



### **Kanzlei-Newsletter Nr. 5 vom 26.10.2010**

Wir freuen uns, Ihnen unseren aktuellen Newsletter zukommen lassen zu können. Mit dem Newsletter informieren wir unsere Mandanten und weitere Interessenten regelmäßig über Rechtsfragen aus unserer Beratungspraxis für Einrichtungen aus dem Sozial-, Gesundheits- und Bildungssektor sowie für nachhaltig wirtschaftende Unternehmen.

Sollte sich Ihre E-Mail Anschrift geändert haben, wollen Sie den Newsletter abbestellen oder einem anderen Empfänger zukommen lassen, so erbitten wir eine kurze Nachricht an [rueter@hohage-may.de](mailto:rueter@hohage-may.de). Ältere Newsletter finden sie unter: [www.hohage-may.de](http://www.hohage-may.de).

#### → **Behindertentestament mit Pflichtteilsverzicht nicht sittenwidrig**

Nach einer jetzt veröffentlichten Entscheidung des [OLG Köln vom 09.12.2009](#) (2 U 46/09) ist ein, in ein Behindertentestament aufgenommener Pflichtteilsverzicht des behinderten Kindes nicht sittenwidrig. Das OLG Köln bezieht sich auf die Rechtsprechung des BGH zum Behindertentestament und geht dann noch einen Schritt weiter, indem es entscheidet, dass auch ein von dem behinderten Kind mit seinen Eltern lebzeitig abgeschlossener Pflichtteilsverzichtsvertrag auch nicht im Falle des Bezuges von Sozialleistungen sittenwidrig ist. Allerdings ist bei der Anwendung dieses Urteiles Vorsicht geboten, da sich das Urteil nur auf eine ganz spezielle Situation bezieht.

Thomas Rüter

### → **BGH zur Sterbehilfe und zum neuen Patientenverfügungsrecht**

Der Bundesgerichtshof hat am [25.06.2010, Az. 2 StR 454/09](#) seine Rechtsprechung zur Sterbehilfe konkretisiert. In dem konkreten Fall ging es um die Zulässigkeit der Einstellung der künstlichen Ernährung bei einer Wachkomapatientin. Der Bundesgerichtshof vertritt die Auffassung, dass ein Behandlungsabbruch gerechtfertigt ist, wenn dies dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Patientenwillen entspricht und dazu dient, einem ohne Behandlung zum Tode führenden Krankheitsprozess seinen Lauf zu lassen. Diese Entscheidung verdeutlicht, dass seit in Kraft treten des sogenannten Patientenverfügungsgesetzes dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten ein noch höherer Stellenwert zukommt. Um Unklarheiten über die eigenen Vorstellungen auszuräumen, kann jedem nur angeraten werden eine entsprechende Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht zu erstellen.

Reinhold Hohage

### → **Altersgrenzen in Arbeits- und Tarifverträgen noch zulässig?**

Das Arbeitsgericht Hamburg ([Urt. v. 26.07.2010, 22 Ca 33/10](#)) hat der Klage eines Arbeitnehmers stattgegeben, der sich gegen die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses wegen des Erreichens der tariflichen Altersgrenze (hier: 65. Lebensjahr) gewendet hatte. Der Vertrag sieht vor, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Monat endet, in welchem der Mitarbeiter das 65. Lebensjahr vollendet. Das Arbeitsgericht hält diese Regelung für unwirksam, weil sie gegen das gesetzliche Diskriminierungsverbot aus §§ 1, 7 Abs. 1 AGG (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) verstößt und eine ungerechtfertigte Diskriminierung wegen des Alters darstellt.

Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig und mit der Entscheidung weicht das Arbeitsgericht von einem Urteil des BAG aus dem Jahr 2008 ([18.06.2008, 7 ZR 116/07](#)) ab. Das BAG hat eine vertragliche oder tarifliche Regelaltersgrenze als angemessenes Mittel zur Förderung des Arbeitsmarktes angesehen.

Andererseits verweist das Arbeitsgericht Hamburg zur Begründung seiner Entscheidung auf die neue Rechtsprechung des EuGH ([EuGH 05.03.2009, C 388/07](#)). Dagegen sehen § 10 Ziff. 5 AGG sowie § 41 SGB VI die Möglichkeit einer Altersgrenze vor. Es besteht also Rechtssicherheit und ist zu erwarten, dass alsbald BAG und EuGH zu dieser wichtigen Rechtsfrage Stellung nehmen. Ohne solche Altersgrenzenregelungen in Arbeitsverträgen in einer gesonderten Klausel käme eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses nur durch Kündigung oder Aufhebungsvertrag in Betracht, wobei das Erreichen des Rentenalters allein kein Kündigungsgrund ist

Timo Prieß

### → **Ab dem 01.01.11 müssen Minijobber Erklärung abgeben**

Ab dem 01.01.11. müssen Minijobber und kurzfristig Beschäftigte eine Erklärung über weitere Minijobs und kurzfristige Beschäftigungen abgeben. Anders als früher muss diese bei den Personalakten verbleiben. Es ist zu empfehlen, dass entsprechende Erklärungen direkt in die Arbeitsverträge mit aufgenommen werden (geregelt in § 8 Abs. 2 Nr.7 Beitragsverfahrensordnung BVV).

Thomas Rüter

### → **BAG verschärft Befristungsrecht**

Die wirksame Befristung eines Arbeitsvertrages zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers gem. § 14 Abs. 1 TzBfG setzt voraus, dass die vertretene Stammkraft auch die Tätigkeit des Vertreters erbringen könnte. Weist der Arbeitgeber einem befristet eingestellten Arbeitnehmer Tätigkeiten zu, die die vertretende Stammkraft aufgrund ihrer Qualifikation nicht erbringen könnte oder nach dem Arbeitsvertrag oder der Stellenbeschreibung nicht erbringen müsste, ist die Befristung unwirksam ([BAG 14.04.2010, 7 AZR 121/09](#)).

Im vorliegenden Fall war die Arbeitnehmerin beim Arbeitgeber befristet beschäftigt als Buchhalterin im Bereich der doppelten Haushaltsführung für die Dauer der Beurlaubung einer anderen Mitarbeiterin. Nach Ablauf der Befristung ist die Arbeitnehmerin der Auffassung gewesen, ihre Befristung sei unwirksam, weil die von ihr vertretene Mitarbeiterin diese buchhalterischen Aufgaben nicht hätte erfüllen können, weil ihr die dafür notwendige Ausbildung fehle. Das BAG gab ihr Recht. Erforderlich sei, dass der befristet angestellte Arbeitnehmer nur Arbeiten ausführe, zu de-

nen auch die vertretene Stammkraft nach dem Arbeitsvertrag oder im Rahmen des Weisungsrechtes vom Arbeitgeber hätte herangezogen werden können.  
Entscheidend ist in solchen Vertretungsfällen nach § 14 Abs. 1 TzBfG also, dass der befristet eingestellte Mitarbeiter nur Arbeiten ausführt, zu denen auch die vertretene Stammkraft in der Lage wäre bzw. nach dem Arbeitsvertrag oder der Stellenbeschreibung hätte herangezogen werden können.

Timo Prieß

→ **Pkw-Privatnutzung bei Landwirten – keine Erhöhung des 1%-Wertes um eine fiktive Umsatzsteuer**

Die Steuerpflicht der privaten Kfz-Nutzung wird in einer Verfügung der OFD Niedersachsen vom 29. Juni 2010 (Az.: S-2230-676-St 282) neu geregelt. Fortan wird das BFH-Urteil vom 3.2.2010 (Az. IV R 45/07) angewendet, wonach die nach der 1%-Methode ermittelte Entnahme für die private Pkw-Nutzung bei Landwirten mit Durchschnittssatzbesteuerung („pauschalierende Landwirte“, § 24 UStG) nicht mehr um die Umsatzsteuer zu erhöhen ist. Das Urteil ist in allen offenen Fällen anzuwenden.

Fritz Rasche-Mader

→ **Abgabepflicht einer ZM (Zusammenfassende Meldung)**

Nach einer Änderung des Umsatzsteuergesetzes ist seit dem 1.1.2010 jeder, der unter Angabe seiner UStID-Nummer umsatzsteuerfreie Dienstleistungen von Unternehmen im EG-Ausland in Anspruch genommen hat, zur Abgabe einer zusammenfassenden Meldung verpflichtet. Zum 01.07.2010 wurden die Vorschriften verschärft und die verspätete oder Nichtabgabe kann nun mit einem Bußgeld von bis zu EUR 5.000 belegt werden.

Fritz Rasche-Mader

→ **Einnahmen einer Gastfamilie für die Aufnahme eines Menschen mit Behinderung**

Nicht ganz neu, aber bei den Betroffenen vielfach noch nicht bekannt, ist eine Änderung des EStG, die seit dem 1.1.2009 Geltung hat:

Gemäß § 3 Nr.10 EStG sind steuerfrei *„Einnahmen einer Gastfamilie für die Aufnahme eines behinderten oder von Behinderung bedrohten Menschen nach § 2 Absatz 1 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch zur Pflege, Betreuung, Unterbringung und Verpflegung, die auf Leistungen eines Leistungsträgers nach dem Sozialgesetzbuch beruhen. Für Einnahmen im Sinne des Satzes 1, die nicht auf Leistungen eines Leistungsträgers nach dem Sozialgesetzbuch beruhen, gilt Entsprechendes bis zur Höhe der Leistungen nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch. Überschreiten die auf Grund der in Satz 1 bezeichneten Tätigkeit bezogenen Einnahmen der Gastfamilie den steuerfreien Betrag, dürfen die mit der Tätigkeit in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang stehenden Ausgaben abweichend von § 3c nur insoweit als Betriebsausgaben abgezogen werden, als sie den Betrag der steuerfreien Einnahmen übersteigen;“*

Aufgrund verschiedener Erlasse der Finanzministerien blieben Betreuungsgelder bis einschließlich 2008 nur bis zur Höhe von EUR 300,00 monatlich steuerfrei. Diese – auf Initiative der Bundesvereinigung Lebenshilfe in das Gesetz aufgenommene - Bestimmung stellt also die Betreuungsgelder nunmehr unter bestimmten Voraussetzungen in voller Höhe steuerfrei.

Gegenstand der Betreuung kann auch die Tagesstruktur und eine angemessene Beschäftigung sein (z.B. auch eine „Mitarbeit“ in der Landwirtschaft, wenn die Gastfamilie selbst in der Landwirtschaft tätig ist.) Die Regelung gilt auch für Leistungen, die der betreute Mensch im Rahmen des persönlichen Budgets erhält und an die Gastfamilie weiter gibt.

Stephan May

→ **Heranziehung zu einem weiteren Kostenbeitrag zur Eingliederungshilfe als Rücknahme vorangehender, geringerer Heranziehung**

Die Klägerin arbeitet in einer Werkstatt für behinderte Menschen (WfbM). Die Kosten werden vom zuständigen Sozialhilfeträger als Eingliederungshilfe übernommen. Der Sozialhilfeträger hatte die Klägerin – zunächst ohne Festsetzung eines bestimmten Betrags – »grundsätzlich« verpflichtet,

sich aus dem Werkstatteinkommen an den Einrichtungskosten zu beteiligen. Nachdem die Klägerin mitgeteilt hatte, dass ihr Vater aufgrund eines gerichtlichen Vergleichs rückwirkend Unterhalt geleistet habe, forderte der Beklagte von der Klägerin zusätzliche Kostenbeiträge.

Das BSG ([Urteil vom 23. März 2010, Az. B 8 SO 12/08 R](#)) hat der in den Vorinstanzen erfolglosen Klage stattgegeben. Mit der Festsetzung eines weiteren Kostenbeitrages werde die vorangehende bestandskräftige Regelung, teilweise zurückgenommen. Die Aufhebung von bestandskräftigen Bescheiden ist nur unter bestimmten strengen Vorgaben möglich, die im Gesetz geregelt sind. Eine einmal bewilligte Leistung kann grundsätzlich nur dann zurückgefordert werden, wenn die (fehlerhafte) Bewilligung auf falschen oder unvollständigen Angaben des Leistungsempfängers beruht. Dies war hier nicht der Fall.

Raimund Blattmann

#### → **Neue Verwaltungsgerichts-Entscheidungen zur Kita Finanzierung in Niedersachsen**

Das OVG Lüneburg hat sich in einem [Beschluss vom 09.06.2010](#) (Az. 4 L A 24/09) mit der Frage der nachträglichen Erstattung von Kindergartenbeiträgen für das letzte Kindergartenjahr bei Zurückstellung von der Schulpflicht beschäftigt und den Eltern, die dies forderten, Recht gegeben.

Das Verwaltungsgericht Braunschweig hatte in seinem [Urteil vom 15.04.2010](#) (Az. 3 A 122/09) über die Förderung einer als Elterninitiative betriebenen Kindertagesstätte durch den Jugendhilfeträger zu entscheiden und hat die Gesichtspunkte für die Bemessung der Förderung, insb. auch die Bewertung der Eigenleistung erörtert.

Thomas Rüter

#### → **Konduktive Förderung nach Petö kann Leistung der Eingliederungshilfe zur angemessenen Schulbildung sein**

Eine Erstattung der Kosten für eine durchgeführte Petö-Block-Therapie kann eine Leistung der Eingliederungshilfe nach dem SGB XII sein, entschied das BSG am 29.9.2009 - B 8 SO 19/08 R. Eine Kostenübernahme ist insoweit nicht ausgeschlossen, soweit diese Maßnahme (Petöförderung) erforderlich und geeignet ist, dem Leistungsberechtigten den Schulbesuch im Rahmen der allgemeinen Schulpflicht zu ermöglichen und zu erleichtern (§ 54 Abs 1 Satz 1 Nr. 1 SGB XII).

Das Urteil des BSG stellt nach vielen Rechtsstreitigkeiten und erfolglosen Anträgen klar, dass die konduktive Förderung nach Petö durchaus doch eine Leistung der Eingliederungshilfe sein kann und die Kosten ggf. vom zuständigen Sozialhilfeträger übernommen werden müssen, wenn diese Maßnahme im Einzelfall geeignet und notwendig ist.

Timo Prieß

#### → **Leistungsvereinbarung ist der Vergütungsvereinbarung vorgeschaltet**

Immer wieder taucht in Verhandlungen über Leistungs- und Prüfungsvereinbarungen nach §§ 75, 76 SGB XII die Frage auf, ob der Leistungserbringer verpflichtet ist, vor Abschluss der Leistungs- und Prüfungsvereinbarung ein verbindliches Vergütungsangebot dem Leistungsträger vorzulegen. Diese Frage hat das Sozialgericht Kiel in einem Hinweisbeschluss vom 11.10.2010, Az.: S 25 SO 35/10 ER, wie folgt beantwortet: „Der Antragsgegner (*der Leistungsträger*) wird darauf hingewiesen, dass es keine rechtlichen Grundlage dafür gibt, den Abschluss einer Leistungsvereinbarung abhängig zu machen von der vorherigen Vorlage eines verbindlichen Angebots für eine Vergütungsvereinbarung. Nach der Konzeption der §§ 75, 76 SGB XII ist die Leistungsvereinbarung der Vergütungsvereinbarung inhaltliche und auch zeitlich vorgeschaltet (s. z.B. OVG Lüneburg, Beschl. V. 22.07.2008, Az.: 4 LA 22/06, in juris).“

Den Leistungserbringern ist anzuraten auch so zu verfahren, wenn sich abzeichnet, dass es im Rahmen der Vergütungsverhandlung zu nicht einvernehmlich lösbaren Differenzen kommen wird. Durch die Leistungsvereinbarung ist dann der Weg zur Schiedsstelle nach § 80 SGB XII sichergestellt.

Reinhold Hohage

→ **Bundesverwaltungsgericht hält die Beitragserhebung bei PSV-Beiträgen für rechtmäßig.**  
In zwei Entscheidungen vom 25.08. und 15.09. 2010 hat sich das Bundesverwaltungsgericht mit der Beitragserhebung des PSV auseinandergesetzt. Es hält sowohl die im Jahr 2006 erhobenen Einmalbeiträge zur Insolvenzversicherung für rechtmäßig, als auch die gegenwärtige Beitragshöhe bei rückgedeckten Versorgungszusagen. Da die Urteilsbegründungen noch nicht vorliegen, kann noch nicht gesagt werden, inwieweit diese Entscheidungen Auswirkungen auf Widersprüche gegen die Beitragsbescheide 2009 haben.

Thomas Rüter

→ **Betriebliche Altersversorgung und betriebliche Übung**

Auch für Betriebsrentner gilt: Eine vom Arbeitgeber vorbehaltlos in 3 aufeinander folgenden Jahren gewährte Weihnachtsgeldzahlung führt zu einer betrieblichen Übung. Folge: Es entsteht ein Anspruch, der den Arbeitgeber auch in den Folgejahren zur Zahlung verpflichtet. Entscheidung des [BAG vom 16.02.2010](#) (Az. 3 A Z R 123/08).

Thomas Rüter

→ **Stellt die Gewinnausschüttung einer betrieblichen Versorgungseinrichtung Rückzahlung von Arbeitslohn dar?**

Im November 2009 hatte der BFH (Urteil vom 12. November 2009 - VI R 20/07) entschieden, dass Gewinnausschüttungen einer Versorgungskasse an ihren Träger, also den Arbeitgeber, keine Arbeitslohnrückzahlungen sind und daher – anders als von der Finanzverwaltung in den Lohnsteuer-richtlinien vorgesehen – weder pauschal besteuerbare Beitragsleistungen des Arbeitgebers mindern noch einen Anspruch auf Lohnsteuererstattung begründen.

Hierzu hat das Bundesministerium der Finanzen ([Schreiben vom 28. September 2010 – IV C 5 – S](#)) nun den betroffenen Betrieben für die Zeit bis zum Jahresende 2010 ein Wahlrecht eingeräumt. Danach ist es für alle bis zum 31. Dezember 2010 beim Arbeitgeber zugeflossenen Gewinnausschüttungen einer betrieblichen Versorgungseinrichtung nicht zu beanstanden, wenn weiter nach den Grundsätzen von R 40b.1 Absatz 12 ff. LStR 2008 verfahren wird.

Thomas Rüter

→ **In eigener Sache:**

**RA Reinhold Hohage wurde in den Expertenkreis der Deutschen UNESCO-Kommission e.V. für „Inklusive Bildung“ berufen**

Der Expertenkreis besteht aus 30 Personen, dient dem regelmäßigen Austausch der Akteure der „Inklusiven Bildung“ auf nationaler Ebene und bündelt Kompetenzen. Dadurch soll eine Breitenwirkung für das Konzept „Inklusive Bildung“ erzielt werden. Der Schwerpunkt soll dabei auf Menschen mit Behinderung liegen. Weitere Informationen finden sich auf der Internetseite der UNESCO.

**Hamburg**



RA Stephan May  
040 41 46 01-14  
[may@hohage-may.de](mailto:may@hohage-may.de)



RA Timo Prieß  
040 41 46 01-17  
[priess@hohage-may.de](mailto:priess@hohage-may.de)



StB Fritz Rasche-Mader  
040 41 46 01-13  
[rasche-mader@hohage-may.de](mailto:rasche-mader@hohage-may.de)



RA Reinhold Hohage  
040 41 46 01-16  
[hohage@hohage-may.de](mailto:hohage@hohage-may.de)

**Hannover**



RA Thomas Rüter  
0511 89 88 14-12,  
[rueter@hohage-may.de](mailto:rueter@hohage-may.de)

**München**



RA Raimund Blattmann  
089 18 90 47-0  
[blattmann@hohage-may.de](mailto:blattmann@hohage-may.de)