

## Magazin



### Übersicht:

Editorial	1
Dienstwagen - Objekt der Begierde mit höchst komplizierter Regelung	2
Kein Anspruch auf Pflegezeit in Teilschritten	3
Krankmeldung: Attest schon am ersten Tag - auch ohne Anlass	3
Internet-Auktion - Kein Schadenersatz bei berechtigter vorzeitiger Beendigung	4
Arbeitszeugnis - Keine versteckten Negativbotschaften	5
Vorsicht bei der Verwendung unklarer Materialbezeichnungen	6
Rückstellung für verpflichtenden Nachbetreuungsaufwand bei Versicherungsverträgen	7
Schwerpunkt-Thema: Umsatzsteuer-Chaos Wegen Bierbank in den Knast?	8
Informationen, Impressum	10

### Flexibel bleiben

Spätestens zum Jahresende wird einem Unternehmer wieder einmal klar, dass er die Fähigkeit braucht, sich stets auf Neues einzustellen. Und sei es nur wegen veränderter Regeln und Vorschriften, die, fast schon wie ein Naturgesetz, in jedem neuen Jahr anstehen. Leider machen viele davon den Geschäftsalltag nur noch ein Stück komplizierter. So zum Beispiel die EU-Pläne für ein neues Ursprungsrecht. Demzufolge sollen bis ins kleinste Detail ausgefeilte Listenregeln, die auf einzelne Warengruppen abstellen, mit bestimmten Wertekriterien den Ursprung einer Ware bestimmen. Bislang gilt hierfür einfach der Ort der letzten wesentlichen Be- und Verarbeitung.

Wer sich die geplanten Vorschriften anschaut, muss kein Experte sein, um zu erkennen, dass sie nur eines bedeuten: **Mehr** Bürokratie, **mehr** Aufwand, **mehr** Kosten.

Angesichts der eingetrübten Aussichten im internationalen Handel ist dies so ziemlich das Letzte, was der Mittelstand jetzt braucht. Offenbar jedoch ist das letzte Wort noch nicht gesprochen. Die Wirtschaft jedenfalls formiert sich, wenn auch spät, zum Widerstand.

Es gibt aber auch Botschaften, die freudiger stimmen. Das neue Insolvenzrecht etwa, das ab kommendem März gelten soll. Hier wird endlich zur Regel, was bisher die Ausnahme war: Die Sanierung in Eigenverwaltung. Der insolvente Unternehmer bleibt, wenn auch unter Aufsicht, handlungsbefugt. Einen neuen Begriff kann man sich dabei auch schon mal merken: Das Schutzfirmverfahren. Damit hat der Krisenbetrieb die Möglichkeit, vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens und ohne unnötigen Druck innerhalb von drei Monaten einen Insolvenzplan zu erarbeiten. Allerdings müssen hierfür einige Voraussetzungen vorliegen. Und die müssen von einem in Insolvenzsachen erfahrenen Fachmann bestätigt werden.

Mit [taxLegis.de](http://taxLegis.de) jedenfalls dürfte es kaum Schwierigkeiten bereiten, einen solchen zu finden. Die Politik gibt manchmal eben doch noch Anlass zur Hoffnung.

In diesem Sinne wünschen wir ein erfolgreiches und - hoffentlich - krisenfreies neues Jahr.

## Dienstwagen - Objekt der Begierde mit höchst komplizierter Regelung



**„Bei Dienstwagenvereinbarungen ist in der Formulierung größte Sorgfalt geboten!“**



Dienstwagen sind begehrt. Auch wenn deren private Nutzung eigens versteuert werden muss, so schonen sie das Budget der Angestellten. Und sie haben einen Wagen, den sie sich sonst nicht leisten würden. Den Firmen ist dieser Motivationsmotor für ihre Mitarbeiter laut Umfragen im Durchschnitt rund 35.000 Euro wert. Um Steuern zu sparen und die Liquidität zu schonen, werden die Fahrzeuge in der Regel geleast. Doch bei aller Attraktivität – Dienstwagen können im Detail äußerst kompliziert sein. Dass dies in Sachen Steuern so ist, dürfte den meisten Unternehmen zumindest bekannt sein. Weit weniger geläufig jedoch sind die Fallstricke, die sich hinter Vereinbarungen mit den Mitarbeitern verstecken. Besonders, wenn sie auf deren Sonderwünschen beruhen. Hier ist Vorsicht geboten.

Das Landesarbeitsgericht in Düsseldorf hatte unlängst eine Regelung für unwirksam erklärt, der zufolge ein Mitarbeiter verpflichtet war, auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses den Leasingkostenanteil für eigens gewünschte Extras zu tragen, die über die übliche Ausstattungsvariante von Dienstwagen in seinem Tätigkeitsbereich hinausgehen. Die Zahlungsverpflichtung bezog sich auf die Dauer des Leasingvertrages.

Die Begründung des Gerichts liegt auf der Hand. Die Pflicht diese Kosten während der gesamten Leasinglaufzeit zu tragen, wirkt sich im Ergebnis als übermäßige Beeinträchtigung der arbeitsplatzbezogenen und im Grundgesetz verankerten Berufswahlfreiheit des Arbeitneh-

mers aus. Denn eine berufliche Veränderung bzw. Kündigung wäre hier mit einer Zahlungsverpflichtung verknüpft, die ihn bis zum Ende des Leasingvertrags an den Arbeitgeber bindet.

Hier zeigt sich ein Problem, das vorwiegend dann entsteht, wenn Mitarbeiter beim Dienstwagen Sonderwünsche anmelden, die über das in der Firma übliche Maß hinausgehen.

Da in vielen Unternehmen zudem die Zuordnung bzgl. Fahrzeuggröße und Ausstattung zu verschiedenen Tätigkeitsbereichen hausintern geregelt ist, kann ein Arbeitgeber - schon aus Gründen der Gleichbehandlung - Sonderwünsche nur in der Form erfüllen, dass der Mitarbeiter für den Mehraufwand selbst aufkommt. Die Firma trägt also die Leasingkosten für einen Wagen, der ihm normalerweise zustehen würde, und der Mitarbeiter zahlt eben für die Extrawurst. Auf den ersten Blick erscheint das auch pragmatisch und gerecht – zumindest solange der Arbeitnehmer im Unternehmen bleibt. Was aber ist, wenn er vor Ablauf des Leasingvertrages kündigt? Dass die Firma dann nicht auf den Extrakosten sitzen bleiben will, ist nachvollziehbar. Theoretisch bieten sich zwei Möglichkeiten. Entweder der Mitarbeiter verpflichtet sich, bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Mehrkosten für die restliche Leasinglaufzeit mit

einem Einmalbetrag zu begleichen oder aber er zahlt die Mehrkosten monatlich bis zum Ende des Leasingvertrages.

Die erste Variante kommt nicht mehr in Frage. Sie scheiterte bereits 2003 vorm Bundesarbeitsgericht. Nach dessen Ansicht stellt der Einmalbetrag ein unverzinsliches Darlehen durch den Arbeitnehmer dar. Zusätzliches Kapital also, über das der Arbeitgeber frei verfügen könne. Da aber auch die zweite Variante jetzt vorm Landesarbeitsgericht in Düsseldorf gescheitert ist und ein höchstrichterliches Urteil durch das Bundesarbeitsgericht noch aussteht, bleiben in diesen Fällen bis auf Weiteres kaum Alternativen.

Auf jeden Fall aber sollte dem Arbeitnehmer ein Wahlrecht zur Übernahme des Leasingfahrzeugs eingeräumt werden. Und: Die Klauseln sollten nach Eigenkündigung des Arbeitnehmers und der Kündigung durch den Arbeitgeber differenzieren. Vor diesem Hintergrund ist bei Dienstwagenvereinbarungen in der Formulierung größte Sorgfalt geboten.

LAG Düsseldorf, Urteil vom 08. Juli 2011 - 10 Sa 108/11

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Stefan Haas  
Düsseldorf  
Kontakt: [S.Haas@haas-law.de](mailto:S.Haas@haas-law.de)



## Kein Anspruch auf Pflegezeit in Teilschritten

Arbeitnehmer, die zu Hause pflegebedürftige Angehörige versorgen müssen, können sich auf das Gesetz über die Pflegezeit berufen. Dieses gewährt ihnen eine völlige oder teilweise Freistellung von der Arbeit. Vorausgesetzt, der Arbeitgeber beschäftigt mehr als 15 Mitarbeiter. Bei nahen Angehörigen beträgt die Pflegezeit jeweils bis zu sechs Monate. Was aber ist, wenn ein Arbeitnehmer diese Zeit nicht vollständig in Anspruch nimmt? Kann er den Rest in einem zweiten Durchgang wahrnehmen?

Das Bundesarbeitsgericht jedenfalls hat kürzlich entschieden,

dass mit der erstmaligen Inanspruchnahme von Pflegezeit, dieses Recht erloschen ist. Dies gilt auch dann, wenn in der zuvor wahrgenommenen Pflegezeit die Höchstdauer von sechs Monaten nicht ausgeschöpft wurde.

Damit ging ein Kläger leer aus, der davon ausging, dass die gesamte gesetzlich eingeräumte Pflegezeit ausschlaggebend sei. Er hatte zur Pflege seiner bedürftigen Mutter in ihrer häuslichen Umgebung beim beklagten Arbeitgeber zuerst fünf Tage im Juni beantragt, die ihm auch gewährt wurden. Sein Antrag auf zwei weitere Tage im Dezember jedoch wurde ihm verwehrt mit dem Hinweis, dass er nicht

berechtigt sei, Pflegezeit für ein und denselben Angehörigen in mehreren Zeitabschnitten zu nehmen. Nach Ansicht des Arbeitsgerichts zu Recht. Und das, obwohl der Kläger nur einen geringen Teil des gesamten Zeitbudgets von bis zu einem halben Jahr verbraucht hatte.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 15. November 2011 (Az. 9 AZR 348/10)

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht und Fachanwalt für Erbrecht  
Michael Henn  
Stuttgart  
Kontakt: henn@drgaupp.de



## Krankmeldung: Attest schon am ersten Tag - auch ohne Anlass

Wenn Arbeitnehmer krank werden, sollten sie zu Hause bleiben. Nicht nur, um selbst zu genesen, sondern auch um zu vermeiden, dass sie ihre Kollegen anstecken. Spätestens nach drei Tagen, so die Regel, ist ein Attest vom Arzt vorzulegen. Oder vielleicht doch schon früher?

Wenn der Arbeitgeber darauf besteht, so kann er bei krankheitsbedingter Abwesenheit ein ärztliches Attest auch schon am ersten Tag verlangen. Dies jedenfalls hat das Landesarbeitsgericht in Köln entschieden.

Im Fall hatte eine Arbeitnehmerin sich für einen Tag krank gemeldet, für den sie zuvor vergeblich eine Dienstreise beantragt hatte. Daraufhin wurde sie vom Chef aufgefordert, künftig bereits am ersten Tag einer Krankmel-

dung ein Attest vorzulegen. Dies erschien der Klägerin nicht gerecht. Sie berief sich auf den Paragraphen fünf des Entgeltfortzahlungsgesetzes. Und der regelt, dass spätestens nach drei Kalendertagen eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung beim Arbeitgeber vorzulegen ist. Er berechtigt den Arbeitgeber aber auch, die Vorlage schon früher zu verlangen. Dies klingt zunächst eindeutig, doch war bislang unter Juristen umstritten, ob der Arbeitgeber dafür einen besonderen Anlass braucht. Das Landesarbeitsgericht hat diese Diskussion jetzt beendet. Nach seiner Auffassung bedarf das Verlangen, das Attest schon am ersten Tag vorzulegen, weder einer Begründung noch ist die Aufforderung auf „billiges Ermessen“ zu überprüfen. Dieser Begriff bedeutet übrigens, dass die Inte-

ressen beider Parteien berücksichtigt werden, und zwar auch vor dem Hintergrund dessen, was in vergleichbaren Fällen üblich ist.

Solange also die Anweisung des Chefs nicht willkürlich oder diskriminierend ist, kann er sie auch ohne besonderen Anlass erteilen. Mit diesem Urteil haben die Kölner Richter die bisherigen Unsicherheiten in der Auslegung beseitigt. Vorläufig zumindest. Denn wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtsfrage wurde die Revision zum Bundesarbeitsgericht zugelassen.

Landesarbeitsgericht (LAG) Köln. Urteil vom 14.09.11 (Az: 3 Sa 597/11)





**HDI  
GERLING**

**„Bundesgerichtshof:  
Unter bestimmten  
Umständen kann  
ein Auktionsangebot  
zurückgenommen  
werden,  
ohne dass ein  
Schadensersatz-  
anspruch des  
Bieters entsteht.“**



## Internet-Auktion - Kein Schadensersatz bei berechtigter vorzeitiger Beendigung

Online-Versteigerungsportale wie eBay haben es - rechtlich gesehen - in sich. Gerade die zahlreichen privaten Teilnehmer übersehen oft die Folgen ihres Handelns und wundern sich, wenn sie in die Pflicht genommen werden. Sei es, weil sie ihr Angebot lieber doch nicht mehr aufrechterhalten wollen, sei es weil einfach nicht geliefert oder gezahlt wird. Doch Online-Auktionen sind kein unverbindliches Spiel. Geschäft ist Geschäft - auch auf eBay. Hier gelten die üblichen Regeln, was Erfüllung und Nichterfüllung von Verträgen betrifft. Genauso gelten aber auch die allgemeinen Geschäftsbedingungen. Und die sollten eben genau gelesen werden, allein schon um unnötige Kosten und Streitereien zu sparen.

Unter Hinweis auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen hatte der Bundesgerichtshof entschieden, dass unter bestimmten Umständen ein Angebot zurückgenommen werden kann, ohne dass dem Bieter Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags zusteht. BGH, Urteil vom 08.06.2011, (Az. VIII ZR 305/10).

Geklagt hatte ein Bieter. Weil er seine ersteigerte Ware nicht bekam, wollte er vom Anbieter Schadensersatz. Dieser aber hatte die Auktion vorzeitig beendet. Der Kläger wiederum berief sich darauf, dass ein Kaufvertrag mit allen Pflichten zustande gekommen sei. Der Vorgang war wie folgt abgelaufen:

Der Beklagte hatte eine gebrauchte Digitalkamera nebst Zubehör bei eBay für sieben Tage zur Internetauktion mit dem üblichen Startpreis von einem Euro eingestellt. Bereits am nächsten Tag aber beendete er die Auktion am frühen Abend. Zu diesem Zeitpunkt war der Kläger, der ein Maximalgebot von 357 Euro abgegeben hatte, mit dem aktuellen Gebotsbetrag von 70 Euro Höchstbietender.

Für ihn war somit klar, dass er die Kamera rechtmäßig ersteigert habe. Also forderte er den Anbieter auf, die Ware zu liefern. Jedoch vergeblich. Der Grund: Der Verkäufer konnte die Kamera schlicht deshalb nicht liefern, weil sie ihm nachweislich gestohlen wurde, und zwar genau einen Tag nachdem er sie zum Angebot ins Netz gestellt hatte. Deshalb hatte er auch die Auktion abgebrochen. Der Bieter aber wollte sich damit nicht abfinden und forderte Schadensersatz in Höhe des behaupteten Warenwertes von insgesamt rund 1.140 Euro.

Damit stellte sich die zentrale Frage: Lag nun ein verbindlicher Kaufvertrag vor oder nicht? Grundsätzlich muss ein Verkäufer zu seinem Angebot stehen. Er kann sich seiner vertraglichen Verpflichtung auch nicht dadurch entziehen, dass er die Auktion einfach abbricht. Angesichts der Tatsache, dass dies immer wieder versucht wird und häufig Anlass zu Streit ist, hat eBay genau diese Regelung explizit in seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgenommen. Der Handel auf einem Online-Portal

muss eben den üblichen vertraglichen Grundsätzen entsprechen und für die Beteiligten berechenbar sein.

Darauf berief sich der Kläger. Allerdings: Diese Regelung steht ausdrücklich unter dem Vorbehalt, dass kein Sachverhalt vorliegt, der den Verkäufer berechtigt, sein Angebot ausnahmsweise zurückzuziehen. Derartige Fälle, die zum vorzeitigen Beenden der Auktion berechtigen, werden auf der eBay-Website genannt – unter anderem der Verlust des angebotenen Artikels.

Der Kläger hingegen wollte dies nicht gelten lassen. Jedoch musste er sich vor Gericht in allen Instanzen vom Gegenteil überzeugen lassen. Auch der Bundesgerichtshof entschied, dass im vorliegenden Fall der Anbieter berechtigt war, sein Verkaufsangebot wegen des nachgewiesenen Diebstahls zurückzuziehen. Sein Angebot stand unter dem Vorbehalt, der in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen genannt ist. Der Vertrag kam also erst gar nicht zustande, und somit wurde die Forderung nach Schadensersatz abgewiesen.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz und Fachanwalt für Informationstechnologie  
Horst Leis  
(Wirtschaftsprüfer / Steuerberater Schuster, Lentföhr & Zeh)  
Düsseldorf  
Kontakt: [Leis@wsp.de](mailto:Leis@wsp.de)

## Arbeitszeugnis - Keine versteckten Negativbotschaften

Die eigenwillige Sprachregelung bei Arbeitszeugnissen führt Arbeitnehmer und Arbeitgeber immer wieder vor Gericht. Und das, obwohl man meinen sollte, dass zu diesem Thema schon so ziemlich alles gesagt und entschieden ist. Doch die Arbeitnehmerschaft ist hoch sensibilisiert, denn Zeugnisse können über die gesamte weitere Berufslaufbahn mitentscheiden. Und wenn sich einmal das ohnmächtige Gefühl einer ungerechten Bewertung durch versteckte Botschaften eingeschlichen hat, kämpfen ehemalige Mitarbeiter schon mal bis zum Letzten um Feinheiten in der Formulierung.

So wurde unlängst das Bundesarbeitsgericht (BAG) mit folgendem Text aus einem Arbeitszeugnis beschäftigt: „Wir haben

Herrn X als sehr interessierten und hochmotivierten Mitarbeiter kennen gelernt, der stets eine hohe Einsatzbereitschaft zeigte. Er war jederzeit bereit, sich über die normale Arbeitszeit hinaus für die Belange des Unternehmens einzusetzen. Herr X erledigte seine Aufgaben stets zu unserer vollen Zufriedenheit.“

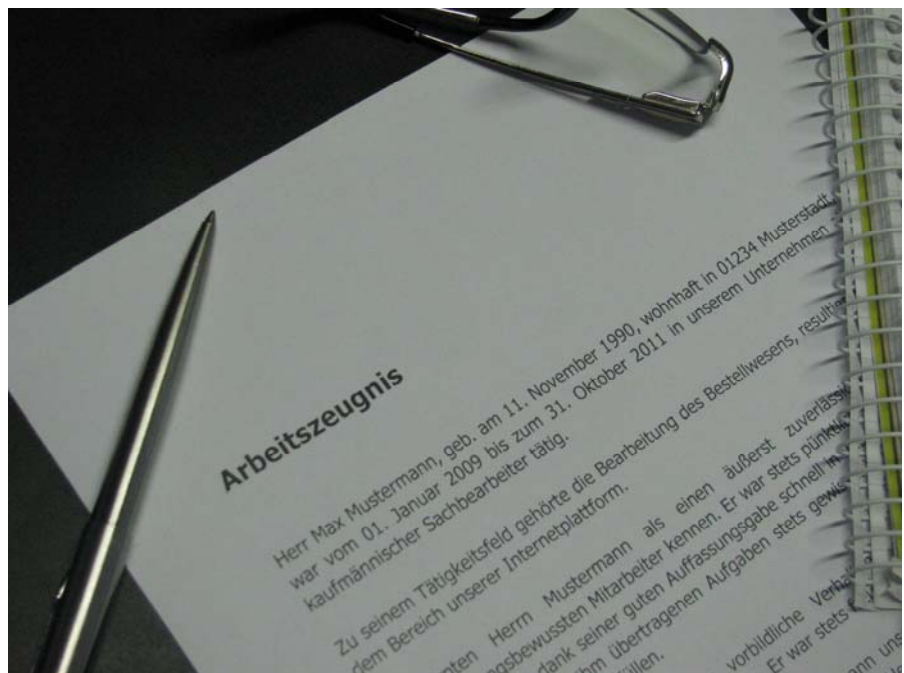
Der Kläger berief sich auf den in der Gewerbeordnung (§ 109 GewO) festgelegten Grundsatz der Zeugnisklarheit, demzufolge - grob gesagt - keine versteckten negativen Botschaften zulässig sind. Dabei ging es ihm in letzter Instanz wesentlich um die Formulierung „kennen gelernt“. Er vertrat die Auffassung, diese indirekte Formulierung werde in der Berufswelt überwiegend negativ verstanden. Denn die Aussage, dass man ihn „als interessiert und hochmotiviert ken-

nen gelernt hat“, sage nichts darüber aus, ob er dies auch tatsächlich war. Die geäußerten Eigenschaften würden somit mehr in Frage gestellt als bestätigt. Der Arbeitgeber bringe damit verschlüsselt zum Ausdruck, dass das Gegenteil der Aussage zutreffe.

Das Bundesarbeitsgericht jedoch wollte dieser Auffassung nicht folgen und erkannte keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Zeugnisklarheit.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 15. November 2011 (Az: 9 AZR 386/10)

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht und Fachanwalt für Erbrecht  
Michael Henn  
Stuttgart  
Kontakt: [henn@drgaupp.de](mailto:henn@drgaupp.de)



## Vorsicht bei der Verwendung unklarer Materialbezeichnungen

In der Werbung sind sie überaus beliebt - blumige Begriffe für Materialien, die optisch an Naturmaterialien erinnern oder auf hochwertige Materialeigenschaften hinweisen, wie etwa „Buchedekor“, „Kirschbaumdekor“ oder „Textillleder“. Wenn es sich aber tatsächlich um einen wesentlich einfacheren und preiswerteren Stoff handelt, der den Versprechungen ganz und gar nicht gerecht wird, dann sind derartige Materialbezeichnungen nicht zulässig.

So jedenfalls hat das Oberlandesgericht in Hamm entschieden. Es untersagte die Bezeichnungen „Buchedekor“ oder „Kirschbaumdekor“ für ein Möbelstück, dessen Oberfläche einfach nur mit einer Kunststoffolie überzogen ist, die an die beiden genannten Holzarten erinnert.

Die Richter sahen darin eine irreführende geschäftliche Handlung nach § 5 I Nr. 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Sie gingen davon aus, dass ein nicht unerheblicher Teil der maßgeblichen allgemeinen Verkehrskreise - also vor allem der interessierten Kunden - annehmen werde, es handle sich bei der Beschreibung der Wohnwand mit der kombinierten Verwendung der Aussagen „Buche“ und „Dekor“ nicht um eine Farbe oder Folie, son-

dern um die Verzierung mit Holz oder jedenfalls um eine Verzierung mit Holzfurnier.

Das Wort „Dekor“ selbst trifft nach Ansicht des Gerichts zwar noch keine Aussage über die Materialeigenschaft. Wird der Begriff jedoch in Kombination mit Buche oder einer anderen Holzart zur Beschreibung eines Möbelstücks verwendet, so geht zumindest ein Teil des angesprochenen Personenkreises davon aus, dass der Schrank mit der genannten Holzart verziert ist. Diese Fehlvorstellung hat zwar keinen unmittelbaren Einfluss auf die Kaufentscheidung. Ein solcher Einfluss ist jedoch nicht erforderlich. Für die wettbewerbsrechtliche Relevanz reicht es aus, dass der Kunde sich auf Grund der Prospektwerbung näher mit dem Angebot befasst, unter Umständen auch eine Betriebsstätte des Anbieters aufsuche. Hierin liegt nach Erkenntnis der Richter ein Anlockeffekt, der einen Wettbewerbsvorteil darstellt.

Eine Irreführung durch Unterlassen im Sinne des § 5 a UWG liege hingegen nicht vor. Es reicht nicht aus, wenn eine erteilte Information lückenhaft und missverständlich ist und deshalb die Fehlvorstellung bewirkt.

In einem anderen Fall untersagte auch das Landgericht Dortmund mit Beschluss vom 14. Juli

2011 per einstweiliger Verfügung die Verwendung der Bezeichnung „Textillleder“ für Möbelstücke, deren Bezugstoffe nicht oder nicht überwiegend aus Leder bestehen. Das derart beworbene Möbelstück bestand aus einem Textilgewebe mit Kunststoffbeschichtung, welches optisch an die Eigenschaften von Leder erinnert. Das Gericht erkannte darin ebenfalls eine irreführende geschäftliche Handlung, da die Angabe „Textillleder“ zur Täuschung über die Zusammensetzung der Ware geeignet sei.

### Fazit:

Bei der Bewerbung von Produkten sollte darauf geachtet werden, keine unklaren Begriffe zur Beschreibung des verwendeten Materials zu verwenden. Der mögliche positive Werbeeinfluss steht in keinem Verhältnis zu den rechtlichen und auch wirtschaftlichen Nachteilen, die mit einem gerichtlichen Verbot verbunden sind.

Urteil Oberlandesgericht (OLG) Hamm, Urteil vom 01.04.11, (Az. I-4 U 203/10)

Rechtsanwalt  
Manfred Wagner  
(Wagner Rechtsanwälte)  
Saarbrücken  
Kontakt: [wagner@webvocat.de](mailto:wagner@webvocat.de)

*Materialangabe  
„Buchedekor“ oder  
„Kirschbaumdekor“  
kann irreführend  
sein...*



## Rückstellung für verpflichtenden Nachbetreuungsaufwand bei Versicherungsverträgen

Kann ein Versicherungsvertreter beim Finanzamt Rückstellungen für die Nachbetreuung von Versicherungsverträgen durch seine Mitarbeiter ansetzen? Ja, er kann und muss es tun, wenn die Nachbetreuung eine Verpflichtung ist. Das ist grundsätzlich auch dann der Fall, wenn die Versicherung bei einem Teil der Verträge für die Nachbetreuung keine Folgeprovisionen mehr zahlt. Ob es sich wegen der fehlenden Folgeprovisionen nur um eine „unwesentliche“ Verpflichtung handelt, ist dabei unerheblich. Was die anfallenden Personalkosten angeht, so zählt der dokumentierte Zeitaufwand pro Vertrag und Jahr.

Dies jedenfalls ist im Groben der Tenor des Bundesfinanzhofs (BFH), der in gleich vier Verfahren zu Fragen in Sachen Berechtigung einer Steuerrückstellung, Nachbetreuungsverpflichtung und Höhe des Nachbetreuungsaufwands am 19.07.2011 entschieden hatte. (X R 26/10; X R 8/10; X R 9/10 und X R 48/08)

Im Streitfall mit dem Aktenzeichen X R 26/10 hatte ein Versicherungsvertreter bei der Gewinnermittlung seiner Agentur für das Jahr 2004 erstmals eine Rückstellung für Bestandspflege angesetzt. Dabei handelte es sich um den zu erwartenden Aufwand für die laufende Nach-

betreuung von Lebens- und Rentenversicherungsverträgen. Nachdem das Finanzamt die Rückstellung nicht anerkennen wollte, zog er in erster Instanz vors zuständige Finanzgericht, das seiner Klage teilweise statt gab. Die Rückstellung, so hieß es, sei dem Grunde nach berechtigt. Beim Aufwand allerdings sei eine halbe Stunde pro Vertrag und Jahr anzusetzen. Die Höhe der Rückstellung wurde im Schätzungsweg auf 40.911 Euro festgelegt – rund die Hälfte der Kosten, die der Kläger errechnet hatte.

Der Bundesfinanzhof jedoch sieht für diese pauschale zeitliche Aufwandsbegrenzung keine Grundlage. Seiner Erkenntnis nach ist für die Höhe der Rückstellung der jeweilige Zeitaufwand entscheidend. Der muss eben vom Unternehmer ausreichend dokumentiert werden. Hierzu gehört unter anderem etwa die Angabe, wie oft diese Tätigkeit über die Laufzeit eines Versicherungsvertrags zu erbringen ist oder wie hoch die Personalkosten pro Betreuungsstunde liegen. Leistungen des Betriebsinhabers selbst zählen übrigens nicht.

Dabei ist laut BFH auf die Anzahl bereits abgeschlossener Verträge abzustellen, für die aufgrund rechtlicher Verpflichtung noch künftige Betreuungsleistungen

zu erbringen sind, für die aber kein weiteres Entgelt beansprucht werden kann. Dieser Aspekt betrifft die ebenfalls strittige Frage, ob bzw. inwiefern eine Verpflichtung zur Nachbetreuung überhaupt vorliegt, wenn bei einem Teil der Verträge die Versicherung für die Nachbetreuung keine Folgeprovisionen mehr zahlt. Immerhin ist das Vorliegen einer derartigen Pflicht die Voraussetzung für eine Rückstellung, die damit grundsätzlich auch geboten ist.

Während das Finanzamt hier auf einzelne Verträge abstellte, bei denen es wegen der fehlenden Folgeprovisionen keine „wesentliche“ vertragliche Pflicht zur Nachbetreuung erkennen wollte, sieht der Vertreter eine solche in jedem Fall gegeben- und zwar für seinen gesamten Kundstamm. Auch nach Ansicht des BFH ist hier auf die insgesamt anfallenden Aufwendungen abzustellen. Maßgeblich ist also nicht der Aufwand für einzelne Verträge sondern die Bedeutung der Verpflichtung für die Versicherungsagentur. Eine Beschränkung auf wesentliche Verpflichtungen lasse sich aus dem Gesetz nicht ableiten.

Vor diesem Hintergrund muss das erstinstanzliche Finanzgericht, unter Berücksichtigung der Vorgaben des BFH, den Fall erneut prüfen.



## Schwerpunkt- Thema

„Steuererklärungen  
werden für  
Imbissbetreiber  
zum  
Russischen  
Roulette“

## Umsatzsteuer-Chaos - Wegen Bierbank in den Knast?

Wer meint, der Betrieb einer Imbissbude sei ein überschaubares Geschäft, der kann sich täuschen. Dabei geht es weniger um Gewerbe- und Hygienevorschriften. Es ist der Fiskus, der die Sache so kompliziert macht und dafür sorgt, dass selbst der redlichste und sorgfältigste Gewerbetreibende, ohne es zu ahnen, schnell mit einem Bein im Gefängnis steht. Hauptproblem sind die Angaben in der Umsatzsteuererklärung. Da es sich beim Verkauf von verzehrfertigen Speisen um eine Leistung handelt, die sich aus den verschiedensten Liefer- und Dienstleistungselementen zusammensetzt, sind Fehler in der Zuordnung regelrecht programmiert.

Die Frage, ob der reguläre oder der ermäßigte Steuersatz infrage kommt, wird selbst vor Gericht derart willkürlich und zum Teil widersprüchlich behandelt, dass die Steuererklärung für den Imbissbetreiber zum Russischen Roulette wird. Sobald er Leistungen falsch zuordnet, geht es beim Finanzamt um die Wurst. Neben Steuernachzahlungen wird dann in der Regel auch strafrechtlich ermittelt. Und wenn der überforderte Steuerpflichtige einwendet, er sei von der Richtigkeit seiner Einordnung überzeugt gewesen, dann wird dies oft als „Schutzbehauptung“ abgetan.

Hintergrund für diese zum Teil harsche Vorgehensweise ist sicherlich die Bedeutung der Mehrwertsteuer als eine der bedeutendsten Einnahmequellen des Staates. Nach Angaben des statistischen Bundesamts spülte sie im letzten Jahr rund 142 Milliarden Euro in die öffentlichen Kassen.

Auf jährlich etwa 12 Milliarden allerdings schätzt das ifo Wirtschaftsinstitut die Summe der hinterzogenen Umsatzsteuer. In diesem Zusammenhang geraten immer wieder Gaststätten und ähnliche Dienstleister ins Visier der Steuerfahndung. Doch nicht immer handelt es sich um „schwarze Schafe“ mit krimineller Energie. Das Steuerrecht selbst trägt dazu bei, von dem auch Politiker sagen, dass es sich um einen Dschungel an Regelungen handelt, die kaum noch jemand versteht.

### Tücken im Detail

Dabei ist der Grundgedanke bei der Trennung nach sieben und 19 Prozent auch für Imbissbetreiber zunächst nicht allzu schwierig. Der reine Verkauf von Lebensmitteln - dazu gehören auch zubereitete Speisen - ist entsprechend dem Umsatzsteuergesetz eine Lieferung mit sieben Prozent. Handelt es sich um eine Art Restaurationsbetrieb mit entsprechendem Servicecharakter so liegt eine sonstige Leistung vor, bei der 19 Prozent Umsatzsteuer anfallen. Soweit so einfach. Doch die Tücken liegen im Detail. Immerhin besteht der Verkauf von Speisen, die auch vor Ort verzehrt werden können, aus mehreren Teilleistungen, die unvermeidlich auch einige Elemente einer Dienstleistung beinhalten.

Die Frage ist letztlich, wieviele und welche Dienstleistungselemente vorhanden sein müssen, damit der Schwerpunkt der Tätigkeit sich vom reinen Verkauf in den Bereich eines Restaurationsbetriebs verlagert. Dass Serviceelemente wie eine Verzehrrtheke und einfache Papierservietten oder ein Mülleimer nur eine Nebenleistung zum Currywurst-Verkauf darstellen, ist wohl unstrittig. Wichtig ist, dass die so-

genannten Verzehr- und Dienstleistungselemente, die den Gesamteindruck prägen, aus Sicht eines Durchschnittsverbrauchers insgesamt nicht derart überwiegen, dass sie aus einem Imbissstand ein kleines Restaurant machen. Doch was ist, wenn eine Bierbank aufgestellt wird? Und sei es nur, um auch Menschen mit Gehbehinderungen oder älteren Personen den Verzehr vor Ort zu ermöglichen.

Für den Bundesfinanzhof (BFH) jedenfalls ist mit der Bierbank die Grenze zum Dienstleistungsbetrieb überschritten. Mit der Folge, dass einheitlich 19 Prozent Umsatzsteuer fällig sind. Nach seiner Ansicht macht schon das reine Vorhandensein einer Sitzgelegenheit aus dem einfachen Würstelverkauf einen Restaurationsbetrieb. Mit dieser pauschalen Beurteilung nach Einzelrequisiten setzt der BFH neue Maßstäbe, die aber bei genauer Betrachtung willkürlich erscheinen und sich zudem nicht unbedingt mit anderen wichtigen Entscheidungen und Vorgaben decken.

### Entscheidung mit Widersprüchen

Hierzu muss man wissen, dass beim Zustandekommen eines solchen Urteils ein ganzes Geflecht von rechtlichen Aspekten eine Rolle spielt. Das deutsche Gericht, in diesem Fall der Bundesfinanzhof, muss europäische Richtlinien und deutsches Recht beachten. Dabei muss es auslegen und prüfen, ob das deutsche Recht den Vorgaben des europäischen Rechts entspricht. Zusätzlich sind Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zu beachten.

(Fortsetzung siehe Folgeseite)





Zu den Widersprüchen sei der Einfachheit halber nur soviel gesagt: Der BFH sieht also in der Bierbank als Sitzgelegenheit das alles entscheidende Kriterium für eine einheitliche sonstige Leistung. Wobei übrigens Sitzgelegenheiten, die andere aufgestellt haben, nicht hinzuzählen, wie etwa eine nahegelegene Parkbank der Gemeinde.

Der EuGH indes geht nicht derart pauschal vor. Er stellt vielmehr auf den Gesamteindruck ab und zählt typische Dienstleistungselemente auf, die nicht vorliegen dürfen: Keine Bedienung, kein Kellner, keine Beratung, keine Tische, kein Besteck oder geheizte Räume mit Garderobe und Toiletten. Im konkreten Fall, bei dem nur der Verkaufscharakter überwiegt, sind laut EuGH lediglich einfache, behelfsmäßige Vorrichtungen ohne Sitzgelegenheit zulässig. Dabei bedeutet behelfsmäßig, dass sie nur einen geringfügigen personellen Einsatz erfordern.

#### **Bierbank entscheidet?**

Der BFH zieht daraus nun den Umkehrschluss, dass bei einer behelfsmäßigen Sitzgelegenheit stets eine sonstige Leistung vorliegt. Doch wie sieht es mit dem Gesamteindruck aus? Ist es unter Abwägung aller Umstände tatsächlich so, dass eine schlichte Bierbank, die zudem keinen Aufwand erfordert, beim Durchschnittsverbraucher den Eindruck eines einheitlichen Dienstleistungsbetriebs erzeugt? Wenn laut EuGH die qualitative Bedeutung der einzelnen Elemente im Verhältnis zur Gesamtleistung zählt, dann kann diese Frage eigentlich nur mit „Nein“ beantwortet werden.

Doch gleich, wie das Urteil des BFH auch zu bewerten ist - für den Unternehmer bedeutet es zunächst, dass er jegliche Sitzgelegenheit vermeiden soll, wenn er sich nicht der Umsatzsteuerforderung von 19 Prozent ausgesetzt sehen will. Damit ist jedoch immer noch keine Rechtssicherheit geschaffen. Die Frage, wann und ob bestimmte andere Elemente noch als behelfsmäßig akzeptiert werden, ist im Einzelfall ebenso auslegungsbefähigt wie die Überlegung, ob zu deren Bereitstellung ein gewisser personeller Aufwand erforderlich ist oder nicht. Der Unternehmer kann sich höchstens an einigen BFH-Urteilen zu dem Themenkreis orientieren. Ansonsten jedoch wird die Abgrenzung und die richtige Zuordnung zum ermäßigten oder zum vollen Steuersatz oft genug eine Gratwanderung bleiben – verbunden mit dem Risiko strafrechtlicher Ermittlungen.

Quelle: Bundesfinanzhof (BFH), Urteil vom 30.06.11 (Az: V R 35/08 und V R 18/10)

#### **Anhaltspunkte für die Abgrenzung zwischen Dienstleistung und Lieferung – entnommen aus den vorangegangenen Urteilen.**

##### Dienstleistung

Verzehreinrichtungen wie eigene Räume, (Steh-)Tische, Bänke, Stühle. Dies gilt nicht, soweit diese tatsächlich nicht genutzt, also Speisen nur zum Mitnehmen abgegeben werden.

Servieren der Speisen, Bedienung, Kochpersonal, Portionieren.

Überlassung von Geschirr, Besteck, etc. sowie Reinigen bzw. Entsorgen dieser Gegenstände.

Beratung und Information bzgl. Zusammenstellung oder Menge der Speisen für bestimmte Anlässe. Zubereitung auf Servierplatten etc. Transport der Speisen zum Kunden und Abholen zu festen Terminen.

Aufbereitung von Speisen zu einem vereinbarten Zeitpunkt. Das qualitative Überwiegen von Dienstleistungen erfordert über die Aufbereitung ein weiteres Element – wie etwa die Überlassung von Verzehrmöglichkeiten.

##### Lieferung:

Übliche Nebenleistungen z.B. Portionieren und Abgabe über die Verkaufstheke. Verpacken, Anliefern – auch in Einweggeschirr, Beigabe von Einwegbesteck.

Bereitstellung von Papierservietten

Senf, Ketchup, Mayonnaise oder Apfelmus

Abfalleimer

Bereitstellung von Einrichtungen und Vorrichtungen, die in erster Linie dem Verkauf von Waren dienen, wie Verkaufstheken/-tresen oder Ablagebretter.

Einfache Leistungsbeschreibungen: Speisekarten oder -pläne

Erläuterung des Leistungsangebots.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht

Jürgen Möthrath

Worms

Kontakt: [kanzlei@ra-moethrath.de](mailto:kanzlei@ra-moethrath.de)



## Impressum



**taxLegis.de**  
**Verband**  
**für den Mittelstand**  
**in Deutschland e.V.**

Walkerdamm 1  
24103 Kiel

Eingetragen beim Amtsgericht  
- Registergericht - Kiel  
VR 5686 KI

**TELEFON:**  
(0431) 9743050

**FAX:**  
(0431) 9743055

**E-MAIL:**  
[info@taxlegis.de](mailto:info@taxlegis.de)

**INTERNET:**  
[www.taxLegis.de](http://www.taxLegis.de)

---

**Redaktion:**  
Ralf Hartmann  
Redakteur  
München

**Schriftleitung:**  
Rechtsanwalt und Fachanwalt  
für Strafrecht  
Jürgen Möhrath  
Worms

**Fotos:**  
© Angelika Möhrath  
Management & Consulting  
Worms

## Mitglieder von taxLegis.de

haben (kostenlos) folgende Möglichkeiten:

Eine kurze Firmenpräsentation

In jeder weiteren Ausgabe werden wir Mitgliedsunternehmen vorstellen:  
Geschichte - Produkte - Personen  
Unsere Redaktion steht hierbei zur Verfügung

Kleinanzeigen auf [www.taxLegis.de](http://www.taxLegis.de) im „Marktplatz“ unter den Rubriken:

- Unternehmensabgabe/Unternehmenssuche
- Nachfolger gesucht
- Geschäftspartner gesucht
- Kapitalmarkt/Unternehmensbeteiligungen
- Karriere-/Arbeitsmarkt (Stellenangebote/ -suche)
- Immobilienmarkt

Zum Vorzugstarif: Anzeigen (auch farbig) im Magazin