) für seine 120 m<sup>2</sup> große Wohnung am Arbeitsort als Betriebsausgaben abziehen.

**Hinweis:** Im entschiedenen Fall hat der Bundesfinanzhof sich auf eine im Streitjahr 2001 bestehende gesetzliche Regelung berufen, die nicht mehr besteht. Die Finanzverwaltung wendet die gesetzlichen Regelungen für Arbeitnehmer hinsichtlich der Voraussetzungen und notwendigen Mehraufwendungen einer doppelten Haushaltsführung auch für Unternehmer bei ihren betrieblichen Einkünften an. Dem dürfte auch der Bundesfinanzhof zustimmen. Nach seiner Ansicht spricht das Gebot einer gleichmäßigen Besteuerung dafür, die Abzugsfähigkeit gleichartiger Erwerbenaufwendungen bei den verschiedenen Einkunftsarten wegen fehlender sachlicher Differenzierungsgründe auch nur im gleichen Umfang zuzulassen.

### **Berücksichtigung eines Verlustvortrags oder Verlustrücktrags vor Abzug von Sonderausgaben und außergewöhnlichen Belastungen ist verfassungsgemäß**

Im Einkommensteuergesetz findet sich die Regelung, dass ein Verlustvortrag oder Verlustrücktrag vom Gesamtbetrag der

<sup>1</sup> FG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 13.10.2009, 3 K 1733/06, (Revision eingelegt, Az. BFH: IX R 14/10), EFG 2010, S. 879, LEXinform 5009845.

<sup>2</sup> BFH, Urt. v. 16.3.2010, VIII R 48/07, LEXinform 0588735.

Einkünfte in Abzug zu bringen ist.<sup>1</sup> Erst danach sind Sonderausgaben und außergewöhnliche Belastungen zu berücksichtigen.

Durch diese gesetzlich vorgegebene Reihenfolge der Berücksichtigung von Steuerabzugsbeträgen verlieren Sonderausgaben und außergewöhnliche Belastungen häufig ihre Wirkung als Element zur Verringerung der steuerlichen Belastung. Die einkommensteuerliche Bemessungsgrundlage kann bereits durch die vorrangige Berücksichtigung eines Verlustvortrags oder Verlustrücktrags auf Null reduziert sein.

Nach einem Beschluss des Bundesfinanzhofs<sup>2</sup> bestehen gegen diese Regelung keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

### **Kein zwangsläufiger Wegfall des Pensionsanspruchs bei vorübergehendem Gehaltsverzicht des Gesellschafter-Geschäftsführers**

Die Pensionszusage an einen Gesellschafter-Geschäftsführer ist - unabhängig von der Höhe seiner Beteiligung - steuerlich nicht anzuerkennen, wenn sie im Rahmen der Beurteilung der Gesamtbezüge als unangemessen angesehen werden muss. In der Praxis gebräuchlich und von der Rechtsprechung anerkannt werden Pensionszusagen bis maximal 75 % der zuletzt bezogenen Bruttobezüge unter

Anrechnung einer ggf. zusätzlich bezogenen Sozialversicherungsrente.

Bei der Entscheidung der Frage, ob die Pensionszusage dem Fremdvergleich standhält, kommt es grundsätzlich auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Abschlusses der vertraglichen Vereinbarung an. Ist im Zeitpunkt der Pensionszusage das Verhältnis zwischen Aktivbezügen (Gehalt) und Pensionszusage nicht zu beanstanden und wird das Festgehalt später herabgesetzt, muss dies nicht zwangsläufig zur Unangemessenheit der Pensionszusage führen. Klarstellend hat das Schleswig-Holsteinische Finanzgericht<sup>3</sup> wie folgt entschieden: Ein vorübergehender Gehaltsverzicht des Gesellschafter-Geschäftsführers zum Zwecke der Bewältigung einer wirtschaftlichen Ausnahmesituation der GmbH führt auch bei vertraglicher Verknüpfung der Pensionszusage mit den Aktivbezügen nicht zwangsläufig zum Wegfall des Pensionsanspruchs.

Der Bundesfinanzhof muss abschließend entscheiden.

**Hinweis:** Bei einem vorübergehenden Gehaltsverzicht sollte eine schriftliche Vereinbarung getroffen werden, in der festgestellt wird, dass der Gehaltsverzicht ausschließlich seinen Grund in der Krise der GmbH hat und die Pensionszusage von der Vereinbarung unberührt bleibt. Da

<sup>1</sup> § 10d EStG.

<sup>2</sup> BFH, Beschl. v. 9.4.2010, IX B 191/09, BFH/NV 2010, S. 1270, LEXinform 5905500.

<sup>3</sup> Schleswig-Holsteinisches FG, Urt. v. 11.2.2010, 1 K 3/05, (Revision eingelegt, Az. BFH: I R 17/10), EFG 2010, S. 889, LEXinform 5009784.

die Vorschriften zur Pensionszusage sehr kompliziert sind, ist in jedem Fall der Steuerberater zu befragen.

### **Neuregelung der Altersrentenbesteuerung ist verfassungsgemäß**

In mehreren Entscheidungen hatte das Bundesverfassungsgericht<sup>1</sup> die unterschiedliche Besteuerung der Alterseinkünfte für verfassungswidrig erklärt. Die dadurch bedingte gesetzliche Neuregelung erfolgte mit Wirkung zum 1. Januar 2005.<sup>2</sup> Sie hat zur Folge, dass Altersvorsorgebeiträge nach einer langen Übergangszeit in vollem Umfang als Sonderausgaben abzugsfähig sind und die Renten selbst ab Rentenbeginn der vollen Besteuerung unterliegen. Letztlich sollen Altersrenten von freiwillig Versicherten und Pflichtversicherten gleichbehandelt werden. Die Differenzierungen zwischen Altersrenten aus der gesetzlichen Rentenversicherung und denjenigen aus privaten Rentenversicherungen müssen sich in einem vertretbaren Rahmen bewegen.

Zur Umsetzung wurde dem Gesetzgeber nach Meinung des Bundesfinanzhofs<sup>3</sup> ein weiter Entscheidungsspielraum eingeräumt. Die gesetzgeberische Entscheidung, alle Basis-Altersversorgungssys-

teme unterschiedslos der nachgelagerten Besteuerung zu unterwerfen, ist nicht zu beanstanden. Dies gilt auch für die Besteuerung von Leibrenten aus privaten Rentenversicherungen. Die Beiträge hierzu sind zukünftig aus versteuertem Einkommen aufzubringen. Deshalb ist eine spätere Versteuerung der daraus fließenden Leibrenten nur mit dem Ertragsanteil sachgemäß.

### **Pflegeheimkosten des nicht pflegebedürftigen Ehegatten keine außergewöhnliche Belastung**

Ein Ehepaar zog in ein Pflegeheim, obwohl nur der Mann pflegebedürftig war. Sie machten die gesamten Wohn-, Verpflegungs- und Betreuungskosten von 50.000 € als zwangsläufig entstandene außergewöhnliche Belastungen geltend. Das Finanzamt erkannte nur die auf den Ehemann entfallenden Aufwendungen an. Hiergegen klagten die Eheleute. Sie meinten, sie seien nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet. Außerdem habe die Ehefrau aus sittlich-moralischen Gründen bei ihrem pflegebedürftigen Mann sein wollen. Die Kosten für die Ehefrau seien somit zwangsläufig entstanden.

Der Bundesfinanzhof<sup>4</sup> gab dem Finanzamt Recht. Nach seiner Auffassung erwartet die Allgemeinheit nicht, dass ein gesunder Ehegatte den bisher gemeinsam geführten

<sup>1</sup> BVerfG, Beschl. v. 24.6.1992, 1 BvR 459/87, 1 BvR 467/87, BVerfGE 86, S. 369, BVerfGE 54, S. 11, BStBl 1992 II, S. 774, DStR 1993, S. 274, LEXinform 0101929; BVerfG, Ur. v. 6.3.2002, 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, S. 73, LEXinform 0574128.

<sup>2</sup> AltEinkG v. 5.7.2004, BGBl 2004, S. 1427.

<sup>3</sup> BFH, Ur. v. 4.2.2010, X R 52/08, BFH/NV 2010, S. 1253, LEXinform 0179506.

<sup>4</sup> BFH, Ur. v. 15.4.2010, VI R 51/09, DB 2010, S. 1379, LEXinform 0927475.

Hausstand aufgibt und mit dem pflegebedürftigen Ehepartner in ein Pflegeheim zieht. Daher seien die Kosten der Ehefrau nicht zwangsläufig entstanden.

### Unter welchen Voraussetzungen wird Kindergeld für im Ausland studierendes Kind gewährt?

Ein Kind studierte ab August 2007 in den USA. Es hatte im Haus der Eltern eine vollständig eingerichtete Wohnung und besuchte die Eltern in den Sommer- und Weihnachtsferien. Die Familienkasse verweigerte die Zahlung von Kindergeld ab August 2007, weil das Kind keinen Inlandswohnsitz mehr hatte.

Der Bundesfinanzhof<sup>1</sup> bestätigte diese Auffassung, weil ein Kind nur dann einen Inlandswohnsitz hat, wenn es sich in ausbildungsfreien Zeiten dort aufhält. Dabei reicht dem Gericht ein jährlicher Inlandsaufenthalt von fünf Monaten während des Auslandsstudiums.<sup>2</sup> Die Inlandsaufenthalte in den Sommer- und Weihnachtsferien reichten hierzu ebenso wenig aus wie der Inlandsaufenthalt von Januar bis Juli 2007.

**Hinweis:** Es kann der Kinderfreibetrag gewährt werden, der zu einer entsprechenden Steuerermäßigung führt.

### Zahlungen der Eltern an ihr Kind im Gegenzug für dessen Pflichtteilsverzicht sind nicht einkommensteuerbar

Eine Tochter verzichtete mit notariellem Vertrag gegenüber ihren Eltern auf künftige Pflichtteilsansprüche und erhielt im Gegenzug von den Eltern eine Einmalzahlung von 1 Mio. € sowie die Zusage über eine lebenslängliche monatliche Zahlung eines von einem bestimmten Beamtengehalt abhängigen Betrags, der unter bestimmten Voraussetzungen abänderbar war. Das Finanzamt setzte nicht nur Schenkungsteuer fest, sondern unterwarf auch die monatlichen Zahlungen mit einem Ertragsanteil als sonstige Einkünfte, später als Einkünfte aus Kapitalvermögen der Einkommensteuer.

Das Finanzgericht sah in der Zahlung eine Unterhaltsrente, die weder als Einkünfte aus Kapitalvermögen noch als sonstige Einkünfte zu versteuern ist. Diese Entscheidung hat der Bundesfinanzhof<sup>3</sup> bestätigt.

### Zinsabschlag bei Tafelpapieren

Werden Zinsscheine von Tafelpapieren bei einer inländischen Bank eingelöst, muss das Kreditinstitut Kapitalertragsteuer einbehalten und abführen. Bei Einlösung solcher Zinsscheine bei einem ausländischen Kreditinstitut entfällt der Steuerbehalt. Dies gilt jedoch nur, wenn der In-

<sup>1</sup> BFH, Urt. v. 28.4.2010, III R 52/09, DB 2010, S. 1444, DStRE 2010, S. 885, LEXinform 0179934.

<sup>2</sup> BFH, Urt. v. 23.11.2000, VI R 107/99, BFH/NV 2001, S. 680, LEXinform 0571596.

<sup>3</sup> BFH, Urt. v. 9.2.2010, VIII R 43/06, DStR 2010, S. 1327, DB 2010, S. 1432, LEXinform 0587597.

haber der Tafelpapiere diese Einlösung im Ausland selbst vornimmt.

Anders ist der Fall zu beurteilen, wenn der Inhaber der Tafelpapiere die Zinsscheine seiner inländischen Bank übergibt und diese beauftragt, eine Einlösung bei einem ausländischen Kreditinstitut vorzunehmen. Hier gilt die inländische Bank als Einlösungsinstitut und ist somit verpflichtet, den Steuereinbehalt vorzunehmen.

(Quelle: Urteil des Bundesfinanzhofs<sup>1</sup>)

### Unangemessen hohe Vergütung eines Gesellschafter-Geschäftsführers stellt eine verdeckte Gewinnausschüttung dar

Erhält der Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH eine Vergütung, kann die GmbH diese nur insoweit als Betriebsausgaben abziehen, als die Vergütung angemessen ist. In Höhe des unangemessenen Teils liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) vor, die den von der GmbH zu versteuernden Gewinn nicht mindert. Der Gesellschafter-Geschäftsführer erfasst den angemessenen Teil der Vergütung als Einnahmen aus nichtselbständiger Arbeit und den unangemessenen Teil als Einnahmen aus Kapitalvermögen.

Ob die Vergütung angemessen ist, bestimmt sich nach der Gesamtausstattung des Gesellschafter-Geschäftsführers. Dabei ist in der Regel ein **betriebsexterner**

**Fremdvergleich** zugrunde zu legen. Zu diesem Zweck können Gehaltsstrukturuntersuchungen herangezogen werden. In diesen wird regelmäßig nicht ein bestimmtes Gehalt, sondern eine Bandbreite ausgewiesen. Unangemessen im Sinne einer vGA sind dann nur die Bezüge, die den oberen Rand dieser Bandbreite übersteigen.

Wo im Einzelfall die Grenze zwischen einer (noch) angemessenen und einer (schon) unangemessenen Gesamtausstattung verläuft, muss in Streitfällen das Finanzgericht entscheiden.

(Quelle: Beschluss des Bundesfinanzhofs<sup>2</sup>)

### Einwendungen gegen die Umlagefähigkeit von Betriebskosten sind jährlich zu wiederholen

Materiellrechtliche Einwendungen gegen eine Betriebskostenabrechnung muss ein Mieter dem Vermieter erneut innerhalb eines Jahres mitteilen, auch wenn er sie bereits gegenüber einer früheren Abrechnung erhoben hatte.

In dem vom Bundesgerichtshof<sup>3</sup> entschiedenen Fall hatte der Mieter bei der Betriebskostenabrechnung des Jahres 2004 u. a. die Einbeziehung der Grundsteuer bemängelt. In der Abrechnung für das Jahr 2005 war die Grundsteuer weiterhin

<sup>1</sup> BFH, Urte. v. 17.2.2010, I R 85/08, DStRE 2010, S. 796, LEXinform 0179518.

<sup>2</sup> BFH, Beschl. v. 17.2.2010, I R 79/08, BFH/NV 2010, S. 1307, DB 2010, S. 1432, LEXinform 0179449.

<sup>3</sup> BGH, Urte. v. 12.5.2010, VIII ZR 185/09, LEXinform 1563132.

anteilig enthalten. Der Mieter zahlte für 2005 einen Teilbetrag der Betriebskosten; zu der Abrechnung äußerte er sich jedoch nicht. Das Gericht war der Ansicht, dass der Mieter den Einwand der Umlagefähigkeit der Grundsteuer gegenüber der Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2005 wegen Versäumung der Jahresfrist<sup>1</sup> nicht mehr geltend machen kann. Der Mieter hat dem Vermieter Einwendungen gegen die jährliche Betriebskostenabrechnung spätestens bis zum Ablauf des zwölften Monats nach Zugang der Abrechnung mitzuteilen. Nach Fristablauf kann der Mieter Einwendungen nicht mehr geltend machen. Die nicht näher erläuterte Zahlung eines Teilbetrags kann nicht als konkludente Mitteilung gesehen werden, dass die Betriebskostenabrechnung angefochten wird. Die Beanstandung einer früheren Betriebskostenabrechnung macht eine solche Mitteilung grundsätzlich auch dann nicht entbehrlich, wenn es sich der Sache nach um die gleiche Einwendung handelt. Denn jede jährliche Betriebskostenabrechnung setzt eine neue Frist in Gang. Die erneute und wiederholte Geltendmachung von Einwendungen gegen eine Betriebskostenabrechnung ist geboten, um das vom Gesetzgeber angestrebte Ziel der Rechtssicherheit durch Fristablauf zu erreichen.

### **Strafbefreiende Selbstanzeige nur bei Rückkehr zur Steuerehrlichkeit**

Für einen Steuerhinterzieher besteht mit der strafbefreienden Selbstanzeige die Möglichkeit nachträglich Straffreiheit zu erlangen, wenn er durch Berichtigung, Ergänzung oder Nachholung von Angaben gegenüber dem Finanzamt dem Fiskus bislang verborgene Steuerquellen erschließt.

Voraussetzungen für die Straffreiheit sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs u. a., dass

- der Täter zur Steuerehrlichkeit zurückkehrt, d. h. nunmehr durch vollständige und richtige Angaben reinen Tisch macht. Es reicht z. B. nicht aus, wenn der Steuerhinterzieher von mehreren bisher den Finanzbehörden verheimlichten Auslandskonten nur diejenigen offenbart, deren Aufdeckung er fürchtet.
- die Steuerhinterziehung noch nicht entdeckt ist. Eine Tatentdeckung ist in der Regel bereits dann anzunehmen, wenn nach Aufdeckung einer Steuerquelle unter Berücksichtigung vorhandener weiterer Umstände nach allgemeiner kriminalistischer Erfahrung eine Steuerstraftat oder -ordnungswidrigkeit nahe liegt. Stets ist die Tat entdeckt, wenn der Abgleich mit den Steuererklärungen des Steuerpflichtigen ergibt, dass die Steuerquelle nicht oder unvollständig angegeben wurde.
- noch keine Durchsuchung wegen des Verdachts einer Steuerstraftat oder Steuerordnungswidrigkeit durchgeführt wurde.

<sup>1</sup> § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB.

09/2010

## Steuerliches Abzugsverbot für häusliches Arbeitszimmer ist teilweise verfassungswidrig

### Ausgangslage

Die durch das Steueränderungsgesetz 2007 eingeführte Regelung, wonach Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer nur noch in Ausnahmefällen steuermindernd berücksichtigt werden können, wurde als teilweise verfassungswidrig beurteilt.

### Derzeitige Rechtslage

Seit dem 01. Januar 2007 wurde ein häusliches Arbeitszimmer steuerlich nur noch dann anerkannt, wenn es den Mittelpunkt der gesamten betrieblichen und beruflichen Tätigkeit darstellt.

Betriebsausgaben oder Werbungskosten für das häusliche Arbeitszimmer können daher lediglich abgesetzt werden, wenn dort „unter Berücksichtigung des Gesamtbildes der Verhältnisse und der Tätigkeitsmerkmale diejenigen Handlungen vorgenommen und Leistungen erbracht werden, die für die ausgeübte betriebliche oder berufliche Tätigkeit wesentlich und prägend sind.“

Hinsichtlich des Mittelpunktsbegriffs wird der Qualität, d.h. der inhaltlichen Bedeu-

tung der Tätigkeit, Vorrang vor der Quantität, d.h. dem zeitlichen Umfang der Nutzung, eingeräumt.

In welchen Fällen die Kosten für das häusliche Arbeitszimmer abzugsfähig sind, bleibt vielfach eine Einzelfallentscheidung.

### Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes

Mit Datum vom 06. Juli 2010 hat das Bundesverfassungsgericht nunmehr entschieden, dass § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 6b EStG zumindest in den Fällen gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz verstößt, in denen der steuerliche Abzug von Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer auch dann versagt wird, wenn dem Steuerpflichtigen für seine betriebliche oder berufliche Tätigkeit kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung steht.

Anders beurteilt wurden hingegen die Fälle, in denen das häusliche Arbeitszimmer ausschließlich dem betrieblichen oder beruflichen Zweck dient und zu mehr als 50% der gesamten betrieblichen oder beruflichen Tätigkeit genutzt wird. Hier bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen das Abzugsverbot.

Der Gesetzgeber wurde nunmehr verpflichtet, rückwirkend zum 01. Januar 2007 eine Neuregelung zu erlassen, die den Verstoß gegen Art. 3 des Grundgesetzes beseitigt.

Über die genaue Ausgestaltung der Neuregelung kann derzeit nur spekuliert werden. Denkbar ist z.B. eine Wiedereinführung der bis zum 31.12.2006 geltenden, beschränkten Abzugsfähigkeit von Aufwendungen bis zu einer Höchstgrenze von EUR 1.250.

Profitieren werden von der Neuregelung in jedem Fall diejenigen, denen in ihrem Betrieb kein Arbeitszimmer zur Verfügung steht und die ihre betriebliche und berufliche Tätigkeit daher im häuslichen Arbeitszimmer ausüben. Zu diesem Personenkreis gehören insbesondere Lehrer, die im Klassenzimmer unterrichten und denen kein angemessener Arbeitsplatz in der Schule zur Verfügung steht.

Aufgrund des am 12. August 2010 ergangenen BMF-Schreibens sind die Finanzämter bis zur endgültigen Verabschiedung der geforderten Neuregelung angewiesen, sämtliche betroffene Steuerbescheide mit dem Vorläufigkeitsvermerk nach § 165 AO zu versehen, so dass der Steuerpflichtige keinen Einspruch einlegen muss und eine spätere Änderung von Amts wegen erfolgen kann.

Darüber hinaus sind die Finanzämter angehalten, Kosten für ein häusliches Ar-

beitszimmer vorläufig bis zur Höhe von EUR 1.250 zu berücksichtigen, wenn die Aufwendungen entsprechend nachgewiesen wurden und kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung steht.

### Unser Tipp

Aufgrund der Urteilsbegründung der Karlsruher Richter kann man vermuten, dass die neue Gesetzesfassung die steuerliche Anerkennung eines häuslichen Arbeitszimmers daran knüpfen wird, dass nachweislich kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung steht. Wir empfehlen daher, eine entsprechende schriftliche Bestätigung des Arbeitgebers einzuholen.

Ferner ist folgendes zu beachten:

a) Steuerbescheide 2007 ff. liegen noch nicht vor

Sollten Sie Ihre Steuerklärungen 2007 ff. noch nicht eingereicht haben bzw. liegen die entsprechenden Steuerbescheide noch nicht vor und stand Ihnen im Veranlagungsjahr für die Ausübung Ihrer betrieblichen und beruflichen Tätigkeit kein anderer Arbeitsplatz als das häusliche Arbeitszimmer zur Verfügung, so sollten Sie sämtliche Kosten hierfür als Betriebsausgaben oder Werbungskosten deklarieren.

b) Steuerbescheide 2007 ff. liegen vor und Kosten wurden deklariert

Sollten Sie im Rahmen Ihrer Steuerklärungen 2007 ff. bereits Kosten für ein

häusliches Arbeitszimmer geltend gemacht haben, da Ihnen kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung stand und ist die Veranlagung für das entsprechende Jahr bereits erfolgt, so ist zu überprüfen, ob die entsprechenden Steuerbescheide bereits bestandskräftig sind.

Ist der Steuerbescheid noch nicht bestandskräftig, weil er unter dem Vorläufigkeitsvermerk nach § 165 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AO oder unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gemäß § 164 AO erlassen wurde oder weil die Einspruchsfrist noch nicht abgelaufen ist, so kann im Vorgriff auf die Neuregelung eine Änderung des Bescheides beantragt werden. Das Finanzamt wird sodann einen nach § 165 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AO vorläufigen Steuerbescheid erlassen und Aufwendungen für das häusliche Arbeitszimmer bis zu einem Höchstbetrag von 1.250 EUR berücksichtigen.

c) Steuerbescheide 2007 ff. liegen vor und Kosten waren noch nicht deklariert

Haben Sie bei Ihren Steuerklärungen für die Jahre 2007 ff. bislang keine Kosten für ein häusliches Arbeitszimmer geltend gemacht, obwohl Ihnen kein anderer Ar-

beitsplatz zur Verfügung stand und ist ein Steuerbescheid bereits ergangen, so ist eine Änderung nur noch dann möglich, wenn die Steuerfestsetzung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gemäß § 164 AO erfolgte oder die Rechtsbehelfsfrist noch nicht abgelaufen ist.

In beiden Fällen kann der Steuerpflichtige auch hier bereits eine Änderung des Bescheides beantragen. Analog zu b) wird das Finanzamt dann einen nach § 165 AO vorläufigen Steuerbescheid erlassen und Aufwendungen für das häusliche Arbeitszimmer bis zu einem Höchstbetrag von 1.250 EUR berücksichtigen.

Möchten Sie Kosten für ein häusliches Arbeitszimmer nachträglich geltend machen oder die Änderung eines bereits vorliegenden Steuerbescheides beantragen wollen, sind wir Ihnen gerne dabei behilflich und stehen für Rückfragen jederzeit zur Verfügung.

Information:

Der Inhalt dieser Information wurde nach bestem Wissen und Kenntnisstand erstellt. Mit Rücksicht auf die Komplexität der angesprochenen Themen und den ständigen Wandel der Rechtsmaterie bitten wir um Verständnis, wenn wir unsere Haftung und Gewährleistung auf Beratungen in individuellen Einzelaufträgen nach Maßgabe unserer Auftragsbedingungen beschränken und sie i. Ü., d. h. für diese Informationen ausschließen.

09/2010

## E-Mail Werbung

### Ausgangslage

Die Zusendung von Werbung mittels einer E-Mail ist eine kostengünstige und wenig zeitintensive Möglichkeit der Werbung und daher für Unternehmen sehr interessant. Die Flut solcher Werbung hat dazu geführt, dass der Gesetzgeber sich zu Regelungen im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) veranlasst gesehen hat. In § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG finden sich jetzt Vorschriften darüber, wann eine solche Werbung zulässig ist. Mit Inkrafttreten des 1. Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) zum 31.12.2008 sind die Anforderungen noch einmal verschärft worden, was in der Praxis zu erheblichen Problemen führen kann.

### Rechtslage

In § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG heißt es: „Eine unzumutbare Belästigung ist stets anzunehmen bei Werbung unter Verwendung einer automatischen Anrufmaschine, eines Faxgerätes oder elektronischer Post, ohne dass eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten vorliegt.“

E-Mail-Werbung erfüllt also grundsätzlich den Tatbestand des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG und stellt eine unzumutbare Belästigung dar, wenn es an einer Einwilligung des Empfängers fehlt. Diese unzumutbare Belästigung wird selbst in Zeiten von Flatrates mit dem Kostenaufwand für die Internetnutzung begründet, darüber hinaus aber auch mit dem Zeitaufwand, der für das Lesen und die Filterung der Werbemails benötigt wird. Eine solche unzumutbare Belästigung ist auch nicht etwa dann ausgeschlossen, wenn die Mail eindeutig, z.B. durch eine entsprechende Betreffzeile, als Werbemail erkennbar ist.

Sie ist nach dem Gesetzeswortlaut nur zulässig, wenn eine Einwilligung des Empfängers zur Zusendung von Werbemails vorliegt. Entgegen der früheren Rechtslage spricht § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG von einer ausdrücklichen Einwilligung. Ausreichend ist daher nicht mehr, dass der Empfänger mutmaßlich zugestimmt hätte oder stillschweigend zustimmt. Insoweit ist das neue Gesetz eindeutig. Es differenziert auch nicht mehr zwischen Verbrauchern und Unternehmern, so dass für beide Gruppen nunmehr eine ausdrückliche Einwilligung zur Zusendung von Werbung erforderlich ist.

Die Frage ist daher, wann von einer ausdrücklichen Einwilligung ausgegangen werden kann. Zweifelsfrei ist dies der Fall, wenn der Empfänger vorab erklärt, Werbung erhalten zu wollen. Das wird allerdings nicht der Regelfall sein. Problematischer liegt der Fall jedoch dann, wenn, wie oft im geschäftlichen Verkehr, eine E-Mail-Adresse auf einer Homepage, einem Branchenverzeichnis oder in ähnlicher Weise öffentlich zugänglich gemacht wird.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes und der Rechtsprechung ist allerdings durch die öffentliche Angabe einer E-Mail-Adresse noch kein Einverständnis mit der Zusendung von Werbung durch gewerbliche Anbieter gegeben, so dass es in der jüngsten Vergangenheit zu zahlreichen Abmahnverfahren wegen solcher Werbung gekommen ist.

Gegen diese Regelung wird aber zunehmend Kritik erhoben. Es sei zu unterscheiden, ob die Werbung an einen Unternehmer gerichtet sei und sich auf den Gegenstand des Geschäftsbetriebes des Empfängers beziehe. Sei dies der Fall, so müsse hier die Werbung zugelassen werden, diese liege im vermuteten Interesse des Empfängers. Hier seien die geringen Kosten für das Unterdrücken und die Löschung solcher E-Mails gerechtfertigt.

Zudem sei nach der europarechtlichen Richtlinie, aufgrund derer das UWG geändert wurde, auch eine konkludente Einwilligung ausreichend. Der deutsche Gesetz-

geber sei hier zu weit gegangen. In den bislang ergangenen Gerichtsentscheidungen findet sich zunächst die Feststellung, dass die Angabe einer E-Mail-Adresse in öffentlichen Verzeichnissen oder auf der Internet-Seite das konkludente Einverständnis des Unternehmens erkennen lasse, über die veröffentlichte Adresse Kaufanfragen potentieller Kunden zu erhalten. Ein Einverständnis in den Erhalt von Werbung sei allerdings nicht anzunehmen. Die Veröffentlichung einer E-Mail-Adresse sei jedenfalls keine „Generaleinwilligung“ für den Erhalt von Werbung. Gegen diese recht eindeutige Rechtsprechung spricht aber, dass ein Unternehmen seine Emailadresse bewusst einrichte, um von potentiellen Geschäftspartnern kontaktiert werden zu können. Die Veröffentlichung erfolge zielgerichtet, um Interessenten die Kontaktaufnahme zu ermöglichen. Grundsätzlich willige also ein solches Unternehmen darin ein, E-Mails über die Adresse zu erhalten. Fraglich sei allerdings, wie weit diese Einwilligung reicht.

Insoweit wird vielerorts mittlerweile vertreten, dass bei der Werbung mit Waren oder Dienstleistungen, die einen Bezug zu dem Geschäftsbetrieb des Empfängers aufweisen, eine Einwilligung gegeben sei. Gerade in Zeiten finanzieller Schwierigkeiten seien Geschäftsbetriebe interessiert, auch günstige Angebote zu erhalten. Über die Werbung mittels E-Mail erhalte ein Unternehmen einen Überblick über das Leis-

tungsangebot des werbenden Unternehmens. Insoweit müsse es genügen, wenn die mit der Email übermittelte Werbung einen allgemeinen Sachbezug zum Unternehmen des Empfängers aufweise. Dann bedürfe es keiner ausdrücklichen Einwilligung des Empfängers. Unzulässig sei aber nur solche Werbung, die keinen Sachbezug zu den Waren oder Dienstleistungen des empfangenden Unternehmens habe, oder wenn der Empfänger der Werbung ausdrücklich widersprochen habe.

Die dargelegte Rechtsauffassung ist plausibel und es ist zu erwarten, dass sich die Rechtsprechung dorthin entwickeln wird. Zurzeit aber stellt die Rechtsprechung

noch sehr hohe Anforderungen an die Zusendung von E-Mail-Werbung, so dass deren Einsatz außerordentlich vorsichtig erfolgen sollte. Nach der heutigen Rechtslage besteht Sicherheit nur dann, wenn der Empfänger ausdrücklich in die Zusendung eingewilligt hat. Sollten Sie also die Schaltung von Werbemails beabsichtigen, sollten Sie die rechtlichen Voraussetzungen genau prüfen oder prüfen lassen.

Information:

Der Inhalt dieser Information wurde nach bestem Wissen und Kenntnisstand erstellt. Mit Rücksicht auf die Komplexität der angesprochenen Themen und den ständigen Wandel der Rechtsmaterie bitten wir um Verständnis, wenn wir unsere Haftung und Gewährleistung auf Beratungen in individuellen Einzelaufträgen nach Maßgabe unserer Auftragsbedingungen beschränken und sie i. Ü., d. h. für diese Informationen ausschließen.

09/2010

## Betreuung von Pflegebedürftigen durch Bürger aus Osteuropa – eine (legale) Alternative?

### A. Einführung

Laut einer Studie der Caritas aus dem Jahre 2009 arbeiten in Deutschland etwa 100.000 Haushaltshilfen aus Mittel- und Osteuropa, der größte Teil von ihnen schwarz. Osteuropäische Pflegekräfte sind begehrt, weil durch ihre Beschäftigung zum einen weitaus geringere Kosten anfallen, als bei der Beauftragung eines deutschen Pflegedienstes entstehen. Zum anderen ist es üblich, dass diese Pflegekräfte im Haus des Pflegebedürftigen wohnen und damit eine Betreuung rund um die Uhr leisten, so dass eine Heimunterbringung vermieden werden kann. Hinsichtlich der legalen Beschäftigung einer osteuropäischen Pflegekraft sind jedoch verschiedene Voraussetzungen zu beachten.

### B. Rechtslage

Grundsätzlich haben alle Bürger der EU das Recht, in einem anderen Mitgliedsstaat wie ein Inländer ein Arbeitsverhältnis einzugehen oder eine Tätigkeit als Arbeitnehmer auszuüben. Für die Bürger aus den osteuropäischen EU-Beitrittsstaaten (Polen, Tschechien, Slowakei, Slowenien, Ungarn, Lettland, Litauen, Estland, Bulgarien und

Rumänien) ist dieses Arbeitnehmerfreizügigkeitsprinzip jedoch zur Zeit ausgesetzt. Dementsprechend benötigen Personen aus den genannten Staaten eine sog. Arbeitserlaubnis-EU der örtlichen Agentur für Arbeit, um in Deutschland eine abhängige Beschäftigung aufnehmen zu können. Zu unterscheiden ist insoweit zwischen Pflegekräften und Haushaltshilfen.

### I. Pflegekräfte

Für **Pflegekräfte** in Privathaushalten wird eine Arbeitserlaubnis nicht erteilt, weil es an einer entsprechenden Vereinbarung zwischen der Bundesagentur für Arbeit und der Arbeitsverwaltung der Beitrittsstaaten fehlt. Mangels Arbeitserlaubnis dürfen Pflegebedürftige also keinen Arbeitsvertrag mit Pflegekräften aus Osteuropa schließen. Bei Verstoß gegen dieses Verbot drohen empfindliche Bußgelder.

Dagegen gilt für Unternehmen und Selbstständige aus den osteuropäischen Beitrittsstaaten Dienstleistungsfreiheit. Dies bedeutet, dass osteuropäische Pflegekräfte keine Arbeitserlaubnis benötigen, wenn sie von ihrem **Arbeitgeber im Heimatland** vorübergehend nach Deutschland **entsandt**

werden oder selbst Inhaber eines Pflegedienstes sind und als **selbständige Pflegekraft** grenzüberschreitend in Deutschland tätig werden.

Sowohl entsandte Pflegekräfte also auch grenzüberschreitend tätige selbständige Pflegekräfte sind bei der Meldebehörde meldepflichtig. Ihnen wird nach Vorlage eines gültigen Reisepasses oder Personalausweises sowie eines Nachweises über die Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit eine Bescheinigung über das Aufenthaltsrecht von Bürgern aus den osteuropäischen Beitrittsstaaten erteilt.

Eine zulässige und arbeitserlaubnisfreie **Entsendung** von Arbeitnehmern liegt allerdings u.a. nur dann vor, wenn die voraussichtliche Dauer der Tätigkeit 12 Monate nicht überschreitet, wobei im Einzelfall eine Verlängerung um weitere 12 Monate möglich ist. Der Arbeitnehmer darf außerdem nicht im Anschluss als Ersatz für einen anderen Arbeitnehmer entsandt werden, dessen Entsendezeitraum abgelaufen ist. Voraussetzung ist ferner, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Entsendeunternehmen und dem entsandten Arbeitnehmer während des Entsendezeitraums fortbesteht. Aus diesem Grund bleibt der betroffene Arbeitnehmer auch Mitglied der Sozialversicherung seines Heimatstaates. Darüber, dass für eine entsandte Pflegekraft in ihrem Heimatland Sozialversicherungspflicht besteht, wird von der zuständigen

Behörde im Beitrittsstaat eine sog. Bescheinigung E 101 ausgestellt.

Vor allen Dingen ist zu beachten, dass bei der Beschäftigung einer entsandten Pflegekraft die in Deutschland festgelegte **Höchst Arbeitszeit** von werktäglich acht Stunden nicht überschritten werden darf. Eine entsandte Pflegekraft darf also nicht 24 Stunden am Tag zur Verfügung stehen müssen.

Beschäftigen Sie eine entsandte Pflegekraft, sollten Sie sich die Bescheinigung E 101 vorlegen lassen. Außerdem empfiehlt es sich, bei der Bundesagentur für Arbeit eine Bescheinigung darüber einzuholen, dass die Tätigkeit der Pflegekraft tatsächlich arbeitsgenehmigungsfrei ist.

Anders als Unternehmen, welche die bei ihnen beschäftigten Pflegekräfte nach Deutschland entsenden, führt eine **Pflegekraft als Einzelunternehmer** die Pflege Tätigkeit selbst aus. In diesem Fall muss sie ihre Tätigkeit bei der zuständigen gewerbe rechtlichen Behörde in Deutschland anzeigen. Eine entsprechende Bescheinigung sollten Sie sich vor Aufnahme der Tätigkeit durch die Pflegekraft vorlegen lassen.

Gerade beim Einsatz von Pflegekräften als Einzelunternehmern besteht jedoch ein nicht unerhebliches Risiko. Wohnt eine solche Einzelunternehmerin nämlich im Haus des Pflegebedürftigen und steht damit rund um die Uhr zur Verfügung, hat sie damit nur

einen Auftraggeber, durch den sie ihren Umsatz erzielt. Die Behörden gehen in einem solchen Fall davon aus, dass es sich eben nicht um eine selbstständige Tätigkeit, sondern um einen Fall von **Scheinselbstständigkeit** handelt. Die betreffende Pflegekraft wird als Arbeitnehmerin des Pflegebedürftigen angesehen mit der Folge, dass sie zum einen nicht über die dafür notwendige Arbeitserlaubnis verfügt, so dass ein Fall von Schwarzarbeit vorliegt, der mit erheblichen Bußgeldern bewehrt ist. Zum anderen sind die Lohnsteuer und die Sozialversicherungsbeiträge für die Beschäftigung der Pflegekraft vom Pflegebedürftigen als Arbeitgeber nachträglich zu entrichten. Auch hier können schnell erhebliche Beträge auflaufen.

## II. Haushaltshilfen

Anders als für Pflegekräfte kann zur Ausübung einer versicherungspflichtigen Vollbeschäftigung für hauswirtschaftliche Arbeiten und neuerdings auch für notwendige pflegerische Alltagshilfen in einem privaten Haushalt für die Dauer von drei Jahren eine Arbeitserlaubnis-EU von der örtlich zuständigen Agentur für Arbeit ausgestellt werden. Wie für jeden deutschen Arbeitnehmer auch, sind für die ausländische **Haushaltshilfe** Beiträge zur Kranken-, Renten-, Pflege-, Unfall- und Arbeitslosenversicherung abzuführen. Für die Anmeldung bei den genannten Sozialversicherungsträgern ist

eine Betriebsnummer nötig, die auf Antrag von der örtlichen Agentur für Arbeit erteilt wird.

Im Gegensatz zu den entsandten Pflegekräften, deren Arbeitgeber der Pflegedienst im Beitrittsstaat ist, kann der Pflegebedürftige selbst Arbeitgeber sein, wenn er eine osteuropäische Haushaltshilfe beschäftigt. Es ist daher in einem Arbeitsvertrag zwischen der Haushaltshilfe und dem Pflegebedürftigen festzulegen, welche konkreten Unterstützungsleistungen die Haushaltshilfe zu leisten hat. Sie sollten darauf achten, dass für den Fall der Einweisung des Pflegebedürftigen in ein Pflegeheim bzw. für den Fall seines Todes eine entsprechende Regelung über die Kündigung des Arbeitsverhältnisses vorgesehen wird.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang auch, dass die **Vermittlung** der Haushaltshilfen ausschließlich über die Bundesagentur für Arbeit erfolgen kann. Die Vermittlung erfolgt gebührenfrei. Es können bekannte Bewerber namentlich benannt werden. Auch eine anonyme Anforderung einer Haushaltshilfe ist jedoch möglich.

**Zuständig** für die Vermittlung ist die sog.

Zentrale Auslands- und Fachvermittlung (ZAV)

Internationale Arbeitsvermittlung

Villemombler Str. 76

53123 Bonn

Hotline: 0228 713-1414

Im Einzelnen gilt Folgendes: Die ausländischen Haushaltshilfen dürfen sowohl hauswirtschaftliche Tätigkeiten als auch notwendige pflegerische Alltagshilfe verrichten. Erfasst sind damit auch die notwendigen Leistungen der sozialen Betreuung und Unterstützung, wie etwa die Motivation und Beschäftigung des Pflegebedürftigen. Die Haushaltshilfe darf Unterstützung des Pflegebedürftigen insbesondere bei folgenden Alltagshandlungen leisten:

- An- und Auskleiden
- Aufstehen und Zu-Bett-Gehen
- Waschen, Baden und Duschen
- Essen und Trinken
- Fortbewegung innerhalb und außerhalb der Wohnung
- Haar-, Haut-, Mund- und Nagelpflege
- Rasieren
- Toilettengang

Die Vermittlung ist möglich, wenn

- in dem antragstellenden Haushalt eine pflegebedürftige Person lebt.
- die Haushaltshilfe mindestens 18 Jahre alt ist.

- die wöchentliche Arbeitszeit der tariflichen oder üblichen Vollstundenzahl (38,5 Stunden) entspricht.
- die Haushaltshilfe nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer beschäftigt wird. Dies bedeutet, dass auch die Anzahl der Urlaubstage (bis einschließlich 29. Lebensjahr 26 Tage und ab dem 30. Lebensjahr 30 Tage) und die Vergütung den einschlägigen tariflichen Bedingungen entsprechen müssen. In NRW galt zum Stand 08/2009 ein Bruttomindestentgelt von € 1.333,00. Außerdem darf die Probezeit maximal vier Wochen betragen und eine Kündigungsfrist von einem Monat zum Monatsende vorgesehen werden.
- der Arbeitgeber für eine angemessene Unterkunft Sorge trägt, und zwar entweder in seinem Haushalt oder in der näheren Umgebung.
- der Antrag konkrete Angaben zu den Kosten für Unterkunft und Verpflegung enthält. Wird die Haushaltshilfe im Arbeitgeberhaushalt aufgenommen, können die Kosten für die Gewährung von Unterkunft und Verpflegung in Höhe der sog. Sachbezugswerte (2010: € 388,40) als geldwerter Vorteil auf das Bruttoeinkommen angerechnet werden.
- der Antrag den Beschäftigungszeitraum nennt, innerhalb dessen der Arbeitnehmer die Tätigkeit aufnehmen soll.

Um auch Haushalten, die bisher unerlaubt kurzfristige Beschäftigungsverhältnisse mit ausländischen Pflegekräfte eingegangen waren, einen Weg in die legale Beschäftigung zu ermöglichen, können von einem Haushalt auch mehrere Arbeitsverträge mit verschiedenen Haushaltshilfen für z.B. jeweils drei Monate akzeptiert werden. Eine Mindestbeschäftigungszeit von einem Monat darf jedoch nicht unterschritten werden.

Nach der Einreise hat sich die ausländische Haushaltshilfe bei der Meldebehörde an ihrem Wohnort in Deutschland anzumelden, wo sie auch ihre Lohnsteuerkarte erhält.

### III. Ergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Rundum-Betreuung einer pflegebedürftigen Person durch Aufnahme einer Kraft

aus Osteuropa in den betreffenden Haushalt legal nur durch eine von der Agentur für Arbeit vermittelte Haushaltshilfe möglich ist. Sollten Sie sich selbst in der Situation befinden, für einen pflegebedürftigen Angehörigen eine Hilfe organisieren zu müssen, stehen wir Ihnen dabei gerne mit Rat und Tat zur Seite.

#### Information:

Der Inhalt dieser Information wurde nach bestem Wissen und Kenntnisstand erstellt. Mit Rücksicht auf die Komplexität der angesprochenen Themen und den ständigen Wandel der Rechtsmaterie bitten wir um Verständnis, wenn wir unsere Haftung und Gewährleistung auf Beratungen in individuellen Einzelaufträgen nach Maßgabe unserer Auftragsbedingungen beschränken und sie i. Ü., d. h. für diese Informationen ausschließen.