

„Der eine wartet, dass die Zeit sich wandelt, der andere packt sie kräftig an und handelt.“

Dante Alighieri (1265-1321), italienischer Dichter

# Informationen aus dem Steuer-, Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialrecht

Februar 2014

## Inhaltsverzeichnis

1	Ab 1.2.2014 gilt SEPA – mit einer Übergangsfrist bis 1.8.2014 – für Unternehmen und Vereine.....	2
2	Kosten eines Studiums, das eine Erstausbildung vermittelt, sind grundsätzlich nicht abziehbar .....	2
3	Darlehensvertrag zwischen nahen Angehörigen .....	2
4	Einkünfteerzielungsabsicht nach Entmietung und Leerstand .....	3
5	Steuern sparen mit dem „Haushaltscheckverfahren“ .....	3
6	Barzahlung bei „Haushaltscheckverfahren“ möglich.....	4
7	Flächenschlüssel bei der Vorsteueraufteilung von gemischt genutzten Gebäuden.....	4
8	Steuerliche Behandlung von „Kapitalabfindungen“ berufsständischer Versorgungswerke.....	5
9	Vorläufiger Rechtsschutz wegen Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Erbschaftsteuergesetzes .....	5
10	Mehr als ein Drittel des Reisepreises als Anzahlung unzulässig .....	5
11	Keine Zahlung für Handwerkerleistungen bei teilweiser Schwarzgeldabrede.....	6
12	Private Zahnzusatzversicherung - kein Versicherungsschutz bei Beginn der Heilbehandlung schon vor Vertragsbeginn.....	6
13	Umfassende gesetzliche Auskunftsansprüche minderjähriger Erben .....	7
14	Kein Schadensersatz bei „Tauschempfehlung“ der Bank für Wertpapiere .....	7
15	Darlegungslast bei Überstundenvergütung .....	8
16	Rechtsfolge einer nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung .....	8
	16.1 Fälligkeitstermine.....	9
17	In eigener Sache .....	9

## **1 Ab 1.2.2014 gilt SEPA – mit einer Übergangsfrist bis 1.8.2014 – für Unternehmen und Vereine**

Am 1.2.2014 lösen europäische Zahlungsverfahren die nationalen Verfahren ab. Ab diesem Datum sollten Unternehmen, Vereine und öffentliche Kassen nur noch mit SEPA arbeiten. Die EU-Kommission verlängert jedoch aus Angst vor einem Zahlungschaos die SEPA-Übergangsfrist um 6 Monate. Die bisherigen Überweisungswege funktionieren demnach noch bis zum 1.8.2014.

Es gibt durch SEPA aber auch handfeste Vorteile. Der gesamte bargeldlose Euro-Zahlungsverkehr kann unabhängig vom Sitz oder Wohnort gesteuert werden – effizient, sicher und einheitlich. Sie haben europaweit freie Kontowahl. Für Ihre Kontoführung können Sie sich das Kreditinstitut mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis in ganz Europa aussuchen. SEPA ist auch für Unternehmen, die im Internethandel aktiv sind, vorteilhaft. Sie können ihren Kunden das Überweisungs- und Lastschriftverfahren nunmehr europaweit als Zahlungsmöglichkeit anbieten – in Absprache mit ihrer Bank.

## **2 Kosten eines Studiums, das eine Erstausbildung vermittelt, sind grundsätzlich nicht abziehbar**

Mit Urteil vom 5.11.2013 hat der Bundesfinanzhof (BFH) entschieden, dass Aufwendungen für ein Studium, welches eine Erstausbildung vermittelt und nicht im Rahmen eines Dienstverhältnisses stattfindet, nicht als vorweggenommene Betriebsausgaben abziehbar sind.

Im Streitfall hatte ein Student ein Erststudium aufgenommen und begehrte für die Jahre 2004 und 2005 unter Hinweis auf die neuere Rechtsprechung des BFH aus dem Jahr 2011, die Aufwendungen für das Studium (im Wesentlichen die Kosten der Wohnung am Studienort) als vorweggenommene Betriebsausgaben aus selbstständiger Arbeit abzuziehen. Dem stand entgegen, dass der Gesetzgeber als Reaktion auf die geänderte BFH-Rechtsprechung das Einkommensteuergesetz neu gefasst und nunmehr ausdrücklich angeordnet hatte, dass Aufwendungen des Steuerpflichtigen für seine „erstmalige“ Berufsausbildung oder für ein Erststudium, das zugleich eine Erstausbildung vermittelt, weder Betriebsausgaben noch Werbungskosten darstellen. Anzuwenden ist die Neufassung des Gesetzes für Veranlagungszeiträume ab 2004.

Nach Auffassung des BFH verstößt diese Regelung weder gegen das Rückwirkungsverbot noch gegen den Gleichheitsgrundsatz. Der Gesetzgeber habe nur das langjährige und auch bis 2011 vom BFH anerkannte grundsätzliche Abzugsverbot für Kosten der beruflichen Erstausbildung nochmals bestätigt.

## **3 Darlehensvertrag zwischen nahen Angehörigen**

Verträge unter Angehörigen werden von der Finanzverwaltung regelmäßig kritisch beurteilt und können steuerlich nur dann geltend gemacht werden, wenn sie zum einen bürgerlich-rechtlich wirksam geschlossen sind und darüber hinaus sowohl die Gestaltung als auch die Durchführung des Vereinbarten dem zwischen Fremden Üblichen entspricht. Dieser Fremdvergleich dient bei Rechtsverhältnissen unter Angehörigen der Feststellung, ob der zu beurteilende Sachverhalt dem privaten Bereich oder dem Bereich der steuerlich zu berücksichtigenden Einkunftserzielung zuzuordnen ist.

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat nunmehr zugunsten der Steuerpflichtigen mit Urteil vom 22.10.2013 klargestellt, dass bei der Prüfung der Fremdüblichkeit von zwischen nahen Angehörigen vereinbarten Vertragsbedingungen großzügigere Maßstäbe anzulegen sind, wenn der Vertragsschluss (hier ein Darlehen) unmittelbar durch die Erzielung von Einkünften veranlasst ist.

Im entschiedenen Fall erwarb ein Bäcker von seinem Vater umfangreiches Betriebsinventar. In Höhe des Kaufpreises gewährte der Vater dem Sohn ein verzinsliches Darlehen; diese Forderung trat der Vater

so gleich an seine Enkel, die seinerzeit minderjährigen Kinder des Sohnes, ab. Der Darlehensvertrag sah vor, dass die jährlichen Zinsen dem Darlehenskapital zugeschrieben werden sollten. Beide Seiten sollten den Vertrag ganz oder teilweise mit einer Frist von 6 Monaten kündigen können. Das Finanzamt erkannte die Zinsaufwendungen nicht als Betriebsausgaben an.

Dem ist der BFH nicht gefolgt. Da der Bäcker ohne das Angehörigendarlehen den Mittelbedarf für seine betriebliche Investition bei einem Kreditinstitut hätte decken müssen, hätten bei der Durchführung des Fremdvergleichs großzügigere Maßstäbe angelegt werden müssen als in Fällen, in denen z. B. Eigenmittel dem Betrieb entnommen und als Angehörigendarlehen zurückgewährt werden.

Anmerkung: Auch wenn dieses Urteil steuerzahlerfreundlich ausgefallen ist, sollten Verträge zwischen Angehörigen nach strengen Kriterien abgeschlossen und auch so durchgeführt werden, um eben solchen Streitigkeiten aus dem Wege zu gehen.

## 4 Einkünfteerzielungsabsicht nach Entmietung und Leerstand

Nach Auffassung des Niedersächsischen Finanzgerichts ist eine Einkünfteerzielungsabsicht nicht feststellbar - und damit ein Ansatz von Werbungskosten aus Vermietung und Verpachtung nicht möglich -, wenn nach Entmietung eines Mehrfamilienhauses die bisher vorhandenen Wohnungen zu neuen, größeren Wohnungen zusammengelegt werden sollen und das Haus vor der Durchführung der Sanierung jahrelang leer steht.

Fallen Aufwendungen mit der beabsichtigten Vermietung eines (leerstehenden) Wohngrundstücks an, bevor mit dem Aufwand zusammenhängende Einnahmen erzielt werden, können sie als vorab entstandene Werbungskosten bei der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung berücksichtigt werden. Die Berücksichtigung von Aufwand als (vorab entstandene) Werbungskosten setzt voraus, dass der Steuerpflichtige sich endgültig entschlossen hat, aus dem Objekt durch Vermieten Einkünfte zu erzielen und diese Entscheidung später nicht aufgibt. Daher muss sich der endgültige Entschluss zur Vermietung anhand objektiver Umstände belegen lassen.

Zeigt sich aufgrund bislang vergeblicher Vermietungsbemühungen, dass für das Objekt, so wie es baulich gestaltet ist, kein Markt besteht und die Immobilie deshalb nicht vermietbar ist, so muss der Steuerpflichtige zielgerichtet darauf hinwirken, unter Umständen auch durch bauliche Umgestaltungen einen vermietbaren Zustand des Objekts zu erreichen. Bleibt er untätig und nimmt den Leerstand auch künftig hin, spricht dieses Verhalten gegen den endgültigen Entschluss zu vermieten oder - sollte er bei seinen bisherigen, vergeblichen Vermietungsbemühungen mit Einkünfteerzielungsabsicht gehandelt haben - für deren Aufgabe.

## 5 Steuern sparen mit dem „Haushaltsscheckverfahren“

Der Gesetzgeber fördert Privathaushalte, die haushaltsnahe Dienstleistungen von Minijobbern verrichten lassen, auf besondere Art und Weise.

Das Finanzamt erkennt 20 % der gesamten Aufwendungen, maximal jedoch 510 €, als Minderungsbetrag bei der Steuerschuld an. Anders als bei Werbungskosten oder Sonderausgaben, deren Anerkennung lediglich das steuerpflichtige Einkommen vermindert, erhöht der Absetzbetrag für Minijobs in Privathaushalten die Einkommensteuererstattung unmittelbar. Die von den Privathaushalten an die Minijob-Zentrale abzuführenden Abgaben betragen maximal 14,44 %. Durch die Absetzbarkeit von 20 % der Arbeitgeberaufwendungen für den Minijobber kann sich bei der Steuererklärung hier ein echtes Plus ergebe.

Beispiel: Zum 1.2.2014 stellt ein Ehepaar eine Haushaltshilfe z. B. eine Putzfrau ein. Die Haushaltshilfe ist gesetzlich krankenversichert und unterliegt im Minijob nicht der Rentenversicherungspflicht. Das Ehepaar zahlt der Haushaltshilfe eine Vergütung von 150 € im Monat. Es verfügt über Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit. Die Steuerschuld des Ehepaares für das Jahr 2014 beträgt 8.500 €

- An die Minijob-Zentrale zu zahlen: 11 Monate x 150 € = 1.650 € x 14,44 % = 238,26 €
- Absetzbetrag: 1.650 € (Bruttolohn) + 238,26 € (Abgaben) = 1.888,26 € x 20 % = 377,65 €

Durch die Berücksichtigung des Absetzbetrags vermindert sich die Einkommensteuerschuld nachträglich um 377,65 Euro auf 8.122,35 Euro. Die Steuerersparnis übersteigt den Betrag, den das Ehepaar für die Haushaltshilfe an die Minijob-Zentrale abzuführen hat, um 139,39 Euro (377,65 Euro abzüglich 238,26 Euro).

## 6 Barzahlung bei „Haushaltsscheckverfahren“ möglich

Das Einkommensteuergesetz regelt den Nachweis der jeweiligen haushaltsnahen Dienstleistung oder der Handwerkerleistung sowie der jeweiligen Bezahlung. In solchen Fällen ist eine Barzahlung nicht zulässig.

Im Gegensatz dazu dient bei geringfügigen Beschäftigungsverhältnissen, für die das „Haushaltsscheckverfahren“ Anwendung findet, die dem Arbeitgeber von der Einzugsstelle (Minijob-Zentrale) zum Jahresende erteilte Bescheinigung als Nachweis. Diese enthält den Zeitraum, für den Beiträge zur Rentenversicherung gezahlt wurden, die Höhe des Arbeitsentgelts sowie die vom Arbeitgeber getragenen Gesamtsozialversicherungsbeiträge und Umlagen. Zusätzlich wird in der Bescheinigung die Höhe der einbehaltenen Pauschsteuer beziffert.

In diesen Fällen ist daher auch ausnahmsweise die Barzahlung des Arbeitslohns an die beschäftigte Person zulässig und führt nicht zur Versagung der Steuerermäßigung.

## 7 Flächenschlüssel bei der Vorsteueraufteilung von gemischt genutzten Gebäuden

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit Urteil vom 22.8.2013 entschieden, dass die Neuregelung der Vorsteueraufteilung im Umsatzsteuergesetz (UStG) mit dem Unionsrecht vereinbar ist. Diese Vorschrift ordnet seit dem 1.1.2004 einen Vorrang des Flächenschlüssels vor dem Umsatzschlüssel an.

In der Sache ging es um die Höhe des Vorsteuerabzugs für Eingangsleistungen zur Herstellung eines gemischt genutzten Gebäudes, mit dem sowohl steuerfreie als auch steuerpflichtige Vermietungsumsätze erzielt werden. Da der Vorsteuerabzug nur für steuerpflichtige Ausgangsumsätze möglich ist, war eine Aufteilung der Vorsteuern erforderlich. Der Steuerpflichtige nahm die Aufteilung nach dem Umsatzschlüssel vor. Dem widersprach die Finanzverwaltung und teilte die Vorsteuern nach dem ungünstigeren Flächenschlüssel auf. Der BFH billigte diese Art der Aufteilung.

Der objektbezogene Flächenschlüssel führt zu einer präziseren Vorsteueraufteilung als der auf die Gesamtumsätze des Unternehmens bezogene Pro-rata-Satz der EG-Richtlinien. Deshalb darf ihn der deutsche Gesetzgeber vorrangig vor dem Umsatzschlüssel zur Aufteilung vorsehen. Der Vorrang des Flächenschlüssels gilt aber nur für solche Vorsteuerbeträge, die der Berichtigung nach dem UStG unterliegen. Hierunter fallen insbesondere Vorsteuern aus Anschaffungs- und Herstellungskosten von Wirtschaftsgütern.

## 8 Steuerliche Behandlung von „Kapitalabfindungen“ berufsständischer Versorgungswerke

Kapitalabfindungen, die von berufsständischen Versorgungswerken ihren Versicherten gewährt werden, sind ab dem 1.1.2005 - dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Alterseinkünftegesetzes - steuerpflichtig. Seitdem werden die einmaligen Leistungen ebenso wie die laufenden Renten der berufsständischen Versorgungswerke mit dem sog. Besteuerungsanteil, der im Jahr 2005 50 % betrug und der jährlich ansteigt, der Besteuerung unterworfen. Vor Inkrafttreten des Alterseinkünftegesetzes konnte die Kapitalleistung demgegenüber in den meisten Fällen steuerfrei vereinnahmt werden.

In einem vor dem Bundesfinanzhof ausgefochtenen Streitfall hatte ein Steuerpflichtiger im März 2009 eine einmalige Kapitalabfindung in Höhe von 350.000 € von seinem Versorgungswerk erhalten. Diese wurde vom Finanzamt mit dem Besteuerungsanteil von 58 % der Einkommensteuer unterworfen. Dem stimmte auch der Bundesfinanzhof (BFH) in seiner Entscheidung vom 23.10.2013 zu. Die gesetzliche Neuregelung der Besteuerung der Alterseinkünfte ist ausdrücklich auch auf andere als lediglich laufende Rentenleistungen - und damit auch auf einmalige Zahlungen - anzuwenden, die nach dem 31.12.2004 zugeflossen sind.

Da aber für den Bereich der Basisversorgung lediglich Rentenzahlungen typisch sind und die Versorgungswerke nur Abfindungen zahlen dürfen, die auf vor 2005 bezahlten Beiträgen beruhen, hat der BFH eine atypische Zusammenballung von Einkünften bejaht und insoweit auf die Kapitalleistung die sog. Fünftelregelung - also eine ermäßigte Besteuerung – angewendet.

## 9 Vorläufiger Rechtsschutz wegen Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Erbschaftsteuergesetzes

Der Bundesfinanzhof hat mit Beschluss vom 21.11.2013 zu dem ab 2009 geltenden Erbschaftsteuergesetz entschieden, dass die Vollziehung eines Erbschaftsteuerbescheids wegen des beim Bundesverfassungsgericht anhängigen Normenkontrollverfahrens auf Antrag des Steuerpflichtigen auszusetzen oder aufzuheben ist, wenn ein berechtigtes Interesse des Steuerpflichtigen (z. B. mangels Erwerbs liquider Mittel wie Bargeld oder Bankguthaben) an der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes besteht.

## 10 Mehr als ein Drittel des Reisepreises als Anzahlung unzulässig

Eine Klausel eines Reiseveranstalters ist unwirksam, wenn sie den Reisenden zu einer Anzahlung verpflichtet, die 1/3 des Gesamtreisepreises übersteigt.

Klauseln, die allein die Bezeichnung einer Reise wie gesondert gekennzeichnete „Top-Angebote“ sowie ausgewählte bzw. preisreduzierte „Specials“, „Sparreisen“ zum Anlass unterschiedlicher Reisebedingungen machen, sind unzulässig, wenn die Bezeichnung für den Reisenden nicht eindeutig ist und einen durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht näher eingeschränkten Beurteilungsspielraum lässt.

In einem vom Oberlandesgericht Celle (OLG) entschiedenen Fall enthielt der Vertrag eines Reiseveranstalters u. a. folgende Klausel: „2.2 Bei Vertragsabschluss wird gegen Aushändigung der Bestätigung die Anzahlung in Höhe von i. d. R. 25 %, bei gesondert gekennzeichneten Top-Angeboten sowie ausgewählten, kurzfristigen bzw. preisreduzierten Specials, Sparreisen und Reisen der Marken D.T., r., A1., A2., A3. und BestPreis-Angeboten von T. F.G. sowie Ticket-Paketen aus Leistungsbeschreibungen (Ziffer 3.1) mit dem Titel „Musicals & Shows“ 40 % des Gesamtpreises fällig. (...)“

In ihrer Begründung führten die OLG-Richter aus, dass die vom Reiseveranstalter in seinen Allgemeinen Reisebedingungen geforderte Anzahlung von 40 % des Reisepreises unmittelbar bei Vertragsabschluss den Vertragspartner unangemessen benachteiligt. Aus Sicht des Vertragspartners ist nicht eindeutig erkennbar, was unter „gesondert gekennzeichneten Top-Angeboten sowie ausgewählten, kurzfristigen bzw. preisreduzierten Specials, Sparreisen“ zu verstehen ist. Dieser Teil der Klausel ist für den Vertragspartner unklar und undurchschaubar.

Eine Anzahlung, zumindest wenn sie 1/3 des Reisepreises übersteigt und damit erst recht, wenn sie wie im vorliegenden Fall 40 % des Gesamtpreises ausmacht, stellt demnach eine unangemessene Benachteiligung des Reisenden dar. Selbst bei einem Angebot sehr kurzfristiger Reisen, ist eine formularmäßige Verpflichtung zur Anzahlung von mehr als 1/3 des Gesamtreisepreises vor dem Zeitpunkt der Überlassung der Reiseunterlagen unangemessen.

## **11 Keine Zahlung für Handwerkerleistungen bei teilweiser Schwarzgeldabrede**

Ist vereinbart, dass Handwerkerleistungen zum Teil ohne Rechnung erbracht werden, damit der Umsatz den Steuerbehörden verheimlicht werden kann (Schwarzgeldabrede), kann der Handwerker von dem Auftraggeber weder die vereinbarte Zahlung noch die Erstattung des Wertes der von ihm bereits erbrachten handwerklichen Leistungen verlangen.

Die Richter des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts entschieden in ihrem Urteil vom 16.8.2013, dass bei einer teilweisen Schwarzgeldabrede der geschlossene Vertrag insgesamt nichtig ist, und dass der Handwerker auch keinen Wertersatz für die von ihm erbrachten Bauleistungen verlangen kann.

Auch wenn nur eine teilweise Schwarzgeldabrede vorliegt, ist der gesamte Werkvertrag nichtig, was dazu führt, dass der Auftragnehmer keinen weiteren Zahlungsanspruch hat und die Auftraggeber keinen Schadensersatz wegen Mängel der Arbeiten verlangen können.

## **12 Private Zahnzusatzversicherung - kein Versicherungsschutz bei Beginn der Heilbehandlung schon vor Vertragsbeginn**

In der Praxis schließen immer wieder Patienten eine private Zahnzusatzversicherung ab, nachdem bei einem Zahnarztbesuch die Behandlungsbedürftigkeit ihres Gebisses festgestellt worden ist. Das kann später zu Schwierigkeiten mit dem Versicherer führen, wie zwei vom Oberlandesgericht Karlsruhe (OLG) entschiedene Fälle zeigen.

In beiden verlangten die Patienten von ihrer Zusatzkrankenversicherung Leistungen für die Versorgung mit Implantaten. Die OLG-Richter entschieden, dass der Versicherungsschutz nicht vor Abschluss des Versicherungsvertrages und vor Ablauf der Wartezeit beginnt. Damit haftet die Versicherung nicht für Versicherungsfälle, die vor Beginn des Versicherungsschutzes eingetreten sind. Versicherungsfall ist die „medizinisch notwendige Heilbehandlung“. Für den „Beginn der Heilbehandlung“ ist der richtige Bezugspunkt nicht der konkrete Auftrag des Patienten an den Arzt, sondern die behandlungsbedürftige Krankheit selbst. Heilbehandlung ist jede ärztliche Tätigkeit, die durch die betreffende Krankheit verursacht worden ist, sofern die Leistung des Arztes von ihrer Art her in den Rahmen der medizinisch notwendigen Krankenpflege fällt und auf die Heilung oder Linderung der Krankheit abzielt.

Die Heilbehandlung beginnt mit der ersten Inanspruchnahme einer solchen ärztlichen Tätigkeit, also schon mit der ersten ärztlichen Untersuchung, die auf die Erkennung des Leidens abzielt, ohne Rücksicht darauf, ob sofort oder erst nach weiteren Untersuchungen eine endgültige oder richtige Diagnose gestellt und mit den eigentlichen Heilmaßnahmen begonnen wird. Zur Heilbehandlung gehört auch die Erstellung eines

Heil- und Kostenplans. Der Versicherungsfall endet erst dann, wenn nach objektiv medizinischem Befund keine Behandlungsbedürftigkeit mehr besteht.

### **13 Umfassende gesetzliche Auskunftsansprüche minderjähriger Erben**

Ist ein minderjähriges Kind Erbe eines verstorbenen Elternteils und verwaltet der andere Elternteil das aus dem Nachlass stammende Erbe des Kindes, hat er über das verwaltete Vermögen ein vollständiges Verzeichnis zu erstellen und die Richtigkeit seiner Angaben zu versichern. Dem Kind steht darüber hinaus auch ein gesetzlicher Anspruch auf eine übersichtliche und aus sich heraus verständliche Zusammenstellung aller Einnahmen und Ausgaben im Rahmen der Vermögensverwaltung bis zur Volljährigkeit zu.

Nach den gesetzlichen Regelungen ist der verbliebene Elternteil verpflichtet, eine Zusammenstellung aller Einnahmen und Ausgaben in Bezug auf das verwaltete Vermögen vorzulegen, um die Entwicklung des Nachlasses und den Verbleib des Vermögens nachvollziehen zu können. Ein Auskunftsanspruch entfällt nur dann, wenn von vornherein feststeht, dass Ansprüche auf Herausgabe des Kindesvermögens nicht mehr bestehen. Die Ansprüche sind auch weder verjährt noch wegen Zeitablaufs nach Volljährigkeit verwirkt. Letzteres scheidet aus, wenn der Berechtigte von seinen Rechten keine Kenntnis und der andere Teil dies zu vertreten habe.

So war es in einem vom Oberlandesgericht Koblenz mit Beschluss v. 26.11.2013 entschiedenen Fall, in dem die Tochter erst in jüngerer Zeit durch Nachfragen beim Nachlassgericht und Einschaltung ihres Anwalts Kenntnis vom Testament der Mutter und eventuellen Herausgabeansprüchen erlangt hatte.

### **14 Kein Schadensersatz bei „Tauschempfehlung“ der Bank für Wertpapiere**

Rät eine Bank einem Kunden zur Umschichtung von Wertpapieren innerhalb eines Depots, so muss die hiermit verbundene Verkaufs- als auch Kaufempfehlung in Bezug auf das Anlageobjekt unter Berücksichtigung der objektiven Gegebenheiten aus nachträglicher Sicht jeweils lediglich „vertretbar“ sein. Das Risiko, dass sich eine Anlageentscheidung dann im Nachhinein als falsch erweist, trägt der Anleger.

In einem Fall aus der Praxis war ein Anleger bereits seit vielen Jahren Kunde einer Bank und hatte dort im Jahr 2006 ein Depot eröffnet. Bei einem Beratungsgespräch im Mai 2008 empfahl ihm ein Berater der Bank die im Wertpapierdepot befindlichen Anteile an einem offenen Immobilienfonds zu verkaufen und im Gegenzug Anteile an einem sogenannten Dachfonds zu kaufen, der geografisch und objektmäßig breiter gestreut war, weil er nicht nur Zielfonds mit Objekten in Europa, sondern auch in Japan, Kanada und den USA enthielt.

Die Empfehlung begründete der Berater damit, dass der Kunde durch die Anlage in den neuen Fonds breiter aufgestellt sei und sich dadurch sein Risiko verringere. Entsprechend dieser Empfehlung verkaufte der Kunde seine Anteile; mit dem Erlös kaufte er gleichzeitig die Dachfondsanteile, wobei die Bank einen Aufschlag von 5 % kassierte. In einem weiteren Beratungsgespräch im Februar 2010 erhielt der Kunde die Empfehlung, seine Anteile an dem Dachfonds zu verkaufen. Dieser Empfehlung folgte der Kunde nicht. Im September 2010 setzte die Fondsverwaltung den Handel und damit auch die Rücknahme der Fondsanteile aus. Der Fonds wird derzeit abgewickelt. Der Kunde verlangte nunmehr von seiner Bank Schadensersatz mit der Begründung, dass er im Mai 2008 falsch beraten worden sei und die Bank „pure Provisionsschneiderei“ betrieben habe.

Die Richter des OLG Schleswig-Holstein entschieden jedoch, dass hier für den Bankkunden kein Schadensanspruch besteht. Bei einer von der Bank empfohlenen „Umschichtung“ – im Unterschied zu einer üblichen Anlage von Geld in Wertpapieren – muss die beratende Bank nicht darlegen und

nachweisen, dass es sich bei der „Tauschempfehlung“ objektiv tatsächlich um eine bessere Anlage handeln muss.

## 15 Darlegungslast bei Überstundenvergütung

Verlangt der Arbeitnehmer Arbeitsvergütung für Überstunden, hat er darzulegen und – im Bestreitensfall – zu beweisen, dass er Arbeit in einem die Normalarbeitszeit übersteigenden zeitlichen Umfang verrichtet hat. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass geleistete Überstunden angeordnet, gebilligt, geduldet oder jedenfalls zur Erledigung der geschuldeten Arbeit erforderlich waren, trägt der Arbeitnehmer als derjenige, der den Anspruch erhebt. Für eine ausdrückliche Anordnung von Überstunden muss er vortragen, wer wann auf welche Weise wie viele Überstunden angeordnet hat.

Konkludent ordnet der Arbeitgeber Überstunden an, wenn er dem Arbeitnehmer Arbeit in einem Umfang zuweist, der unter Ausschöpfung der persönlichen Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers nur durch die Leistung von Überstunden zu bewältigen ist. Dazu muss der Arbeitnehmer darlegen, dass eine bestimmte angewiesene Arbeit innerhalb der Normalarbeitszeit nicht zu leisten oder ihm zur Erledigung der aufgetragenen Arbeiten ein bestimmter Zeitrahmen vorgegeben war, der nur durch die Leistung von Überstunden eingehalten werden konnte.

Mit der Billigung von Überstunden ersetzt der Arbeitgeber gleichsam durch eine nachträgliche Genehmigung die fehlende vorherige Anordnung schon geleisteter Überstunden. Die Billigung von Überstunden setzt deshalb voraus, dass der Arbeitgeber zu erkennen gibt, mit der schon erfolgten Leistung bestimmter Überstunden einverstanden zu sein. Das muss nicht ausdrücklich erfolgen und kann insbesondere dann anzunehmen sein, wenn der Arbeitgeber oder ein für ihn handelnder Vorgesetzter des Arbeitnehmers eine bestimmte Anzahl von Stunden abzeichnet und damit sein Einverständnis mit einer Überstundenleistung ausdrückt. Dazu reicht aber die widerspruchslöse Entgegennahme der vom Arbeitnehmer gefertigten Arbeitszeitaufzeichnungen nicht aus.

Die Duldung von Überstunden bedeutet, dass der Arbeitgeber in Kenntnis einer Überstundenleistung diese hinnimmt und keine Vorkehrungen trifft, die Leistung von Überstunden fürderhin zu unterbinden, er also nicht gegen die Leistung von Überstunden einschreitet, sie vielmehr weiterhin entgegennimmt.

## 16 Rechtsfolge einer nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung

Besitzt ein Arbeitgeber die nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) erforderliche Erlaubnis, als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit zu überlassen, kommt zwischen einem Leiharbeitnehmer und einem Entleiher kein Arbeitsverhältnis zustande, wenn der Einsatz des Leiharbeitnehmers entgegen der Regelungen im AÜG nicht nur vorübergehend erfolgt.

Die Regelungen im AÜG fingieren das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses ausschließlich bei fehlender Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis des Verleihers. Für eine analoge Anwendung dieser Vorschrift fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke. Der Gesetzgeber hat bei einer nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung bewusst nicht die Rechtsfolge der Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher angeordnet. Das Unionsrecht gibt kein anderes Ergebnis vor. Die europäische Richtlinie über Leiharbeit sieht keine bestimmte Sanktion bei einem nicht nur vorübergehenden Einsatz des Leiharbeitnehmers vor.

In einem vom Bundesarbeitsgericht (BAG) entschiedenen Fall aus der Praxis betrieb ein Landkreis Krankenhäuser. Eine 100%ige Tochter des Betreibers hat eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. Sie stellte 2008 einen Mitarbeiter als IT-Sachbearbeiter ein. Dieser wurde als Leiharbeitnehmer ausschließlich in Einrichtungen des Landkreises eingesetzt. Der Sachbearbeiter hat die Feststellung begehrt, dass

zwischen ihm und dem Landkreis ein Arbeitsverhältnis besteht. Er meinte, er sei dieser nicht nur vorübergehend überlassen worden mit der Folge, dass zwischen dem Landkreis und ihm ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen sei.

Den Fall beurteilte das BAG jedoch anders. Es kam zu dem Entschluss, dass zwischen dem IT-Sachbearbeiter und Landkreis kein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist.

## 16.1 Fälligkeitstermine

	Fällig am
Umsatzsteuer (mtl.), Lohn- u. Kirchenlohnsteuer, Soli-Zuschlag (mtl.)	10.02.2014
Sozialversicherungsbeiträge	
Gewerbsteuer, Grundsteuer	17.02.2014

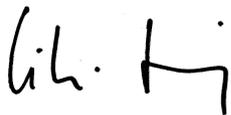
Alle Beiträge dieser Mandanteninfo sind nach bestem Wissen zusammengestellt. Eine Haftung für deren Inhalt kann jedoch nicht übernommen werden. Eine Quellenangabe kann auf Wunsch zur Verfügung gestellt werden. Für Fragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

## 17 In eigener Sache ...

So, und jetzt kommt der Karneval oder Fasching. Ich hoffe auf Jecken und Narren, die fröhlich feiern, ohne ins Bodenlose zu fallen. Denn es geht ja in erster Linie um Spaß und nicht übliche Nachwehen.

Und für uns bitte ich zu notieren, dass die Kanzlei am 03/03/2014 geschlossen ist.

Und ab Dienstag sind wir wieder für Sie da! Feiern Sie schön und pfleglich.



Christine Hartwig StBin