

Schubert und Kollegen GmbH - Steuerberatungsgesellschaft -

Schubert & Kollegen GmbH – Steuerberatungsgesellschaft –
Große Diesdorfer Straße 5, 39108 Magdeburg

Große Diesdorfer Straße 5
39108 Magdeburg
Telefon: 03 91 / 56 30 77 72
Fax: 03 91 / 56 30 77 71
info@schubert-kollegen.eu

Steuerliche Informationen im April 2018

Termine April 2018

Aufteilung von Werbungskosten bei Dauertestamentsvollstreckung

Keine doppelte Haushaltsführung bei Hauptwohnung am Beschäftigungsort

Prämien der gesetzlichen Krankenkassen wegen Selbstbehalt mindern die abziehbaren Krankenversicherungsbeiträge

Ende der Berufsausbildung bei gesetzlich festgelegter Ausbildungszeit

Keine Anerkennung der Körperschaftsteuerlichen Organschaft wegen sachlicher Unbilligkeit bei verzögerter Eintragung im Handelsregister

Betriebsausgabenabzug von Zahlungen des Franchisenehmers für Werbeleistungen

Keine Ansparabschreibung für Luxus-Pkw

Schenkungsteuer bei verdeckter Gewinnausschüttung an dem Gesellschafter nahestehende Personen

Geschäftsführerhaftung nach Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters

Steuerbefreiung von Umsätzen aus notärztlicher Betreuung diverser Veranstaltungen

Vorsteuerabzug bei gemischter Nutzung sowohl für wirtschaftliche als auch für hoheitliche Zwecke

Besteuerung der unentgeltlichen Überlassung eines Dienstwagens an Gesellschafter-Geschäftsführer

Höhe der Weihnachtsgratifikation bei einseitigem Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers

Änderungskündigung bei Vorhandensein eines anderen Arbeitsplatzes

Unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung als Voraussetzung für die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses

Schubert und Kollegen GmbH - Steuerberatungsgesellschaft -

- 2 -

Steuerliche Informationen im April 2018

Termine April 2018

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

Steuerart	Fälligkeit	Ende der Schonfrist bei Zahlung durch	
		Überweisung ¹	Scheck ²
Lohnsteuer, Kirchensteuer, Solidaritätszuschlag ³	10.04.2018	13.04.2018	06.04.2018
Umsatzsteuer ⁴	10.04.2018	13.04.2018	06.04.2018
Kapitalertragsteuer, Solidaritätszuschlag	Die Kapitalertragsteuer sowie der darauf entfallende Solidaritätszuschlag sind zeitgleich mit einer erfolgten Gewinnausschüttung an den Anteilseigner an das zuständige Finanzamt abzuführen.		
Sozialversicherung ⁵	26.04.2018	entfällt	entfällt

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

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

³ Für den abgelaufenen Monat, bei Vierteljahreszahlern für das abgelaufene Kalendervierteljahr.

⁴ Für den abgelaufenen Monat, bei Dauerfristverlängerung für den vorletzten Monat, bei Vierteljahreszahlern (ohne Dauerfristverlängerung) für das abgelaufene Kalendervierteljahr.

⁵ Die Sozialversicherungsbeiträge sind einheitlich am drittletzten Bankarbeitstag des laufenden Monats fällig. 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 24.04.2018) an die jeweilige Einzugsstelle übermittelt werden. Regionale Besonderheiten bzgl. der Fälligkeiten sind ggf. zu beachten. Wird die Lohnbuchführung durch extern Beauftragte erledigt, sollten die Lohn- und Gehaltsdaten etwa zehn 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.

Aufteilung von Werbungskosten bei Dauertestamentsvollstreckung

Eine Tochter war Alleinerbin ihrer 2002 verstorbenen Mutter. Der Nachlass von etwa 5 Mio. Euro bestand zu 81 % aus Kapitalvermögen und zu 19 % aus vermieteten Immobilien. Die Mutter hatte testamentarisch angeordnet, dass der Testamentsvollstrecker für seine Tätigkeit jährlich 1,5 % des Bruttonachlasses erhalten sollte. Die Tochter machte die Vergütungen des Testamentsvollstreckers als Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen und aus Vermietung und Verpachtung entsprechend dem ursprünglichen Verhältnis der Nachlasswerte geltend.

Nach Einführung der Abgeltungsteuer teilte sie die Vergütung im Verhältnis des Zeitaufwands des Testamentsvollstreckers auf. Danach entfielen 10 % auf Kapitalvermögen und 90 % auf Vermietung und Verpachtung. Der auf das Kapitalvermögen entfallende Teil konnte wegen der Abgeltungsteuer nicht als Werbungskosten berücksichtigt werden. Das Finanzamt folgte der Aufteilung nicht und blieb im Rahmen der Veranlagung bei dem ursprünglichen Aufteilungsschlüssel.

Der Bundesfinanzhof stellt klar, dass beide Aufteilungsmaßstäbe nicht richtig sind. Die Aufteilung der Vergütung auf die Einkunftsarten hat vielmehr nach der Zusammensetzung des Vermögens im jeweiligen Veranlagungszeitraum zu erfolgen. Diese kann u. a. durch Auskünfte des Testamentsvollstreckers ermittelt werden.

Schubert und Kollegen GmbH

- Steuerberatungsgesellschaft -

- 3 -

Steuerliche Informationen im April 2018

Keine doppelte Haushaltsführung bei Hauptwohnung am Beschäftigungsort

Eine steuerlich anzuerkennende doppelte Haushaltsführung liegt nicht vor, wenn die Hauptwohnung am Beschäftigungsort liegt und die Arbeitsstätte von der Hauptwohnung in zumutbarer Weise täglich erreicht werden kann. Dabei ist der Begriff des Beschäftigungsorts weit auszulegen. Er beschränkt sich nicht auf eine politische Gemeinde.

Nach einem Urteil des Bundesfinanzhofs liegt eine Wohnung noch am Beschäftigungsort, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsstätte in etwa einer Stunde aufsuchen kann. Aufwendungen für eine Zweitwohnung, die angemietet wurde, um die Arbeitsstelle noch besser und schneller zu erreichen, können in diesem Fall nicht als Werbungskosten abgezogen werden. Die Fahrzeit ist aber nicht der alleinige Maßstab. Bei der Prüfung der Zumutbarkeit sind immer die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.

Prämien der gesetzlichen Krankenkassen wegen Selbstbehalt mindern die abziehbaren Krankenversicherungsbeiträge

Gesetzliche Krankenkassen können in ihren Satzungen Prämienzahlungen vorsehen, wenn die versicherte Person einen Teil der von der Krankenkasse zu tragenden Krankheitskosten übernimmt (sog. Selbstbehalt). Die deswegen gezahlten Prämien mindern nach einem Urteil des Finanzgerichts Berlin-Brandenburg die steuerlich als Sonderausgaben abziehbaren Krankenversicherungsbeiträge.

Der Bundesfinanzhof muss abschließend entscheiden.

Hinweis: Der von Krankenkassen gewährte Bonus für gesundheitsbewusstes Verhalten hingegen mindert nach einem Urteil des Bundesfinanzhofs nicht die abziehbaren Krankenversicherungsbeiträge.

Tipp: Entsprechende Bescheide sollten offengehalten werden.

Ende der Berufsausbildung bei gesetzlich festgelegter Ausbildungszeit

Für ein volljähriges Kind, das das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, kann Kindergeld gewährt werden, solange es sich in Berufsausbildung befindet. Schließt die Ausbildung mit einer Prüfung ab, endet die Berufsausbildung grundsätzlich spätestens mit Bekanntgabe des Prüfungsergebnisses. Dieser Grundsatz gilt allerdings nicht, wenn das Ende der Berufsausbildung durch eine Rechtsvorschrift festgelegt wird, wie der Bundesfinanzhof entschied.

Zwar endet nach dem Berufsbildungsgesetz eine Berufsausbildung vor Ablauf der Ausbildungszeit mit Bekanntgabe des Prüfungsergebnisses. Bei einer Ausbildung an einer dem Landesrecht unterstehenden berufsbildenden Schule jedoch gelten die landesrechtlichen Rechtsverordnungen. Sehen diese ein gesetzlich festgelegtes Ausbildungsende vor, ist bis dahin Kindergeld zu zahlen.

Keine Anerkennung der körperschaftsteuerlichen Organschaft wegen sachlicher Unbilligkeit bei verzögerter Eintragung im Handelsregister

Das Einkommen einer Organgesellschaft ist dem Organträger erstmals für das Kalenderjahr zuzurechnen, in dem das Wirtschaftsjahr der Organgesellschaft endet, in dem der Gewinnabführungsvertrag wirksam wird. Dieser wird erst mit Eintragung im Handelsregister der Organgesellschaft wirksam.

Der Bundesfinanzhof hat entschieden, dass eine körperschaftsteuerliche Organschaft nicht wegen sachlicher Unbilligkeit anzuerkennen ist, weil der Gewinnabführungsvertrag trotz rechtzeitiger Anmeldung erst im Folgejahr im Handelsregister eingetragen wurde. Der Gesetzgeber habe im Rahmen seiner Typisierungsbefugnis den Eintritt der Wirkungen einer Organschaft von einem Ereignis (Eintragung im Handelsregister), auf das die beteiligten Unternehmen keinen Einfluss haben, abhängig machen dürfen. Damit stelle auch die verzögerte Eintragung – auch sofern diese auf einem behördlichen Fehlverhalten des Registergerichts beruhe – keine sachliche Unbilligkeit dar.

Betriebsausgabenabzug von Zahlungen des Franchisenehmers für Werbeleistungen

Franchising ist ein auf Partnerschaft basierendes Absatzsystem mit dem Ziel der Verkaufsförderung. Der sog. Franchisegeber übernimmt die Planung, Durchführung und Kontrolle eines bestimmten Betriebstyps. Er erstellt ein unternehmerisches Gesamtkonzept, das von seinen Geschäftspartnern, den Franchisenehmern, selbstständig an ihrem Standort umgesetzt wird. Der Franchisenehmer ist rechtlich Händler im eigenen Namen und auf eigene Rechnung.

Schubert und Kollegen GmbH - Steuerberatungsgesellschaft -

- 4 -

Steuerliche Informationen im April 2018

In einem Partnerschaftsvertrag hatte sich Franchisenehmer A verpflichtet, für überregionale Werbung jährlich einen Festbetrag an den Franchisegeber B zu zahlen. A erwarb dadurch unmittelbar einen Anspruch auf überregionale Werbeleistungen durch B.

A setzte die Zahlungen für die Werbeleistungen sofort als Betriebsausgaben an. Das Finanzamt dagegen war der Auffassung, dass es sich um einen schwebenden Vertrag handele und aktivierte die gezahlten Gebühren als Anzahlungen, da die bei B vereinnahmten Gelder möglicherweise auch für Werbemaßnahmen der Folgejahre verwendet würden.

Das Finanzgericht Köln gab dem A Recht: Zahlungen eines Franchisenehmers für laufende überregionale Werbeleistungen sind nicht als geleistete Anzahlungen zu aktivieren, sondern sofort als Betriebsausgaben abzugsfähig.

Der Bundesfinanzhof muss möglicherweise abschließend entscheiden.

Keine Ansparabschreibung für Luxus-Pkw

Bis zum 31. Dezember 2006 galten die Regelungen der sog. Ansparabschreibung. Unternehmer konnten unter bestimmten Voraussetzungen für die künftige Anschaffung oder Herstellung eines neuen beweglichen Wirtschaftsguts des Anlagevermögens eine den Gewinn mindernde Rücklage bilden. Dabei galt es, Abzugsverbote für Betriebsausgaben zu beachten. Eine Ansparabschreibung war also z. B. nicht zulässig, wenn die geplanten Aufwendungen die Lebensführung des Unternehmers berühren und nach allgemeiner Verkehrsauffassung als unangemessen anzusehen sind.

Das hat der Bundesfinanzhof im Fall einer selbstständig tätigen Vermittlerin von Finanzanlagen entschieden, die 2006 bei Betriebseinnahmen von 100.000 € eine Ansparabschreibung von 300.000 € beanspruchte. Dieser lag die geplante Anschaffung von drei Luxus-Pkw mit Anschaffungskosten von 400.000 € (Limousine), 450.000 € (Sportwagen) und 120.000 € (SUV) zugrunde.

Der Bundesfinanzhof bestätigte die Auffassung des Finanzamts, das nur die Ansparabschreibung für das SUV anerkannt hatte. Ein ordentlicher und gewissenhafter Unternehmer hätte die Aufwendungen für die anderen beiden Pkw nicht auf sich genommen. Weiterhin sprechen die Größe des Unternehmens (keine Mitarbeiter), die geringen Umsätze sowie die nicht gegebene Üblichkeit in vergleichbaren Betrieben gegen die Angemessenheit der geplanten Aufwendungen.

Hinweis: Die Entscheidung dürfte auch für den ab 2007 eingeführten Investitionsabzugsbetrag gelten. Betriebsausgabenabzugsverbote schließen demnach die Inanspruchnahme eines Investitionsabzugsbetrags aus.

Schenkungsteuer bei verdeckter Gewinnausschüttung an dem Gesellschafter nahestehende Personen

Überhöhte Entgelte, die eine GmbH an eine ihrem Gesellschafter nahestehende Person zahlt und an deren vertraglicher Grundlage der Gesellschafter mitgewirkt hat, sind keine Schenkung der GmbH. Es kann sich aber ggf. um eine Schenkung des Gesellschafters handeln. Das hat der Bundesfinanzhof in Änderung seiner Rechtsprechung entschieden.

Dadurch, dass der Gesellschafter bei dem Vertrag mitwirkt, verschafft er der ihm nahestehenden Person einen Vermögensvorteil. Er verfügt über seinen künftigen Anspruch auf Ausschüttung des Gewinns, indem er durch die überhöhte Zahlung das künftige Ausschüttungsvolumen der GmbH zu seinen Lasten mindert. Im Rahmen eines abgekürzten Zahlungswegs ermächtigt er die GmbH, die Zahlung direkt an die nahestehende Person zu leisten.

Im Verhältnis zwischen GmbH und Gesellschafter liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung vor.

Geschäftsführerhaftung nach Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters

Verletzt der Geschäftsführer einer GmbH vorsätzlich oder grob fahrlässig seine steuerlichen Pflichten, kann er für nicht oder nicht rechtzeitig gezahlte Steuern der GmbH in Haftung genommen werden.

Der Bundesfinanzhof hatte folgenden Fall zu entscheiden: Anfang März wurde der Insolvenzeröffnungsantrag über das Vermögen einer GmbH gestellt und ein vorläufiger Insolvenzverwalter mit allgemeinem Zustimmungsvorbehalt (sog. schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter) bestellt.

Bereits im Februar hatte die GmbH Einfuhren angemeldet. Die hierauf zu zahlende Einfuhrumsatzsteuer war aufgrund eines Zahlungsaufschubs erst Mitte März fällig. Der Geschäftsführer zahlte die Steuern nicht. Er meinte, nicht er, sondern der Insolvenzverwalter hätte zum Fälligkeitszeitpunkt die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse in der GmbH innegehabt. Daraufhin nahm das Hauptzollamt den Geschäftsführer mit Haftungsbescheid in Anspruch.

Schubert und Kollegen GmbH - Steuerberatungsgesellschaft -

- 5 -

Steuerliche Informationen im April 2018

Das Gericht hielt den Bescheid aus zwei Gründen für rechtmäßig. Wird ein schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt, wird der Geschäftsführer von seinen Verpflichtungen zur Steuerzahlung nicht entbunden. Unabhängig davon hätte er die Steuern zahlen müssen, weil die Zahlungspflicht bereits im Februar entstanden war. Lediglich die Fälligkeit war später. Er hätte die im Februar noch vorhandenen Geldmittel für die Steuerzahlungen zurücklegen müssen.

Hinweis: Hat der Geschäftsführer für seine Tätigkeit bei der GmbH Arbeitslohn bezogen, kann er die gezahlten Haftungsbeträge als Werbungskosten steuerlich geltend machen.

Steuerbefreiung von Umsätzen aus notärztlicher Betreuung diverser Veranstaltungen

Heilbehandlungen im Bereich der Humanmedizin sind grundsätzlich umsatzsteuerfrei. Das Finanzgericht Köln entschied, dass Leistungen eines Arztes auch dann umsatzsteuerfreie Heilbehandlungen seien, wenn es herzkranken Teilnehmern von Veranstaltungen durch die Überwachung der Vitalwerte ermöglicht werde, Sport zu treiben. Die überwachende Tätigkeit des Arztes diene in diesem Fall der Vorbeugung von Krankheiten. Ohne die medizinische Überwachung bestünden für die Teilnehmer aufgrund ihrer Herzerkrankung erhebliche Risiken bei der sportlichen Betätigung.

Die bloße Anwesenheit und Einsatzbereitschaft bei Veranstaltungen, die vom Veranstalter pauschal stundenweise vergütet wird, ist nach diesem Urteil dagegen keine ärztliche Heilbehandlung und somit umsatzsteuerpflichtig.

Das Finanzgericht stellte weiterhin klar, dass Einnahmen aus einer Notarztstätigkeit in verschiedenen Krankenhäusern in vollem Umfang umsatzsteuerfrei seien.

Der Bundesfinanzhof muss abschließend entscheiden.

Vorsteuerabzug bei gemischter Nutzung sowohl für wirtschaftliche als auch für hoheitliche Zwecke

Wird ein Gegenstand gemischt genutzt, hat der Unternehmer nur dann die Möglichkeit, den Gegenstand ganz, teilweise oder gar nicht dem Unternehmensvermögen zuzuordnen, wenn eine Nutzung für unternehmerische und für private Zwecke vorliegt. Private Zwecke sind nur Entnahmen für den privaten Bedarf des Unternehmers als natürliche Person und für den privaten Bedarf seines Personals.

Wird der Gegenstand hingegen sowohl unternehmerisch als auch für den Hoheitsbereich einer juristischen Person des öffentlichen Rechts genutzt, besteht kein Zuordnungswahlrecht. In diesem Fall kann der Vorsteuerabzug nur anteilig geltend gemacht werden. Allerdings bedarf es mangels Zuordnungswahlrechts auch keiner zeitnahen Zuordnungsentscheidung des Unternehmers.

(Quelle: Urteil des Bundesfinanzhofs)

Besteuerung der unentgeltlichen Überlassung eines Dienstwagens an Gesellschafter-Geschäftsführer

Die unentgeltliche oder verbilligte Überlassung eines Dienstwagens durch den Arbeitgeber an den Arbeitnehmer für dessen Privatnutzung führt zu einem steuerpflichtigen geldwerten Vorteil. Ob und in welchem Umfang der Arbeitnehmer den Pkw tatsächlich privat nutzt, spielt hierfür grundsätzlich keine Rolle. Das gilt auch für angestellte Gesellschafter-Geschäftsführer.

Im Rahmen einer Lohnsteuerausßenprüfung hatte das Finanzamt festgestellt, dass eine GmbH für ihre beiden Gesellschafter-Geschäftsführer den geldwerten Vorteil nach eigenem Ermessen ermittelt und der Lohnsteuer unterworfen hatte. Dies wurde damit begründet, dass die Fahrzeuge nur unregelmäßig privat genutzt würden und darüber hinaus auch private Kraftfahrzeuge zur Verfügung stünden.

Das Finanzgericht Hamburg machte noch einmal deutlich, dass grundsätzlich der geldwerte Vorteil für die Privatnutzung nach der sog. 1 %-Regelung zu bewerten ist. Eine abweichende Bewertung komme nur dann in Frage, wenn ein ordnungsgemäßes Fahrtenbuch geführt werde.

Höhe der Weihnachtsgratifikation bei einseitigem Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers

Ein im Jahr 1984 geschlossener Arbeitsvertrag enthielt die Regelung, dass zusätzlich zum Grundgehalt als freiwillige Leistung eine Weihnachtsgratifikation gezahlt wird, deren Höhe jeweils jährlich durch den Arbeitgeber bekanntgegeben wird und deren Höhe derzeit ein volles Monatsgehalt nicht übersteigt.

Schubert und Kollegen GmbH - Steuerberatungsgesellschaft -

- 6 -

Steuerliche Informationen im April 2018

Nachdem der Arbeitnehmer in den Jahren bis einschließlich 2013 jeweils ein ganzes Bruttogehalt als Gratifikation erhalten hatte, zahlte der Arbeitgeber 2014 unter Hinweis auf ein sich abzeichnendes negatives Betriebsergebnis nur ein halbes Bruttogehalt.

Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts nahm der Arbeitgeber damit das ihm eingeräumte einseitige Leistungsbestimmungsrecht in zulässiger Weise wahr. Auch die gleichbleibende Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts über einen Zeitraum von 20 Jahren führt nicht dazu, dass jede andere Ausübung des Ermessens unbillig wäre.

Änderungskündigung bei Vorhandensein eines anderen Arbeitsplatzes

Wenn eine betriebliche Aufgabe wegfällt, kann der Arbeitgeber gegenüber dem Stelleninhaber eine betriebsbedingte Änderungskündigung aussprechen. Dies ist eine Kündigung des bisherigen Arbeitsverhältnisses verbunden mit dem Angebot zur Eingehung eines neuen Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen, also z. B. mit neuen Aufgaben und geänderter Vergütung.

Eine solche Kündigung muss sich ggf. an den Vorschriften des Kündigungsschutzes messen lassen. Dabei verlangt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vom Arbeitgeber, dass er im Fall des Vorhandenseins anderer freier Arbeitsplätze im Unternehmen diese dem Arbeitnehmer anbietet. Bestehen mehrere geeignete Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten, hat der Arbeitgeber denjenigen Arbeitsplatz anzubieten, dessen Arbeitsbedingungen sich am wenigsten von den bisherigen Verhältnissen entfernen.

Gemessen an diesem Maßstab verwarf das Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern die von einem Verein seinem früheren Qualitätsmanagementbeauftragten gegenüber ausgesprochene Änderungskündigung. Der Verein hatte ihm die Stelle einer Pflegefachkraft angeboten. Das Gericht stellte aber fest, es habe mehrere, dem Mitarbeiter nicht angebotene freie Arbeitsplätze gegeben, die das bisherige Arbeitsverhältnis in geringerem Maße verändert hätten. Die Kündigung war deshalb unwirksam.

Unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung als Voraussetzung für die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses

Für die Überlassung von Arbeitnehmern bedarf der Verleiher einer entsprechenden Erlaubnis. Liegt eine solche nicht vor, so fingiert das Gesetz das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Leiharbeiter und dem Entleiher. Voraussetzung ist, dass es sich bei dem, was Verleiher und Entleiher vereinbart haben, rechtlich auch tatsächlich um eine Arbeitnehmerüberlassung handelt und nicht etwa um einen Werk- oder Dienstvertrag. Dies hat das Bundesarbeitsgericht entschieden.

Eine Arbeitnehmerin hatte geltend gemacht, ihre Verleihfirma habe zum Zeitpunkt ihrer Überlassung an eine Rundfunkanstalt nicht die erforderliche Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung besessen. Deshalb sei zwischen ihr selbst und der Rundfunkanstalt ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen.

Das Gericht wertete den Vertrag zwischen der Rundfunkanstalt und der Verleihfirma indes als einen Dienstvertrag. Da somit kein Fall der Arbeitnehmerüberlassung vorlag, konnte auch die entsprechende gesetzliche Fiktion nicht greifen.