

§ 42d

Haftung des Arbeitgebers und Haftung bei Arbeitnehmerüberlassung

idF des EStG v. 8.10.2009 (BGBl. I 2009, 3366; BStBl. I 2009, 1346), zuletzt geändert durch AmtshilfeRLUmsG v. 26.6.2013 (BGBl. I 2013, 1809; BStBl. I 2013, 802)

(1) Der Arbeitgeber haftet

1. für die Lohnsteuer, die er einzubehalten und abzuführen hat,
2. für die Lohnsteuer, die er beim Lohnsteuer-Jahresausgleich zu Unrecht erstattet hat,
3. für die Einkommensteuer (Lohnsteuer), die auf Grund fehlerhafter Angaben im Lohnkonto oder in der Lohnsteuerbescheinigung verkürzt wird,
4. für die Lohnsteuer, die in den Fällen des § 38 Absatz 3a der Dritte zu übernehmen hat.

(2) Der Arbeitgeber haftet nicht, soweit Lohnsteuer nach § 39 Absatz 5 oder § 39a Absatz 5 nachzufordern ist und in den vom Arbeitgeber angezeigten Fällen des § 38 Absatz 4 Satz 2 und 3 und des § 41c Absatz 4.

(3) ¹Soweit die Haftung des Arbeitgebers reicht, sind der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer Gesamtschuldner. ²Das Betriebsstättenfinanzamt kann die Steuerschuld oder Haftungsschuld nach pflichtgemäßem Ermessen gegenüber jedem Gesamtschuldner geltend machen. ³Der Arbeitgeber kann auch dann in Anspruch genommen werden, wenn der Arbeitnehmer zur Einkommensteuer veranlagt wird. ⁴Der Arbeitnehmer kann im Rahmen der Gesamtschuldnerschaft nur in Anspruch genommen werden,

1. wenn der Arbeitgeber die Lohnsteuer nicht vorschriftsmäßig vom Arbeitslohn einbehalten hat,
2. wenn der Arbeitnehmer weiß, dass der Arbeitgeber die einbehaltene Lohnsteuer nicht vorschriftsmäßig angemeldet hat. ²Dies gilt nicht, wenn der Arbeitnehmer den Sachverhalt dem Finanzamt unverzüglich mitgeteilt hat.

(4) ¹Für die Inanspruchnahme des Arbeitgebers bedarf es keines Haftungsbescheids und keines Leistungsgebots, soweit der Arbeitgeber

1. die einzubehaltende Lohnsteuer angemeldet hat oder
2. nach Abschluss einer Lohnsteuer-Außenprüfung seine Zahlungsverpflichtung schriftlich anerkennt.

²Satz 1 gilt entsprechend für die Nachforderung zu übernehmender pauschaler Lohnsteuer.

(5) Von der Geltendmachung der Steuernachforderung oder Haftungsforderung ist abzusehen, wenn diese insgesamt 10 Euro nicht übersteigt.

(6) ¹Soweit einem Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer im Sinne des § 1 Absatz 1 Satz 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Februar 1995 (BGBl. I S. 158), das zuletzt durch Artikel 26 des Gesetzes vom 20. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2854) geän-

dert worden ist, zur Arbeitsleistung überlassen werden, haftet er mit Ausnahme der Fälle, in denen eine Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 Abs. 3 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes vorliegt, neben dem Arbeitgeber. ²Der Entleiher haftet nicht, wenn der Überlassung eine Erlaubnis nach § 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes in der jeweils geltenden Fassung zugrunde liegt und soweit er nachweist, dass er den nach § 51 Absatz 1 Nummer 2 Buchstabe d vorgesehenen Mitwirkungspflichten nachgekommen ist. ³Der Entleiher haftet ferner nicht, wenn er über das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung ohne Verschulden irrte. ⁴Die Haftung beschränkt sich auf die Lohnsteuer für die Zeit, für die ihm der Arbeitnehmer überlassen worden ist. ⁵Soweit die Haftung des Entleihers reicht, sind der Arbeitgeber, der Entleiher und der Arbeitnehmer Gesamtschuldner. ⁶Der Entleiher darf auf Zahlung nur in Anspruch genommen werden, soweit die Vollstreckung in das inländische bewegliche Vermögen des Arbeitgebers fehlgeschlagen ist oder keinen Erfolg verspricht; § 219 Satz 2 der Abgabenordnung ist entsprechend anzuwenden. ⁷Ist durch die Umstände der Arbeitnehmerüberlassung die Lohnsteuer schwer zu ermitteln, so ist die Haftungsschuld mit 15 Prozent des zwischen Verleiher und Entleiher vereinbarten Entgelts ohne Umsatzsteuer anzunehmen, solange der Entleiher nicht glaubhaft macht, dass die Lohnsteuer, für die er haftet, niedriger ist. ⁸Die Absätze 1 bis 5 sind entsprechend anzuwenden. ⁹Die Zuständigkeit des Finanzamts richtet sich nach dem Ort der Betriebsstätte des Verleihers.

(7) Soweit der Entleiher Arbeitgeber ist, haftet der Verleiher wie ein Entleiher nach Absatz 6.

(8) ¹Das Finanzamt kann hinsichtlich der Lohnsteuer der Leiharbeitnehmer anordnen, dass der Entleiher einen bestimmten Teil des mit dem Verleiher vereinbarten Entgelts einzubehalten und abzuführen hat, wenn dies zur Sicherung des Steueranspruchs notwendig ist; Absatz 6 Satz 4 ist anzuwenden. ²Der Verwaltungsakt kann auch mündlich erlassen werden. ³Die Höhe des einzubehaltenden und abzuführenden Teils des Entgelts bedarf keiner Begründung, wenn der in Absatz 6 Satz 7 genannte Prozentsatz nicht überschritten wird.

(9) ¹Der Arbeitgeber haftet auch dann, wenn ein Dritter nach § 38 Absatz 3a dessen Pflichten trägt. ²In diesen Fällen haftet der Dritte neben dem Arbeitgeber. ³Soweit die Haftung des Dritten reicht, sind der Arbeitgeber, der Dritte und der Arbeitnehmer Gesamtschuldner. ⁴Absatz 3 Satz 2 bis 4 ist anzuwenden; Absatz 4 gilt auch für die Inanspruchnahme des Dritten. ⁵Im Fall des § 38 Absatz 3a Satz 2 beschränkt sich die Haftung des Dritten auf die Lohnsteuer, die für die Zeit zu erheben ist, für die er sich gegenüber dem Arbeitgeber zur Vornahme des Lohnsteuerabzugs verpflichtet hat; der maßgebende Zeitraum endet nicht, bevor der Dritte seinem Betriebsstättenfinanzamt die Beendigung seiner Verpflichtung gegenüber dem Arbeitgeber angezeigt hat. ⁶In den Fällen des § 38 Absatz 3a Satz 7 ist als Haftungsschuld der Betrag zu ermitteln, um den die Lohnsteuer, die für den gesamten Arbeitslohn des Lohnzahlungszeitraums zu berechnen und einzubehalten ist, die insgesamt tatsächlich einbehaltene Lohnsteuer übersteigt. ⁷Betrifft die Haftungsschuld mehrere Arbeitgeber, so ist sie bei fehlerhafter Lohnsteuerberechnung nach dem Verhältnis der Arbeitslöhne und für nachträglich zu erfassende Arbeitslohnbeträge nach dem Verhältnis dieser Beträge auf die Arbeitgeber auf-

zuteilen. ⁸In den Fällen des § 38 Absatz 3a ist das Betriebsstättenfinanzamt des Dritten für die Geltendmachung der Steuer- und Haftungsschuld zuständig.

Autorin: Dr. Eva-Maria **Gersch**, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Steuerrecht, Bad Homburg v. d. Höhe

Mitherausgeber: Dr. Winfried **Bergkemper**, Richter am BFH aD, Lenggries

Inhaltsübersicht

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 42d 1

	Anm.		Anm.
I. Grundinformation zu § 42d	1	b) Zweck der Haftung des Entleihers (Abs. 6 bis 8)	7
II. Rechtsentwicklung des § 42d	4	3. Verfassungsmäßigkeit	8
III. Bedeutung des § 42d	5	4. Wirtschaftliche Bedeutung	9
1. Rechtssystematische Bedeutung	5	IV. Geltungsbereich des § 42d	10
2. Gesetzgeberischer Zweck	6	1. Sachlicher Geltungsbereich	10
a) Zweck der Haftung des Arbeitgebers (Abs. 2 bis 5)	6	2. Persönlicher Geltungsbereich	11
		3. Anwendung bei Auslandsbeziehungen	12
		V. Verhältnis des § 42d zu anderen Vorschriften	13

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Haftung des Arbeitgebers für Lohnsteuer 20

	Anm.		Anm.
I. Grundzüge der Haftung des Arbeitgebers für Lohnsteuer	20	bb) Höhe der Haftungsschuld bei Verzicht auf Rückgriff beim Arbeitnehmer	27
1. Begriff und Wesen der Haftung für Lohnsteuer	20	b) Durchschnittssteuersätze im Haftungsverfahren	28
a) Begriff der Haftung	20	aa) Durchschnittssteuersätze als Anwendungsfälle von Schätzungen	28
b) Haftung für Lohnsteuer	22	bb) Durchschnittssteuersätze aufgrund Einverständnisses des Arbeitgebers	29
c) Bedeutung des Verschuldens	23	cc) Durchschnittssteuersatz	30
2. Entstehung und Erlöschen der Haftungsschuld	24	c) Haftungsbeschränkung bei Zahlungsunfähigkeit	31
a) Entstehung der Haftungsschuld	24	II. Arbeitgeber als Subjekt der Haftung	32
b) Erlöschen der Haftungsschuld	25	1. Arbeitgeber als Haftungsschuldner	32
3. Höhe der Haftungsschuld	26		
a) Individuelle Berechnung der Haftungsforderung	26		
aa) Normalfall	26		

	Anm.
2. Mit Arbeitgeberpflichten be- traute Nicht-Arbeitgeber	34
III. Haftungsbegründende Tatbestände (Abs. 1 Nr. 1 bis 4)	40
1. Haftung für die einzube- haltende und abzuführen- de Lohnsteuer (Abs. 1 Nr. 1)	40
a) Haftung für die einzube- haltende Lohnsteuer	40
aa) Vorschriftsmäßige Be- rechnung (§ 39b); Maß- geblichkeit der Lohn- steuerabzugsmerkmale . .	40
bb) Haftung bei fehlerhafter Einbehaltung	41

	Anm.
cc) Keine Haftung bei vor- schriftsmäßig unterlasse- ner Einbehaltung	42
b) Haftung für die abzuführen- de Lohnsteuer	43
2. Haftung für beim Lohn- steuerjahresausgleich zu Unrecht erstattete Lohn- steuer (Abs. 1 Nr. 2)	44
3. Haftung für die durch feh- lerhafte Angaben verkürzte Einkommensteuer/Lohn- steuer (Abs. 1 Nr. 3)	45
4. Haftung für Lohnsteuer, die der Dritte nach § 38 Abs. 3a zu übernehmen hat (Abs. 1 Nr. 4)	46

**C. Erläuterungen zu Abs. 2:
Ausschluss der Arbeitgeberhaftung . . 50**

	Anm.
I. Fehlende Grundlage für die Haftung des Arbeit- gebers für Lohnsteuer	50
II. In Abs. 2 geregelte Haf- tungsausschlussgründe . .	51
1. Nachforderung von Lohn- steuer gem. § 39 Abs. 5 Satz 4	51
2. Verringerung der dem Ar- beitgeber übermittelten Freibeträge gem. § 39a Abs. 5	52
3. Anzeige des Arbeitgebers bei nicht ausreichendem Barlohn gem. § 38 Abs. 4 Satz 2	53
4. Anzeige des Arbeitgebers bei Arbeitslohn von dritter Seite gem. § 38 Abs. 4 Satz 3	54
5. Anzeige des Arbeitgebers bei nicht korrektem Lohn- steuerabzug gem. § 41c Abs. 4	55
a) Allgemeines zu den Vo- raussetzungen des Haf- tungsausschlusses im Fall des § 41c Abs. 4	55

	Anm.
b) Erkennen der nicht vor- schriftsmäßigen Lohn- steuer-Einbehaltung durch den Arbeitgeber gem. § 41c Abs. 1 Nr. 2 . .	56
c) Haftungsausschließende Anzeige und Lohnsteuer- Außenprüfung	57
III. Weitere in Abs. 2 nicht ge- regelte Haftungsaus- schlussgründe	59
1. Haftungsausschluss wegen Bindung an eine Anru- fungsauskunft nach § 42e . .	59
2. Haftungsausschluss nach Treu und Glauben	60
a) Haftungsausschluss we- gen entschuldbaren Rechtsirrtums	60
aa) Voraussetzungen für den Haftungsausschluss we- gen entschuldbaren Rechtsirrtums	60
bb) Fallgruppen zum ent- schuldbaren Rechtsirr- tum	61
b) Haftungsausschluss we- gen entschuldbaren Tat- sachenirrtums	64

	Anm.		Anm.
c) Haftungsausschluss bei Lohnsteuerbefreiungen durch die Finanzverwaltung auch ohne Rechtsirrtum	65	3. Haftungsausschluss wegen Bindung an eine verbindliche Zusage oder Auskunft	66

**D. Erläuterungen zu Abs. 3:
Gesamtschuldnerschaft und Geltendmachung des Haftungsanspruchs . . . 70**

	Anm.		Anm.
I. Gesamtschuldnerschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer (Abs. 3 Satz 1)	70	2. Entschließungsermessen	78
1. Grundzüge der Gesamtschuldnerschaft	70	3. Auswahlermessen	79
a) Rechtsgrundlagen und Inhalt der Gesamtschuldnerschaft	70	4. Beispiele: Keine vorrangige Inanspruchnahme des Arbeitgebers	80
b) Umfang der Gesamtschuldnerschaft	71	5. Beispiele: Vorrangige Inanspruchnahme des Arbeitgebers nicht ermessensfehlerhaft	81
2. Einwendungen des Arbeitgebers gegen die Haftungsschuld	72	III. Im Gesetz vorgegebene Maßstäbe für den Ermessensgebrauch (Abs. 3 Sätze 3 und 4)	82
a) Überblick	72	1. Arbeitgeberhaftung trotz Einkommensteuerveranlagung des Arbeitnehmers (Abs. 3 Satz 3)	82
b) Einwendungen aus dem Haftungsverhältnis	73	2. Zulässigkeit der Inanspruchnahme des Arbeitnehmers nur in zwei Fällen (Abs. 3 Satz 4)	83
c) Materiell-rechtliche Einwendungen aus dem originären Steuerschuldverhältnis	74	a) Eingeschränkte Möglichkeit zur Inanspruchnahme des Arbeitnehmers nach Abs. 3 Satz 4	83
aa) Beziehungen zwischen Schuld und Haftung	74	b) Nicht vorschriftsmäßig vom Arbeitslohn einbehaltene Lohnsteuer (Abs. 3 Satz 4 Nr. 1)	84
bb) Beweislast für Einwendungen gegen die Haftungsschuld	75	c) Keine vorschriftsmäßige Anmeldung einbehaltener Lohnsteuer (Abs. 3 Satz 4 Nr. 2)	85
d) Verfahrensrechtliche Einwendungen aus dem originären Steuerschuldverhältnis des Arbeitnehmers	76		
II. Inanspruchnahme des Arbeitgebers als Ermessensentscheidung (Abs. 3 Satz 2)	77		
1. Ermessensentscheidung	77		

**E. Erläuterungen zu Abs. 4:
Inanspruchnahme des Arbeitgebers
ohne Haftungsbescheid 90**

	Anm.		Anm.
<p>I. Formlose Inanspruchnahme des Arbeitgebers für die Lohnsteuer (Abs. 4 Satz 1) 90</p> <p>1. Grundsätze zur formlosen Inanspruchnahme des Arbeitgebers (Abs. 4 Satz 1 Halbs. 1) 90</p> <p>2. Anmeldung der Lohnsteuer (Abs. 4 Satz 1 Nr. 1) 92</p>		<p>3. Schriftliches Anerkenntnis der Zahlungsverpflichtung nach einer Lohnsteueraußenprüfung (Abs. 4 Satz 1 Nr. 2) 93</p>	
		<p>II. Entsprechende Geltung von Satz 1 für Nachforderung pauschaler Lohnsteuer (Abs. 4 Satz 2) 94</p>	

**F. Anhang zu Abs. 4:
Lohnsteuerhaftungsbescheid gegen
den Arbeitgeber 95**

	Anm.		Anm.
<p>I. Formelle Voraussetzungen des Haftungsbescheids (Zuständigkeit, Form) 95</p>		<p>b) Einzelerfordernisse der Begründung 103</p>	
<p>II. Notwendiger Inhalt und Begründung des Haftungsbescheids 97</p> <p>1. Zur inhaltlichen Bestimmtheit des Haftungsbescheids 97</p> <p>a) Grundsatz 97</p> <p>b) Kennzeichnung als Haftungsbescheid 98</p> <p>c) Bezifferung der Haftungsforderung 99</p> <p>d) Aufgliederung der Haftungsforderung 100</p> <p>e) Erkennbarkeit der Ermessensausübung 101</p> <p>2. Begründung des Haftungsbescheids 102</p> <p>a) Notwendigkeit der Begründung 102</p>		<p>III. Anfechtung, Aufhebung und Änderung des Haftungsbescheids 106</p> <p>1. Anfechtung des Haftungsbescheids 106</p> <p>a) Anfechtung durch den Arbeitgeber 106</p> <p>b) Anfechtung durch den Arbeitnehmer 107</p> <p>2. Aufhebung und Änderung des Haftungsbescheids 108</p> <p>a) Anwendung der §§ 129, 130, 131 AO 108</p> <p>b) Änderungssperre nach Lohnsteuer-Außenprüfung 109</p> <p>c) Neuer Bescheid nach Aufhebung eines Haftungsbescheids 110</p>	

**G. Erläuterungen zu Abs. 5:
Kleinbetragsregelung 111**

**H. Erläuterungen zu Abs. 6:
Haftung des Entleihers für Lohnsteuer 115**

	Anm.		Anm.
I. Voraussetzungen und Umfang der Entleiherhaftung (Abs. 6 Satz 1)	115	a) Voraussetzungen der Inanspruchnahme des Entleihers auf Zahlung	121
II. Haftungsausschlüsse nach Abs. 6 Sätze 2 und 3 .	117	b) Entsprechende Anwendung des § 219 Satz 2 AO	122
1. Haftungsausschluss bei legaler Arbeitnehmerüberlassung (Abs. 6 Satz 2)	117	IV. Pauschale Festsetzung der Haftungsforderung (Abs. 6 Satz 7)	123
2. Haftungsausschluss bei schuldlosem Irrtum über das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung (Abs. 6 Satz 3)	118	1. Voraussetzung der Pauschalierung	123
III. Inhalt und Umfang der Entleiherhaftung (Abs. 6 Sätze 4 bis 6)	119	2. Höhe der Pauschalierung	124
1. Umfang der Haftung des Entleihers (Abs. 6 Satz 4) .	119	V. Entsprechende Anwendung der Abs. 1 bis 5 (Abs. 6 Satz 8)	125
2. Gesamtschuldnerschaft (Abs. 6 Satz 5)	120	VI. Zuständigkeit des Finanzamts für die Entleiherhaftung (Abs. 6 Satz 9) und Form der Inanspruchnahme bei Arbeitnehmerüberlassung	126
3. Subsidiäre Haftung des Entleihers (Abs. 6 Satz 6) .	121		

**I. Erläuterungen zu Abs. 7:
Haftung des Verleihers entsprechend
Abs. 6 128**

**J. Erläuterungen zu Abs. 8:
Anordnung zur Sicherung der Lohnsteuer
der Leiharbeitnehmer 130**

	Anm.		Anm.
I. Voraussetzungen und Inhalt des Sicherungsanspruchs	130	II. Verfahrensrechtliche Besonderheiten	131

**K. Erläuterungen zu Abs. 9:
Haftung eines Dritten für Lohnsteuer . . 135**

	Anm.		Anm.
I. Bedeutung des Abs. 9	135	steuerabzug übernommen hat (Abs. 9 Satz 5)	139
II. Haftung des Arbeitgebers neben dem Dritten (Abs. 9 Satz 1)	136	VI. Umfang der Haftung im Fall des § 38 Abs. 3a Satz 7 (Abs. 9 Satz 6)	140
III. Voraussetzungen für die Haftung des Dritten (Abs. 9 Satz 2)	137	VII. Aufteilung der Haftungsschuld bei mehreren Arbeitgebern (Abs. 9 Satz 7) .	141
IV. Gesamtschuld bei Haftung eines Dritten (Abs. 9 Sätze 3 und 4)	138	VIII. Zuständigkeit für die Durchsetzung des Haftungsanspruchs gegen Dritte (Abs. 9 Satz 8)	142
V. Umfang der Haftung des Dritten, der den Lohn-			

A. Allgemeine Erläuterungen zu § 42d

Schrifttum: BÄUERLEN, Die Lohnsteuerhaftung des Arbeitgebers, Diss. Gießen 1978; MIHATSCH, Grundlagen des Lohnsteuerhaftungs- und Nachforderungsverfahrens, FR 1978, 526; SCHICK, Besteuerungsverfahren und Verfahrensleistungsfähigkeit, München 1980; SCHICK, Steuerschuld und Steuerhaftung im Lohnsteuerverfahren, BB 1983, 1041; HAHN, Zur Problematik der Haftung des Arbeitgebers für Lohnsteuer, Inst. FuSt., Brief Nr. 241, Bonn 1985; HAHN, Für eine sachgemäße Begrenzung der Haftung des Arbeitgebers für einzubehaltende Lohnsteuer – Anmerkungen zum Urteil des BFH vom 7.12.1984 – VI R 164/79 –, Inst. FuSt., Brief Nr. 257, Bonn 1986; HAHN, Anmerkung zu BFH VI R 130/82 v. 25.10.85 und FG Köln v. 27.11.85, BB 1986, 1067; HAHN, Verfassungsrechtliche Aspekte der Haftung des Arbeitgebers für einzubehaltende Lohnsteuer, NJW 1988, 20; TRZASKALIK, Die Steuererhebungspflichten Privater, DStJG 12 (1989), 157; HENDEL, Die Belastung der Arbeitgeber durch die Lohnsteuer, Inst. FuSt., Brief Nr. 359, Bonn 1997, 67; HEUERMANN, Zur Wirkungsweise und Anfechtbarkeit einer Steueranmeldung, insbesondere einer Lohnsteueranmeldung, DStR 1998, 959; HEY, Steuern verwalten durch Banken – Einige grundsätzliche Anmerkungen zur Heranziehung der Banken zu Steuerverwaltungsaufgaben aus Anlaß der BGH-Urteile vom 15.7.1997, FR 1998, 497; DRÜEN, Grenzen der Steuerentrichtungspflichten, FR 2004, 1134; DRÜEN, Zum Wahlrecht der Finanzbehörde zwischen Steuerschätzung und Haftungsbescheid bei unterbliebener Steueranmeldung, DB 2005, 299; G. KIRCHHOF, Die Erfüllungspflichten des Arbeitgebers im Lohnsteuerverfahren, Berlin 2005; NACKE, Zweifelsfragen und Prüfungsschwerpunkte bei der Lohnsteuerhaftung, DStR 2005, 1297; HAUNHORST, „Hätte, wäre und wenn“ im Haftungsrecht, DStZ 2006, 369; URBAN, Befreit die insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit den GmbH-Geschäftsführer von seiner (lohn-)steuerlichen Haftung?, DStR 2006, 1262; G. KIRCHHOF, Die Überforderung der Arbeitgeber durch den Lohnsteuerabzug, FR 2015, 773; U. PRINZ, Gedanken zur „Arbeitnehmerbesteuerung“, FR 2015, 785; RICHTER/WELING, Diskussionsbericht zum 55. Berliner Steuergespräch „Arbeitnehmerbesteuerung“, FR 2015, 794.

I. Grundinformation zu § 42d

1

Aus dem Umstand, dass LSt als Quellensteuer erhoben wird, erklärt sich die Haftung für LSt, falls diese nicht ordnungsgemäß erhoben und/oder abgeführt wird. Die Haftung trifft den zum LStAbzug Verpflichteten, der nach der in § 42d Abs. 3 getroffenen Regelung als Gesamtschuldner neben dem ArbN, dem eigentlichen StSchuldner, für die LSt haftet.

§ 42d regelt, unter welchen Voraussetzungen es zur Haftung kommt, nennt aber auch die Fälle, in denen eine Haftung ausgeschlossen ist. Die gesetzliche Regelung geht jedoch nicht auf den Ausschluss einer Haftung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben, wie sie von der Rspr. entwickelt worden ist, ein. Auch wenn eine Haftung des ArbG dem Grunde nach gegeben ist, folgt daraus nicht automatisch, dass er als Haftungsschuldner in Anspruch genommen werden muss oder genommen werden darf. Mit Rücksicht auf die Gesamtschuldnerschaft zwischen dem Abzugsverpflichteten und dem ArbN regelt § 42d insbes., dass der Haftungsanspruch nach pflichtgemäßem Ermessen gegenüber jedem Gesamtschuldner geltend gemacht werden kann. Eine breite Judikatur zeigt auf, wie dieses Ermessen auszuüben ist und wo seine Grenzen liegen. § 42d Abs. 3 Satz 4 legt noch fest, wann der ArbN im Rahmen der Gesamtschuldnerschaft in Anspruch genommen werden darf. Wie der Haftungsanspruch geltend gemacht wird, regelt § 42d nicht im Einzelnen. Die Vorschrift enthält in Abs. 4 aber eine Regelung darüber, wann es bei der Inanspruchnahme des ArbG keines Haftungsbescheids und keines Leistungsgebots bedarf. Dazu kommt noch eine Kleinbetragsregelung in § 42d Abs. 5.

Während sich die ersten fünf Absätze des § 42d an alle ArbG wenden, betreffen die Abs. 6 bis 8 die Haftung für LSt in Fällen, in denen eine ArbN-Überlassung vorliegt. Je nach Konstellation kommt es danach auch zu einer Haftung für LSt, die den Verleiher oder den Entleiher von Arbeitskräften trifft. Abgerundet werden die Regelungen darüber durch Anordnungen über die Sicherung des Anspruchs von LSt, sofern eine ArbN-Überlassung vorliegt.

Seit § 38 Abs. 3a zulässt, dass ein Dritter die Pflichten des ArbG hinsichtlich des LStAbzugs übernimmt, legt § 42d Abs. 9 fest, dass auch der Dritte neben dem ArbG für die von ihm zu erhebende und abzuführende LSt haftet.

Einstweilen frei.

2–3

II. Rechtsentwicklung des § 42d

4

EStG v. 29.3.1920 (RGBl. 1920, 359): In der knapp gefassten Haftungsvorschrift des § 50 EStG 1920 wurde der ArbG hinsichtlich des einzubehaltenden und abzuführenden LStBetrags zum Gesamtschuldner neben dem ArbN erklärt.

Die LStHaftung des ArbG ist damit Bestandteil des EStRechts, seit die Steuer bei Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit während des laufenden KJ. durch Einbehaltung eines Teils des Arbeitslohns erhoben wird.

EStG v. 10.8.1925 (RGBl. I 1925, 189): § 78 EStG 1925 enthielt eine bereits etwas umfangreichere Haftungsnorm.

Die Regelung wurde über verschiedene Gesetzesänderungen im Prinzip beibehalten und mit der Zeit perfektioniert. Seit EStG v. 27.2.1939 wurde die Haftung für LSt in § 38 Abs. 3 EStG 1939 (seit 1971: § 38 Abs. 4 EStG 1971) geregelt; erstmals wurde hier zwischen Haftung und StSchuld des ArbN unterschieden.

Bemerkenswerterweise wurde die Leistungspflicht des ArbN genauso wie die des ArbG als „Haftung“ bezeichnet.

EStRG 1975 v. 5.8.1974 (BGBl. I 1974, 1769; BStBl. I 1974, 530): § 42d wurde mW ab 1.1.1975 in das EStG eingefügt und löste die bis dahin geltenden Regelungen in § 38 Abs. 4 und § 46 LStDV 1971 ab: Neu waren die Regelungen in § 42d Abs. 1 Nr. 2 und 3, Abs. 2.

StBereinigungsG 1986 v. 19.12.1985 (BGBl. I 1985, 2436; BStBl. I 1985, 735): Abs. 6 bis 8 wurden angefügt.

StReformG 1990 v. 25.7.1988 (BStBl. I 1988, 1039; BStBl. I 1988, 224): Der neue § 42d Abs. 2 Nr. 3 übernahm § 10 Abs. 3 LStDV (Haftungsausschluss bei Anzeige im Fall des § 19a Abs. 2 Satz 2). Abs. 4 wurde auf das Verfahren bei Nachforderung pauschaler LSt ausgedehnt. Im Übrigen Änderungen redaktioneller Art.

Gesetz zur Einordnung der Vorschriften über die Meldepflichten des Arbeitgebers im Sozialversicherungsrecht v. 20.12.1988 (BGBl. I 1988, 2330; BStBl. I 1989, 37): Änderung einer Verweisung in Abs. 6: statt auf § 317a RVO jetzt auf §§ 28a–28c SGB IV.

StÄndG 1992 v. 25.2.1992 (BGBl. I 1992, 297; BStBl. I 1992, 146): Das Zitat in § 42d Abs. 2 Nr. 1 wurde durch den Verweis auf § 38 Abs. 4 Satz 2 erweitert.

1. SGB III-ÄndG v. 16.12.1997 (BGBl. I 1997, 2970; BStBl. I 1998, 127): Streichung in Abs. 6 Satz 2.

StEuglG v. 19.12.2000 (BGBl. I 2000, 1790; BStBl. I 2001, 3) ändert die Kleinbetragsgrenze in Abs. 5 auf den Betrag von 10 €.

StÄndG 2001 v. 20.12.2001 (BGBl. I 2001, 3794; BStBl. I 2002, 4): Streichung von Abs. 2 Nr. 3 (Anpassung an die Streichung der Sperrfrist in § 19a).

StÄndG 2003 v. 15.12.2003 (BGBl. I 2003, 2645; BStBl. I 2002, 4) fügt Abs. 1 Nr. 4 an, streicht Abs. 2 Nr. 2 und ändert Abs. 2 bei dieser Gelegenheit sprachlich. Außerdem wird Abs. 9 angefügt.

EURLUmsG v. 9.12.2004 (BGBl. I 2004, 3310; BStBl. I 2004, 1158) fasst Abs. 6 Satz 2 neu.

JStG 2007 v. 18.12.2006 (BGBl. I 2006, 2878; BStBl. I 2007, 28): Von Abs. 6 Satz 1 wird der letzte Halbs. gestrichen. Abs. 9 Satz 6 verweist nun auf § 38 Abs. 3a Satz 7 (redaktionelle Berichtigung).

BeitrRLUmsG v. 7.12.2011 (BGBl. I 2011, 2592; BStBl. I 2011, 1171): In § 42d Abs. 2 wird das Zitat „§ 39 Abs. 4“ ersetzt durch die Verweisung auf § 39 Abs. 5. Es handelt sich um eine redaktionelle Änderung, die ihren Grund in der Neufassung des § 39 durch dasselbe Gesetz hat.

AmtshilfeRLUmsG v. 26.6.2013 (BGBl. I 2013, 1809; BStBl. I 2013, 802): Geändert werden mW ab dem VZ 2013 § 42d Abs. 6 Sätze 1 und 2. Die Änderungen haben ihren Grund in einer Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes.

III. Bedeutung des § 42d

5 1. Rechtssystematische Bedeutung

§ 42d ist eine Ermächtigungsgrundlage, die es erlaubt, einen StAnspruch in Form eines Haftungsanspruchs (vgl. § 37 AO) gegenüber dem ArbG, einem

Dritten, der den LStAbzug für den ArbG vornimmt, oder dem Entleiher von Arbeitskräften geltend zu machen. § 42d enthält sowohl materiell-rechtl. als auch verfahrensrechtl. Regelungen. Ergänzt werden sie durch §§ 44, 191 AO (vgl. BFH v. 26.7.1974 – VI R 24/69, BStBl. II 1974, 756).

Die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Haftung für Lohnsteuer sind zweigliedrig aufgebaut; sie bestehen

- aus objektiven Tatbestandsmerkmalen, soweit es um die Haftung dem Grunde nach geht (Abs. 1, Abs. 6 Satz 1 und Abs. 9), ergänzt durch die Haftungsausschlussgründe, und
- aus einem Ermessenstatbestand auf der Rechtsfolgenreihe (Abs. 3, Abs. 6 Satz 8, Abs. 9 Satz 4).

Verfahrensvorschriften für die Geltendmachung des Haftungsanspruchs gegenüber dem ArbG im Sonderfall der formlosen Inanspruchnahme enthält Abs. 4.

Die Haftung bei Arbeitnehmerüberlassung ist als eigenständiges Rechtsinstitut anzusehen. Sie lehnt sich in verschiedener Hinsicht an die Haftung des ArbG für LSt an, folgt aber im Einzelnen ihren eigenen Regeln. Abs. 8 betrifft die Sicherung des LStAnspruchs.

Die Haftung eines Dritten, der den LStAbzug nach § 38 Abs. 3a vornimmt, behandelt Abs. 9.

2. Gesetzgeberischer Zweck

a) Zweck der Haftung des Arbeitgebers (Abs. 2 bis 5)

6

Die Haftung des ArbG für LSt erfüllt nach hergebrachter Auffassung einen doppelten Zweck. Präventiv wirkt sie auf den ArbG ein, den LStAbzug korrekt vorzunehmen (so HAHN, Inst. FuSt., Brief Nr. 241, 1986, 53; HAHN, BB 1986, 1069; SCHICK, BB 1983, 1041 [1044]; STOLTERFOHT in DStJG 5 [1982], 271 [299]; BFH v. 12.1.2001 – VI R 102/98, BStBl. II 2003, 151; FG Münster v. 23.6.2015 – 1 V 1012/15 L, EFG 2016, 261, rkr.). Darüber hinaus sichert sie das Steueraufkommen, indem der ArbG – ähnlich wie ein Bürge – für die StSchuld des ArbN neben diesem einzustehen hat (so BÄUERLEN, Die Lohnsteuerhaftung des Arbeitgebers, 1978, 23; HEINRICH/SCHILLING, BB 1985, 2188; HUMMEL in KSM, § 42d Rz. A 2 [6/2017]; KRÜGER in SCHMIDT, 37. Aufl. 2018, § 42d Rz. 2; FG Münster v. 23.6.2015 – 1 V 1012/15 L, EFG 2016, 261, rkr.; FG Berlin-Brandenb. v. 23.2.2017 – 4 K 4083/15, DStRE 2018, 646, rkr.).

Stellungnahme: Die LStHaftung wurde 1920 mit der Erhebung der LSt verknüpft und muss daher auch in Zusammenhang mit ihr beurteilt werden. Damals waren die Löhne niedrig und wurden bar ausbezahlt, so dass das Erhebungssystem sinnvoll war. Der Charakter der LSt hat sich im Laufe der Zeit geändert, die Haftung wurde aber im Prinzip ohne Änderung beibehalten. Ganz zu Anfang, als die LSt als Steuerform noch verselbständigt war und nicht unbedingt als Vorauszahlung auf die ESt angesehen werden konnte, musste der Zweck, das LStAbzugsverfahren zu sichern, im Vordergrund stehen (vgl. BFH v. 21.2.1986 – VI R 9/80, BStBl. II 1986, 768). Diesem Zweck entspricht es, dass keine Haftung nach § 42d entsteht, wenn der ArbG den LStAbzug gemäß den ELStAM durchgeführt hat, oder dass keine Haftung entsteht, wenn der ArbG die Bemessungsgrundlage für die LSt nicht kennt (BFH v. 24.10.1997 – VI R 23/94, FR 1998, 107; s. Anm. 60). Daneben zeigt sich aber auch der Siche-

rungsgedanke durch § 42d Abs. 3. Nur so ist erklärlich, dass der ArbG selbst dann, wenn er eindeutig seine Pflichten beim LStAbzug verletzt hat, nicht automatisch, sondern erst nach einer Ermessensprüfung in Anspruch genommen wird (glA BFH v. 22.7.1993 – VI R 116/90, BStBl. II 1993, 775; FG Hamb. v. 13.12.1984 – II 125/80, EFG 1985, 397, rkr.; KRÜGER in SCHMIDT, 37. Aufl. 2018, § 42d Rz. 2: Schadensersatzcharakter). Die inzwischen eingetretene Unverhältnismäßigkeit der Haftung ist mit ihrem Zweck nicht mehr zu rechtfertigen (s. Anm. 8).

7 b) Zweck der Haftung des Entleihers (Abs. 6 bis 8)

Die Haftung des Entleihers soll die „Hemmschwelle für illegale Arbeitnehmerüberlassung“ anheben und verhindern, dass Steuerhinterziehung in diesem Bereich „risikoarm“ ist (BRDrucks. 391/85, 7). Leitbild für die Regelung ist die „steuerunehrliche Arbeitnehmerüberlassung“ (vgl. BTDrucks. 10/4119, 6). Im Vordergrund steht die Sicherung des LStAnspruchs, daneben die Ergänzung des gewerberechtl. Instrumentariums (vgl. die Stellungnahme des BRat, BTDrucks. 10/4119, 10; HUMMEL in KSM, § 42d Rz. G 2 [6/2017]).

8 3. Verfassungsmäßigkeit

Verfassungsmäßigkeit der Arbeitgeberhaftung: Die Haftung des ArbG für LSt als Folge der Pflichtverletzung beim LStAbzug verstößt nach der Rspr. des BVerfG nicht gegen Grundrechte (BFH v. 5.7.1963 – VI 270/62 U, BStBl. III 1963, 468; BVerfG v. 17.2.1977 – 1 BvR 33/76, BVerfGE 44, 103). Bei diesen Entsch. ist auch berücksichtigt worden, dass der ArbG keinen Kostenersatz für die Durchführung des LStAbzugs erhält (leise zweifelnd wegen zusätzlicher Belastung durch Verpflichtung zur Auszahlung des Kindergeldes BFH v. 26.5.1998 – VI R 58/97, BFH/NV 1998, 1178; KANZLER, FR 1996, 473). Im Schrifttum wird die Belastung des ArbG durch den LStAbzug, der trotz hoher Kosten und Haftungsrisiken vom ArbG unentgeltlich erbracht werden muss, als unverhältnismäßig und grundgesetzwidrige Beeinträchtigung der Berufsausübung eingestuft (G. KIRCHHOF, FR 2015, 773 [778]).

Stellungnahme: Eine uneingeschränkte Haftung für einen kostenlosen LStAbzug ist mit dem Übermaßverbot kaum noch in Einklang zu bringen. Während sich der Fiskus den Einzug der KiSt, die ohne großen Aufwand zu berechnen ist, mit 2 % bis 4,5 % vom KiStAufkommen bezahlen lässt, muss der ArbG den hohen Aufwand für den LStAbzug (inkl. individueller Berechnung und Klärung von Rechtsfragen) als Teil der Lohnnebenkosten selbst tragen (zum Aufwand HENDEL, Inst. FuSt., Schrift Nr. 359, 1985, 67) und wird obendrein mit einer verschuldensunabhängigen Haftung bedacht. Der ArbG trägt damit nicht nur die organisatorische Last des LStAbzugs, sondern darüber hinaus das volle Risiko für dessen Richtigkeit. Das gilt selbst dort, wo er den LStAbzug nicht selbst vornimmt (§ 38 Abs. 3a). § 42d muss daher unter dem Gesichtspunkt des Übermaßverbots verfassungskonform ausgelegt werden (nach SCHICK, Besteuerungsverfahren, 1988, 36, verstößt bereits die Verpflichtung des ArbG zum LStAbzug in ihrer Gesamtheit aus den hier genannten Gründen gegen Art. 12 GG, s. auch DRÜEN, FR 2004, 1134 [1138]; TRZASKALIK in DSTjG 12 [1989], 157; WINTER, FS Der Fachanwalt für Steuerrecht im Rechtswesen, 1999, 311; G. KIRCHHOF, Die Erfüllungspflichten des Arbeitgebers im Lohnsteuerverfahren; G. KIRCHHOF, FR 2015, 773 [778, 799]; ebenso für die kostenlose Erhebung der Kapitalertragsteu-

er HEY, FR 1998, 497). Die Rspr. trägt dem zB dadurch Rechnung, dass sie einen Haftungsausschluss nach TuG dort annimmt, wo der ArbG aufgrund eines entschuldbaren Rechtsirrtums den LStAbzug nicht zutr. durchgeführt hat (s. Anm. 60 f.). In der neueren Rspr. geht die Tendenz allerdings dahin, die Haftung für LSt in einzelnen Punkten zu verschärfen (s. Anm. 22, 23) und LStAnrufungsauskünfte werden in der Praxis nicht zügig erteilt (RICHTER/WELLING, FR 2015, 794 [798]). Bei einem Rechtsstreit kann der ArbG nicht auf die Kontinuität der Rspr. vertrauen und muss haften, wenn zB eine bis dahin lsfreie Zuwendung als Arbeitslohn angesehen wird (zB Betriebsveranstaltung). Diese Belastungen des ArbG erreichen insgesamt einen personellen und finanziellen Aufwand (Anm. 9), der mit dem Zweck des § 42d nicht mehr zu rechtfertigen ist. Das Beispiel Schweiz, wo nur ausnahmsweise ein Quellensteuerabzug (bei Auslandsberührungen) stattfindet, und das Beispiel Frankreich, wo ArbN den Bruttoarbeitslohn erhalten und pro Quartal eine Vorauszahlung entrichten, zeigen, dass ein moderner Staat ohne Quellensteuerabzug beim Arbeitslohn auskommt. Die Zahlungen der Kirchen an die Länder für den Einzug der KiSt machen außerdem deutlich, dass Steuererhebungskosten nicht einfach überwälzt und insbes. nicht zusätzlich mit einer (Erfolgs-)Haftung belegt werden dürfen. Zu diesen Bedenken kommt noch der Umstand, dass die Haftsumme oft die ESt des ArbN, die auf Arbeitslohn entfällt, weit übersteigt (vgl. Anm. 74).

4. Wirtschaftliche Bedeutung

9

Die LSt stellt mit einem Anteil von einem knappen Drittel des gesamten Steueraufkommens (2015: 220,6 Mrd. € von 620,3 Mrd. € Steuereinnahmen, veranlagte ESt 63,8 Mrd. €) neben der USt die größte Steuerquelle Deutschlands dar. Etwa 69 % aller Stpfl. hatten im Jahr 2015 überwiegend Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit. Die Effektivität der Steuererhebung, die aufgrund der Ausgestaltung der LSt als Quellensteuer besteht, wird durch die Haftung des ArbG für den ordnungsgemäßen LStAbzug noch erhöht und gesichert. Dazu kommt noch die LStNachschau gem. § 42g, die vor allem der Aufdeckung von Schwarzarbeit dient. Auf der anderen Seite kann der ArbG die Haftungsforderung oft nicht auf die ArbN überwälzen, weil ein Regress unmöglich oder betriebsschädlich ist. In diesen Fällen erhöht die Haftung für LSt die Lohnnebenkosten in nicht kalkulierbarer Weise und verzerrt die Steuertragungslast, zT einhergehend mit einer Steuerübererhebung (vgl. Anm. 22). Unter diesem Gesichtspunkt schadet die Haftung für LSt der Wirtschaft (ähnlich WINTER, FS Der Fachanwalt für Steuerrecht im Rechtswesen, 1999, 311; für die Abschaffung der LSt als Quellensteuer ТИРКЕ, FS Kruse, 2001, 215 [224 f.]), insbes. den kleinen Betrieben (G. KIRCHHOF, FR 2015, 773 [778]). Wie hoch die Belastung nur durch § 42d ist, lässt sich nicht sagen. Die reinen Überwälzungskosten betragen nach einer neueren Untersuchung etwa 18 % aller Kosten der Lohn- und Gehaltsabrechnung in einem Betrieb (vgl. DRÜEN, FR 2004, 1134 [1137 ff.]).

IV. Geltungsbereich des § 42d

1. Sachlicher Geltungsbereich

10

Lohnsteuer als Haftungsgegenstand: Die Haftung nach § 42d bezieht sich nur auf diejenige ESt, die gem. § 38 Abs. 1 in Form der LSt einzubehalten und

abzuführen ist. Nicht betroffen ist dagegen Arbeitslohn von dritter Seite, soweit keine Pflicht zum LStAbzug besteht (s. aber Anm. 41), oder Arbeitslohn, für den LSt in pauschalierter Form erhoben wird. Die Haftung betrifft daher nicht LSt, die auf Arbeitslohn von einem ausländ. ArbG entfällt, es sei denn, dass der ArbG ein ausländ. Verleiher iSd. § 38 Abs. 1 Nr. 2 ist oder dass im Fall der Entsendung eines ArbN über die Grenze ein inländ. Unternehmen – unabhängig davon, ob es den Arbeitslohn in eigenem Namen oder auf eigene Rechnung auszahlt oder nicht – den Arbeitslohn wirtschaftlich trägt (wirtschaftlicher ArbG iSd. § 38 Abs. 1 Satz 2, inländ. ArbG aufgrund Fiktion, dazu BMF v. 27.1.2004 – IV C 5 - S 2000 - 2/04, BStBl. I 2004, 173, unter III.1).

Andere Haftungsgegenstände: Die Haftung des ArbG für KiLSt, Zulagen (zB ArbN-Sparzulage, Bergmannsprämie) ergibt sich erst durch Verweisungen auf § 42d in anderen Regelungen.

11 2. Persönlicher Geltungsbereich

Haftungsschuldner sind gem. Abs. 1 inländ. ArbG iSv. § 38 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 sowie ausländ. Verleiher von Arbeitskräften iSv. § 38 Abs. 1 Nr. 2. Nach Abs. 9 haften außerdem Dritte, die anstelle des ArbG gem. § 38 Abs. 3a den LStAbzug vornehmen. Arbeitgeber iSv. § 38 Abs. 1 Satz 1 ist regelmäßig derjenige, der mit dem ArbN einen Arbeits- bzw. Dienstvertrag geschlossen hat und dem er die Arbeitsleistung schuldet (zB BFH v. 24.3.1999 – I R 64/98, BStBl. II 2000, 41; FG München v. 22.4.2016 – 8 K 3290/14, juris, rkr.). Eine Ausnahme bildet der sog. wirtschaftliche ArbG des § 38 Abs. 1 Satz 2, der kraft Fiktion dem inländ. ArbG iSd. § 38 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 gleichgestellt wird, s. Anm. 10).

Andere Personen als die oben genannten haften nicht nach § 42d für LSt, möglicherweise aber aufgrund einer anderen Haftungsvorschrift (zB gem. §§ 69, 75 AO, vgl. FG Thüringen v. 28.9.2016 – 3 K 1046/13, EFG 2017, 797, rkr. sowie gem. § 25 HGB, vgl. BFH v. 6.10.1977 – V R 50/74, BStBl. II 1978, 241); Haftung nach § 71 AO als Beteiligten an einer Steuerhinterziehung (FG Berlin-Brandenb. v. 20.1.2011 – 9 K 9217/08, EFG 2011, 1682, rkr.; FG München v. 22.6.2012 – 8 V 1021/12, juris, 96470, rkr.).

Der Geschäftsführer einer GmbH haftet nur für die Steuerschulden der GmbH (§§ 33 Abs. 1, 69 Abs. 1 AO); die Haftung gem. § 42d betrifft allein die GmbH, da die Gesellschaft ArbG ist (vgl. BFH v. 22.1.1985 – VII R 112/81, BStBl. II 1985, 562; FG Köln v. 2.4.1984 – V 194/78 H, EFG 1984, 633, rkr.). Diese Unterscheidung ist vor allem bei der Ermessensausübung im Rahmen des § 191 AO zu beachten; § 42d Abs. 3 ist auf §§ 33, 69 AO nicht anzuwenden (FG Köln v. 2.4.1984 – V 194/78 H, EFG 1984, 633, rkr.).

Zur Haftung anderer Personen s. Übersicht bei R 42d.1 Abs. 2 LStR; MIHATSCH, FR 1978, 528. Haftung des GmbH-Geschäftsführer für LSt bei Insolvenz: BFH v. 9.12.2005 – VII B 124-125/05, BFH/NV 2006, 897; FG Köln v. 12.9.2005 – 8 K 5677/01, EFG 2006, 86 = DStRE 2006, 496 (500), rkr.; FG Düss. v. 10.1.2006 – 10 K 4216/02 H (L), EFG 2006, 618, rkr.; FG Berlin-Brandenb. v. 20.12.2011 – 9 K 9051/09, EFG 2012, 1000, rkr.; FG Köln v. 24.10.2012 – 15 K 66/12, EFG 2013, 654, rkr.; FG Rhld.-Pf. v. 10.12.2013 – 3 K 1632/12, GmbHR 2014, 442, rkr. (keine Begrenzung bei Zahlungsschwierigkeiten); HAUNHORST, DStZ 2006, 369; Begrenzung der Steuerhaftung für Vorstand: FG Hamb. v. 17.8.2005 – III 406/03, DStRE 2006, 502, rkr.; URBAN, DStR 2006, 1262, zur Beschränkung der Haftung eines Geschäftsführers drei Monate vor Insolvenz.

Arbeitnehmer nicht Adressat: Die originäre StSchuld des ArbN, die sog. Erstschild, entsteht unabhängig von der Haftungsschuld. Der ArbN kann sich auch nicht darauf berufen, das FA müsse nach pflichtgemäßem Ermessen (Abs. 3 Satz 2) vorrangig den ArbG in Anspruch nehmen (BFH v. 24.1.1975 – VI R 121/72, BStBl. II 1975, 420, zu § 38 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 EStG 1969).

3. Anwendung bei Auslandsbeziehungen

12

Ein ausländischer Arbeitgeber haftet nur als ausländ. Verleiher iSv. § 38 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 nach § 42d (BFH v. 24.3.1999 – VI R 64/98, BStBl. II 2000, 41; FG Nürnberg v. 6.6.2000 – I 280/97, EFG 2000, 939, best. BFH v. 19.2.2004 – VI R 122/00, BStBl. II 2004, 620). Dieser Tatbestand kann bei ArbN-Entsendung zwischen international verbundenen Gesellschaften erfüllt sein (BFH v. 19.2.2004 – VI R 122/00, BStBl. II 2004, 620).

Auslandsfirmen sind nach der Legaldefinition des § 38 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 inländ. ArbG, sofern sie die dort genannten Voraussetzungen erfüllen, und haften dann wie jeder andere ArbG gem. § 42d. Zu den inländ. ArbG zählen auch im Ausland ansässige ArbG mit inländ. BS (s. schon BFH v. 16.5.1975 – VI R 165/72, BStBl. II 1975, 642; BFH v. 5.10.1977 – I R 90/75, BStBl. II 1978, 205; Hess. FG v. 13.2.2008 – 8 K 2258/01, juris, rkr.; FG Sachs. v. 16.2.2005 – 6 K 532/00, juris, rkr.; FG Berlin-Brandenb. v. 23.2.2017 – 4 K 4083/15, DStRE 2018, 646, rkr.). § 38 Abs. 1 Satz 2 erweitert außerdem die Definition des inländ. ArbG auf ArbG im wirtschaftlichen Sinne (dazu BFH v. 4.9.2002 – I R 21/01, BStBl. II 2003, 306, gegen BMF v. 5.1.1994 – IV C 5 - S 1300 - 197/93, BStBl. I 1994, 11; FG Düss. v. 14.3.2001 – 17 K 2973/97 H (L), EFG 2001, 754, rkr.). Zur Bestimmung des ArbG bei DBA BFH v. 18.12.2002 – I R 96/01, BFH/NV 2003, 1152 = IStR 2003, 537; FG München v. 8.10.2001 – 7 K 854/00, EFG 2002, 147, rkr., mit Anm. DE WEERTH, IStR 2002, 30; BMF v. 5.1.1994 – IV C 5 - S 1300 - 197/93, BStBl. I 1994, 11.

Steuerfreie ausländische Einkünfte: Siehe § 50d Anm. 110 ff.

V. Verhältnis des § 42d zu anderen Vorschriften

13

Verhältnis zur Lohnsteuerpauschalierung (§§ 40–40b): Nachforderung pauschalierter LSt und Haftung für LSt schließen sich gegenseitig aus. Wegen § 40 Abs. 3 besteht keine Haftung des ArbG, wenn er ausnahmsweise aufgrund der Pauschalierung der LSt nach §§ 40–40b einziger Schuldner der LSt ist (BFH v. 15.3.1985 – VI R 30/81, BStBl. II 1985, 581; BFH v. 16.5.1986 – VI R 67/81, BFH/NV 1987, 401); s. Anm. 25.

Verhältnis zu § 48: § 48 Abs. 4 Nr. 2 begrenzt die Haftung bei ArbN-Überlastung.

Verhältnis zu anderen Haftungstatbeständen, die neben § 42d verwirklicht sein können: Soweit ein inländ. ArbG oder ein ausländ. Verleiher Haftungssubjekt ist, geht § 42d diesen Vorschriften als Spezialnorm vor. Das gilt auch zB hinsichtlich der Haftung des Steuerhinterziehers nach § 71 AO. Andere Personen können gleichzeitig neben dem ArbG nach anderen Haftungsvorschriften (etwa §§ 69, 75 AO) für LSt haften (BFH v. 12.7.1983 – VII B 19/83, BStBl. II 1983, 655; BFH v. 20.1.1998 – VII R 80/97, BFH/NV 1998, 814; BFH v. 22.11.2005 – VII R 21/05, BStBl. II 2006, 397; FG München v. 23.7.2009 – 15

K 3609/06, EFG 2009, 1949, rkr.; FG München v. 6.4.2011 – 8 K 1269/09, juris, rkr.; s. auch Anm. 79), § 34 Abs. 3 AO (FG Sachs.-Anh. v. 15.9.2008 – 1 K 698/08, EFG 2009, 302, rkr.).

Verhältnis zu § 167 AO: § 42d ist nach der Rspr. keine Spezialnorm zu § 167 AO, so dass, wenn der ArbG keine LStAnmeldung vornimmt, ein Schätzungsbescheid auf der Grundlage des § 167 AO ergehen kann (BFH v. 7.7.2004 – VI R 168/01, BFH/NV 2005, 357; NACKE, DStR 2005, 1297). Da eine Haftung nur aufgrund einer Ermessensentscheidung zulässig ist, weist ein Teil des Schrifttums darauf hin, dass der LStNachforderungsbescheid gem. § 167 Abs. 1 AO seiner Natur nach ein Haftungsbescheid gem. § 42d ist, sobald dessen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind (HEUERMANN, DStR 1998, 959). Zuzugeben ist, dass nach dem Wortlaut die Regelung des § 167 Abs. 1 AO einen LStNachforderungsbescheid in Fällen zulässt, die auch von § 42d Abs. 1 Nr. 1 erfasst werden. § 167 Abs. 1 AO ist auf die Situation zugeschnitten, dass Quellensteuer im laufenden KJ. vom Arbeitslohn erhoben wird. Nach sinngemäßer Auslegung, die sich am Zweck der Vorschriften orientiert, ist uE dann, wenn der ArbG selbst keine LStAnmeldung für den speziellen Sachverhalt mehr abgeben kann, § 42d die speziellere Norm. Dann darf das Vorgehen des FA den ArbG nicht um die Rechte bringen, die ihm das Gesetz ausdrücklich auch dann zubilligt, wenn er sich nicht zum LStAbzug verpflichtet fühlt. Sobald alternativ auch eine Inanspruchnahme des ArbN möglich wäre, müssen auch bei Erlass eines LStNachforderungsbescheids die Voraussetzungen des § 42d berücksichtigt werden (FG Köln v. 10.11.2004 – 14 K 459/02, EFG 2005, 756, aufgehoben, aber Frage ausdrücklich offen gelassen in Rev. BFH v. 30.10.2008 – VI R 10/05, BStBl. II 2009, 354; so im Erg. für KapErtrStHaftung BFH v. 13.9.2000 – I R 61/99, BStBl. II 2001, 67; NACKE, DStR 2013, 335 [341]); denn durch den Nachforderungsbescheid wird in materiell-rechtl. Hinsicht ein Haftungsanspruch geltend gemacht (BFH v. 13.12.2011 – II R 26/10, BFH/NV 2012, 537, Rz. 37). Anderenfalls könnte sogar ein Nachforderungsbescheid ergehen, wenn eine Haftung nach § 42d nach TuG ausgeschlossen wäre. Dafür gibt es keine Rechtfertigung (verfassungsrechtl. Bedenken gegen ein Wahlrecht bei DRÜEN, DB 2005, 299). Bestätigt wird diese Auffassung durch § 42d Abs. 4 Nr. 1. Hier ersetzt eine vom ArbG abgegebene LStAnmeldung den förmlichen Haftungsbescheid; dabei ist unbestritten, dass auch diese Form der Haftungsanspruchnahme alle Voraussetzungen des § 42d erfüllen muss (s. Anm. 90). Im Rahmen des § 167 AO ist im Übrigen auch § 173 Abs. 2 AO anzuwenden (RÜSKEN in KLEIN, 13. Aufl. 2016, § 167 AO Rz. 6a).

14–19 Einstweilen frei.

B. Erläuterungen zu Abs. 1: Haftung des Arbeitgebers für Lohnsteuer

Schrifttum: FICHELDMANN, Einwendungen gegen die Nachforderung von Lohnsteuer, DStR 1974, 75; LANG, Das neue Lohnsteuerrecht, StuW 1975, 113; BÄUERLEN, Die Lohnsteuerhaftung des Arbeitgebers, Diss. Gießen 1978; RÖBLER, Zur Inanspruchnahme des Arbeitgebers als Haftungsschuldner, FR 1982, 155; STOLTERFOHT, Rechtsanwendung und Rechtsetzung durch Lohnsteuerrichtlinien, DStJG 5 (1982), 271; SCHICK, Steuerschuld und Steuerhaftung im Lohnsteuerverfahren, BB 1983, 1041; OFFERHAUS, Pauschalierungs-

oder Haftungsbescheid nach einer Lohnsteuer-Außenprüfung, StbJb. 1983/84, 291; FRIEDRICH, Muß der Bürger als Steuereinheber strenger haften als der Finanzbeamte?, DB 1984, 1114; GAST-DE HAAN, Lohnsteuerschuld und Arbeitgeberhaftung, DStJG 9 (1986), 141; VON GROLL, Zur Rechtsverwirklichung im Lohnsteuerverfahren, DStJG 9 (1986), 431; HAHN, Für eine sachgemäße Begrenzung der Haftung des Arbeitgebers für einzubehaltende Lohnsteuer – Anmerkungen zum Urteil des BFH vom 7.12.1984 – IV R 164/79, Inst. FuSt., Brief Nr. 257, Bonn 1986; STOLTERFOHT, Einwirkungen des Lohnsteuerrechts auf das Arbeitsverhältnis, DStJG 9 (1986), 175; BUCIEK, Der Lohnsteuer-Haftungsbescheid als „Sammelhaftungsbescheid“, BB 1987, 800; HAHN, Verfassungsrechtliche Aspekte der Haftung des Arbeitgebers für einzubehaltende Lohnsteuer, NJW 1988, 20; VON BORNHaupt, Haftungsausschluss des Arbeitgebers für nicht einbehaltene Lohnsteuer bei schuldlosem und entschuldbarem Handeln?, StVj. 1993, 322; HEUERMANN, Der Lohnsteueranspruch gegenüber dem Arbeitgeber, DB 1994, 2411; MÖSBAUER, Die Haftung des Arbeitgebers für die Lohnsteuer, BB 1995, 2194; MÖSBAUER, Möglichkeiten des Haftungsausschlusses bei der Lohnsteuerhaftung des Arbeitgebers, FR 1995, 173; THOMAS, Die Ermittlung der Haftungsschuld bei unterbliebenem Lohnsteuerabzug, DStR 1995, 273; WINTER, Risiken des Arbeitgebers beim Lohnsteuerabzug, in Der Fachanwalt für Steuerrecht im Rechtswesen, FS 50 Jahre Arbeitsgemeinschaft der Fachanwälte für Steuerrecht/50 Jahre Steuerrechtliche Jahresarbeitstagung, Herne/Berlin 1999, 311; GOSCH, Geltendmachung von Abzugssteuern durch Nachforderungs- oder Haftungsbescheid, StBp. 2001, 113; PUST, Zur Haftung des Arbeitgebers wegen unterbliebenen Lohnsteuerabzugs, HFR 2001, 771; BERGKEMPER, Anmerkung zu BFH v. 9.10.2002 – VI R 112/99, FR 2003, 95; EISGRUBER, Lohnsteuerhaftung des Arbeitgebers auf Grund einer unterlassenen Anzeige nach § 38 Abs. 4 Satz 2 EStG?, DStR 2003, 141; DRÜEN, Grenzen der Steuerentrichtungspflichten, FR 2004, 1134; GERSCH, Haftungsbescheid und Nachforderungsbescheid, AO-StB 2004, 176; DRÜEN, Zum Wahlrecht der Finanzbehörde zwischen Steuerschätzung und Haftungsbescheid bei unterbliebener Steueranmeldung, DB 2005, 299; NACKE, Zweifelsfragen und Prüfungsschwerpunkte bei der Lohnsteuerhaftung, DStR 2005, 1297; MÜLLER, Die Akzesessorietät der Haftung, AO-StB 2006, 153; URBAN, Befreit die insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit den GmbH-Geschäftsführer von seiner (lohn-)steuerlichen Haftung?, DStR 2006, 1262; TRÜG, Die Schwarzlohnabrede – Faktizität und Geltung, DStR 2011, 727; NACKE, Ungeklärte Fragen des steuerlichen Haftungsrechts, DStR 2013, 335; NACKE, Die Haftung für Steuerschulden, Köln, 4. Aufl. 2017; HARTZ/MEEBEN/WOLF, ABC-Führer Lohnsteuer, Loseblatt, Stuttgart; HEUERMANN/WAGNER, Lohnsteuer, Loseblatt, München; HOROWSKI/ALTEHOEFER, Kommentar zum Lohnsteuer-Recht, Loseblatt, Heidelberg.

Verwaltungsanweisungen: R 42d LStR.

I. Grundzüge der Haftung des Arbeitgebers für Lohnsteuer

1. Begriff und Wesen der Haftung für Lohnsteuer

a) Begriff der Haftung

Der ArbG kann als Haftender für die LSt des ArbN in Anspruch genommen werden, sofern einer der in § 42d Abs. 1 genannten Tatbestände (Anm. 40 ff.) erfüllt ist. Spezialfälle der Haftung werden in § 42d Abs. 6 ff. behandelt. Haftung für LSt bedeutet für den ArbG, dass er für eine fremde Schuld, die persönliche StSchuld des ArbN, einzustehen hat (BFH v. 15.4.1987 – VII R 160/83, BStBl. II 1987, 167; BFH v. 12.10.1999 – VII R 98/98, BStBl. II 2000, 486; BFH v. 11.7.2001 – VII R 29/99, BFH/NV 2002, 305; BFH v. 7.3.2006 – X R 8/05, BStBl. II 2007, 594). Als Haftender hat der ArbG eine eigene StSchuld zu erfüllen (§§ 33 Abs. 1, 37 Abs. 1 AO); sie besteht neben der originären StSchuld des ArbN (sog. Erstschuld). Die Haftung führt zu einem Gesamtschuldverhältnis zwischen ArbG und ArbN (Abs. 3). Der ArbG ist Entrichtungsschuldner und Haftungsschuldner im Verhältnis zum FA, dem Gläubiger der LSt; ein Steu-

20

erschuldverhältnis besteht nur zwischen ArbN und FA (BFH v. 17.10.2013 – VI R 44/12, BStBl. II 2014, 892, Rz. 11, 12; Nds. FG v. 10.3.2011 – 11 K 103/10, EFG 2011, 1587, rkr.). Die Wesensmerkmale der Haftung sind:

Akzessorietät: Da der ArbG für die Erstschuld einzustehen hat, ist eine Haftung ohne diese Schuld nicht denkbar, dh., Haftungs- und Steuerschuld sind akzessorisch (BFH v. 7.12.1984 – VI R 164/79, BStBl. II 1985, 164; BFH v. 13.12.2011 – II R 26/10, BFH/NV 2012, 537; KRÜGER in SCHMIDT, 37. Aufl. 2018, § 42d Rz. 2). Die Haftungsschuld besteht nur dann und in dem Umfang, in dem auch die Erstschuld materiell-rechtl. begründet ist und eine Pflicht zum LStAbzug bestanden hat (BFH v. 17.10.1980 – VI R 136/77, BStBl. II 1981, 138; FG Berlin-Brandenb. v. 23.2.2017 – 4 K 4083/15, DStR 2018, 646, rkr.). Dies gilt ohne Einschränkung für das Entstehen des Haftungsanspruchs (BÄUERLEN, Die Lohnsteuerhaftung des Arbeitgebers, 1978, 21). Hinsichtlich des Erlöschens des Haftungsanspruchs ist § 44 Abs. 2 AO zu beachten.

Aufgrund der Akzessorietät von Haftung und Erstschuld gehört der Umfang der Erstschuld zum objektiven Haftungstatbestand. Bekräftigt wird das von § 44 Abs. 1 AO; denn danach ist Kennzeichen einer Gesamtschuld, dass Haftung und Erstschuld auf dieselbe Leistung gerichtet sind. Das kann im Rahmen des § 42d nicht anders sein als bei anderen Haftungsschulden auch.

Keine Subsidiarität: Im Unterschied zu anderen strechtl. Haftungstatbeständen ist die Haftung des ArbG im Verhältnis zur StSchuld nicht subsidiär. Das FA entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen gem. Abs. 3, ob der ArbG in Anspruch zu nehmen ist (s. Anm. 78 ff.). Die Haftung des ArbG ist keine Ausfallhaftung, § 219 Abs. 2 AO (zur Andersartigkeit der Entleiherhaftung gem. Abs. 6 Satz 6 s. Anm. 121 ff.).

21 Einstweilen frei.

22 b) Haftung für Lohnsteuer

§ 42d Abs. 1 ordnet ausdrücklich eine Haftung „für Lohnsteuer“ an. Im laufenden Kj. ist die LSt nach den elektronisch zur Verfügung gestellten LStAbzugsmerkmalen (ELStAM) unter Beachtung des § 38a zu ermitteln. Nach Ablauf eines laufenden Kj. gibt es keine festzusetzende LSt mehr, sondern nur noch eine ESt des ArbN, die auch die Einkünfte aus § 19 umfasst (s. § 36 Abs. 1; BFH v. 20.7.2005 – VI R 165/01, BStBl. II 2005, 890). Selbst nicht veranlagte ArbN schulden nur noch ESt, denn bei ihnen gilt die auf Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit entfallende ESt durch den LStAbzug als abgegolten (§ 46 Abs. 4). Die vom zufließenden Lohn erhobene LSt ist eine Vorauszahlungsschuld auf die ESt (BFH v. 13.1.2011 – VI R 62/09, BFH/NV 2011, 751, Rz. 24; BFH v. 2.10.2017 – VI B 9/17, juris, Rz. 8) und damit eine durch die Festsetzung der jährlichen ESt auflösend bedingte StSchuld (§ 36 Abs. 1; BFH v. 20.7.2005 – VI R 165/01, BStBl. II 2005, 890; BFH v. 13.1.2011 – VI R 61/09, BStBl. II 2011, 479; DRÜEN in TIPKE/KRUSE, § 47 AO Rz. 8 [10/2013]). Der Rechtsgrund für eine LStZahlung ist nur so lange in der LStAnmeldung des ArbG zu sehen, bis ein EStBescheid erlassen worden ist (BFH v. 12.10.1995 – I R 39/95, BStBl. II 1996, 87; BFH v. 20.12.1995 – I R 72/95, BFH/NV 1996, 605; aA FG Düss. v. 21.10.2009 – 7 K 3109/07 H(L), PISStB 2010, 289, rkr.). Wenn § 42d Abs. 1 für abgelaufene Kj. nicht leer laufen soll, muss logischerweise angenommen werden, dass der ArbG, sobald der laufende LStAbzug abgeschlossen ist, für diejenige ESt haftet, die anteilig auf den von ihm bezogenen Arbeitslohn entfällt, aller-

dings begrenzt auf die Höhe des Betrags, den er zum Zeitpunkt des Lohnzuflusses als LSt hätte einbehalten müssen.

GLA zB KRÜGER in SCHMIDT, 37. Aufl. 2018, § 42d Rz. 2; FICHELTMANN, DStR 1974, 76; LANG, StuW 1975, 130; GAST-DE HAAN in DStJG 9 (1986), 141 (158); BGH v. 8.2.2011 – 1 StR 651/10, NJW 2011, 2526; aA THOMAS, DStR 1995, 273. Für die USt BFH v. 12.10.1999 – VII R 98/98, BStBl. II 2000, 486: „Da der Haftungsschuldner für fremde Schuld einzustehen hat, setzt seine Inanspruchnahme voraus, dass der Steueranspruch (Primäranspruch) bei Erlass des Haftungsbescheids materiell-rechtlich noch besteht.“ UStVorauszahlungsansprüche stehen kraft Gesetzes unter der auflösenden Bedingung, dass die UStVorauszahlungen aus den UStVoranmeldungen oder Vorauszahlungsfestsetzungen durch die Festsetzung der Jahressteuerschuld bestätigt werden.

Diese Auslegung deckt sich mit dem Zweck des § 42d Abs. 3 Satz 4, nach dem der ArbG auch dann in Anspruch genommen werden kann, wenn der ArbN zur ESt veranlagt wird. Bei einer anderen Auslegung wird der Zweck des § 42d, das StAufkommen zu sichern, übererfüllt. Diese Auslegung entspricht auch dem Grundsatz der Akzessorietät, nach dem eine Haftungsschuld nur dann besteht, wenn auch die StSchuld noch existiert (BFH v. 13.12.2011 – II R 26/10, BFH/NV 2012, 537, Rz. 38).

Bei dieser Sicht ist eindeutig, dass das BSFA in Abstimmung mit dem WohnsitzFA die Höhe der Haftungsforderung nachzuweisen hat, falls zB aufgrund der Höhe des Jahresarbeitslohns eines ArbN wahrscheinlich ist, dass er zur ESt veranlagt wird (s. auch Anm. 82).

In der Praxis wird regelmäßig nicht geprüft, ob, sofern das betreffende Kj. abgelaufen ist, der Haftungsanspruch, gemessen an der individuellen EStSchuld, in der zunächst angenommenen Höhe noch besteht. Der LStAnspruch wird wie verselbständigt angesehen. Die Rspr. hatte vor Einfügung des § 42d Abs. 3 Satz 4 eine Haftung des ArbG abgelehnt, wenn ein ArbN zur ESt veranlagt wurde. Mit Ausnahme von sog. Massenverfahren trägt die Rspr. dem Problem nun dadurch Rechnung, dass eine vorrangige Inanspruchnahme des ArbG als unbillig angesehen wird, wenn aller Wahrscheinlichkeit nach die Erstschuld nicht in Höhe der Haftungsforderung besteht (s. Anm. 74, 79). Damit wird das Problem aber unsystematisch behandelt und erst auf der Ebene von Recht und Billigkeit bei der Inanspruchnahme des ArbG gem. § 42d Abs. 3 angesiedelt. KRÜGER (in SCHMIDT, 37. Aufl. 2018, § 42d Rz. 60) schlägt vor, dass der ArbG bis zum Erlass der Einspruchsentscheidung substantiiert vortragen muss, inwieweit die originäre StSchuld nicht mehr besteht.

Die hier vertretene Auffassung mag in der Praxis „unpraktisch“ und verwaltungsaufwendig sein. Es fragt sich aber, ob rechtsstaatliche Prinzipien wirklich einem Zweckmäßigkeitdenken geopfert werden sollten. Die zurzeit gängige Verwaltungspraxis ist daher zu überdenken. Die Rspr. fordert, dass ein ArbG, der sich auf eine Veranlagung des ArbN beruft, von sich aus die erforderlichen Angaben vorlegt (FG Düss. v. 21.10.2009 – 7 K 3109/07 H(L), PIStB 2010, 289, rkr., unter Berufung auf BFH v. 29.11.1978 – I R 159/76, BStBl. II 1979, 182). Damit wird die Haftung für LSt weiter verschärft, denn es liegt auf der Hand, dass der Anteil der auf den Lohn entfallenden EStSchuld des ArbN in aller Regel niedriger als die LSt ist (vgl. Anm. 8, 23). Außerdem führt die Ausweitung des elektronischen Datenverkehrs in der FinVerw. dazu, dass ein FA leicht auf die Daten des ArbN zurückgreifen kann. Dies müsste zur Folge haben, dass die FinVerw. darlegen muss, dass die originäre StSchuld noch in Höhe des geltend gemachten Haftungsanspruchs besteht.

23 c) Bedeutung des Verschuldens

Haftung nach herrschender Meinung unabhängig vom Verschulden: Der Wortlaut des § 42d behandelt das Verschulden des ArbG bei der Erfüllung von Haftungstatbeständen nicht. Daraus leitet die hM ab, dass die Haftungsforderung dem Grunde nach entsteht, wenn der ArbG die in Abs. 1 genannten Tatbestände objektiv erfüllt.

So schon BFH v. 13.5.1954 – IV 197/53 U, BStBl. III 1954, 225; BFH v. 21.2.1986 – VI R 9/80, BStBl. II 1986, 768; BFH v. 19.5.2009 – VI B 8/08, BFH/NV 2009, 1454; VON BORNHAUPT, StVj. 1993, 322 (326 ff.); WAGNER in BLÜMICH, § 42d Rz. 58, 60 (5/2015); WAGNER in HEUERMANN/WAGNER, Lohnsteuer, Rz. J 36 (7/2015); KRÜGER in SCHMIDT, 37. Aufl. 2018, § 42d Rz. 7; MIHATSCH, FR 1978, 527; MÖSBAUER, FR 1995, 173; STOLTERFOHT in DSStJG 5 (1982), 271 (299); STOLTERFOHT in DSStJG 9 (1986), 175 (198 f.); NACKE, Haftung für Steuerschulden, 4. Aufl. 2017, Rz. 198; R 42d.1 Abs. 4 Satz 1 LStR; s. auch Anm. 8.

In diesem Punkt unterscheidet sich § 42d auffällig von anderen Haftungsnormen, zB §§ 69, 72 AO, die ausdrücklich die Haftung von einem schuldhaften Verhalten abhängig machen, aber auch von § 44 Abs. 5, der den Abzug von KapErrSt betrifft und damit eine Ähnlichkeit zum LStAbzug aufweist. Übereinstimmung besteht dagegen mit der Haftung gem. § 50a Abs. 5 Satz 5. Die hM und mit ihr der BFH berücksichtigt den Grad des Verschuldens allerdings beim Auswahlermessen nach § 42d Abs. 3 (s. Anm. 79). Haftungsausschließend wirkt nach der Rspr. auch ein entschuldbarer Rechtsirrtum, wobei allerdings mit Blick auf die Möglichkeit, eine Anrufungsauskunft einzuholen, gerade in schwierigen Rechtsfragen die Wirkung dieses Haftungsausschlussgrunds eingeschränkt wird (s. Anm. 60).

Im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, eine verschuldensunabhängige Haftung des ArbG für LSt passe nicht in das System dieser Haftung und sei verfassungswidrig. Im Wege der verfassungskonformen Auslegung hafte der ArbG gem. Abs. 1 nur bei schuldhafter Pflichtverletzung.

FRIEDRICH, DB 1984, 1114; SCHICK, BB 1983, 1041 (1045); BÄUERLEN, Die Lohnsteuerhaftung des Arbeitgebers, 1978, 83; GAST-DE HAAN in DSStJG 9 (1986), 141 (150 ff.); VON GROLL in DSStJG 9 (1986), 431 (446); RÖBLER, FR 1982, 155; TRZASKALIK in KSM, § 42d Rz. B 12 ff. (1/2002); differenzierend HUMMEL in KSM, § 42d Rz. B 11 ff. (6/2017), der auf den Wortlaut des § 42d hinweist, aber in § 42d Rz. B 16 (6/2017) die Berücksichtigung des Verschuldens des ArbG erst im Rahmen der Ermessensausübung gem. § 42d Abs. 3 als nicht überzeugend beurteilt im Verhältnis zur Prüfung des Verschuldens im Rahmen der tatbestandlichen Voraussetzungen.

Nach einer weiteren Auffassung kommt eine Haftung nach § 42d nur bei vorsätzlichem Handeln in Betracht, da der ArbG beim LStAbzug als Beliehener tätig wird und dabei vom Haftungsprivileg des § 32 AO profitiert (WINTER, FS Der Fachanwalt für Steuerrecht im Rechtswesen, 1999, 311).

Stellungnahme: Die Inanspruchnahme eines ArbG, der ohne Verschulden einen Haftungstatbestand erfüllt, ist unbillig.

Angesichts der Tatsache, dass das LStRecht ständig komplizierter wird, der ArbG wegen Verletzung der ihm unentgeltlich aufgebürdeten Hilfsdienste haftet und der ArbN der eigentliche StSchuldner ist, ist es ein Gebot der Gerechtigkeit, fehlendes oder leichtes Verschulden des ArbG im Rahmen des gesetzlich Möglichen zu seinen Gunsten zu berücksichtigen (glA LOOSE in TIPKE/KRUSE, § 191 AO Rz. 58, 60 [1/2014], der es unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit für geboten hält, den ArbG nur haften zu lassen, wenn und soweit er vorsätzlich oder grob fahrlässig einen Haftungstatbestand verwirklicht hat). Wenn schon ein Vertreter eines Stpfl. nach § 69 AO iVm. §§ 34, 35 AO nur haftet, wenn er seine

Pflichten vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt hat, sollte der ArbG, der weniger als ein Vertreter des ArbN ist, nicht ohne Verschulden haften. Im Übrigen haften Amtsträger gem. § 32 AO nur unter verschärften Bedingungen (dazu RÖBLER, FR 1982, 155; WINTER, FS Der Fachanwalt für Steuerrecht im Rechtswesen, 1999, 311). Der ArbG übernimmt aber beim LStAbzug als „verlängerter Arm“ des FA dessen Pflichten bezüglich Festsetzung und Durchsetzung des LStAnspruchs. Diese unterschiedlichen Maßstäbe sind einfach bedenklich. Eine Gefährdungshaftung ist im gesamten deutschen Recht auf wenige Ausnahmefälle beschränkt. Das Gesetz selbst führt in § 42d eine Erfolgshaftung des ArbG nicht radikal durch; denn nach Abs. 3 ist der ArbG nur nach billigem Ermessen in Anspruch zu nehmen. Es ist konsequent, daraus den Grundsatz abzuleiten, dass eine Haftung des ArbG ohne Verschulden nicht in Betracht kommt. Die Gerichte haben in ständig fortentwickelter Rspr. klargestellt, dass eine strikt zuzulasten des ArbG gehende Auslegung und Anwendung des § 42d die durch TuG gesetzten Grenzen bei Weitem sprengt (s. zB Anm. 79). Leider verschärft der Hinweis darauf, dass im Zweifelsfall eine LStAnrufungsauskunft einzuholen sei, die Haftung des ArbG wieder (BFH v. 19.5.2009 – VI B 8/08, BFH/NV 2009, 1454; s. Anm. 8, 60).

2. Entstehung und Erlöschen der Haftungsschuld

a) Entstehung der Haftungsschuld

24

Die Haftung des Arbeitgebers für Lohnsteuer setzt eine StSchuld des ArbN voraus und beginnt, sobald außerdem einer der in Abs. 1 genannten Haftungstatbestände verwirklicht ist (BFH v. 27.3.1990 – VII R 26/89, BStBl. II 1990, 939). Es bedarf dazu nicht des Erlasses eines Haftungsbescheids (Rückschluss aus Abs. 4; ebenso BFH v. 15.10.1996 – VII R 46/96, BStBl. II 1997, 171; RÜSKEN in KLEIN, 13. Aufl. 2016, § 191 AO Rz. 13). Der Haftungstatbestand des Abs. 1 muss objektiv vorliegen und ist in vollem Umfang gerichtlich nachprüfbar – anders als die Entsch. über die Inanspruchnahme des ArbG gem. Abs. 3 (BFH v. 5.3.1981 – II R 80/77, BStBl. II 1981, 471; RÖBLER, FR 1982, 155). Grundvoraussetzung einer Haftung für LSt ist, dass überhaupt stpfl. Arbeitslohn zugewendet worden ist (BFH v. 21.4.2010 – VI R 46/08, BStBl. II 2010, 848; FG Münster v. 25.3.2015 – 7 K 3010/12 L, EFG 2015, 989, rkr.). Ist der LStAbzug vorschriftsmäßig durchgeführt worden oder war seine vorschriftsgemäße Durchführung dem ArbG unmöglich, kommt es schon aus diesem Grund nicht zu einer Haftung nach § 42d (s. Anm. 40 ff.). Die Aufzählung der Haftungstatbestände in Abs. 1 ist abschließend. Zum Umfang der Haftungsschuld s. Anm. 26 ff., 74.

Die Geltendmachung des Haftungsanspruchs ist vom Entstehen der Haftungsschuld zu unterscheiden (BFH v. 2.5.1984 – VIII R 239/82, BStBl. II 1984, 695; Nds. FG v. 27.7.1982 – XI 351/81, EFG 1983, 155, rkr.). Beide Ereignisse fallen stets zeitlich auseinander, weil das FA erst nach Entstehen der Haftungsforderung sein Ermessen gem. Abs. 3 ausüben kann. Der Haftungsanspruch ist erst mit Ablauf der im Leistungsgebot gesetzten Zahlungsfrist fällig (FG Düss./Köln v. 26.1.1977 – VI 163/76 L, EFG 1977, 290, rkr.); das Leistungsgebot kann im Haftungsbescheid, aber auch getrennt ergehen. Zur formlosen Inanspruchnahme des ArbG nach Abs. 4 Satz 1 s. Anm. 90 ff.

25 b) Erlöschen der Haftungsschuld

Der Haftungsanspruch entfällt grds., wenn die StSchuld des ArbN erlischt oder wenn der Haftungsanspruch selbst erlischt, zB durch Zahlung oder Verjährung (zur Zahlung durch einen Gesamtschuldner s. BFH v. 10.6.1987 – I R 152/83, BFH/NV 1988, 5; BFH v. 4.12.2007 – VII R 37/06, BFH/NV 2008, 526). Es gelten §§ 44, 47 AO. Prüft das FA nicht, ob die StSchuld vom ArbN entrichtet wurde, obwohl nach dem Akteninhalt Veranlassung dazu besteht, so ist die Inanspruchnahme des ArbG ermessenswidrig (BFH v. 21.12.1990 – VI R 59/85, BFHE 164, 226).

Pauschalierung der Lohnsteuer schließt eine Haftung des ArbG gem. § 42d aus, sofern der ArbG seinen Antrag auf Pauschalierung wirksam gestellt hat (unverzichtbare Voraussetzung nach § 40 Abs. 1; FG Brandenb. v. 26.6.1996 – 2 K 1162/94 H (L), EFG 1997, 78, rkr.) und ihn nicht mehr widerrufen oder anfechten kann. Nur wenn der Antrag auf Pauschalierung fehlt oder unwirksam war, wenn er mit Erfolg angefochten oder wirksam widerrufen wird, ist eine Inanspruchnahme des ArbG nach § 42d noch bzw. wieder möglich; im Übrigen steht es im Ermessen des FA, ob es den Pauschalierungsbescheid aufrecht erhält (BFH v. 5.3.1993 – VI R 79/91, BStBl. II 1993, 692). Der ArbG sollte sich daher sorgfältig überlegen, ob er einen Antrag auf Pauschalierung stellen will; denn gegen einen Haftungsanspruch hat er oft bessere Einwendungsmöglichkeiten. Im Rahmen des § 40 kann er meist nur gegen den Arbeitslohncharakter der strittigen Zuwendung und gegen die Höhe der StSätze Einwendungen erheben.

Verjährungsfristen sind für Haftungs- und Steueranspruch getrennt zu berechnen (Hess. FG v. 10.11.1980 – VI 284/77, EFG 1981, 214, rkr.; vgl. auch MÄCHER, DStZ 1984, 216). Die Frist für die Festsetzung der Haftungsforderung endet nicht vor Ablauf der Festsetzungsfrist für die LSt, die sich wiederum nach § 170 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AO richtet; für den Beginn der Festsetzungsfrist ist die LStAnmeldung maßgeblich (BFH v. 6.3.2008 – VI R 5/05, BStBl. II 2008, 597). Die Festsetzungsfrist bemisst sich nach § 191 Abs. 3 AO (BFH v. 11.3.2004 – VII R 19/02, BStBl. II 2004, 967). Ist für die StSchuld Festsetzungsverjährung eingetreten, kann kein Haftungsbescheid mehr ergehen, § 191 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 AO (BFH v. 17.3.2016 – VI R 3/15, BFH/NV 2016, 994, Rz. 18, 19; FG Saarl. v. 27.5.2008 – 2 K 2115/04, EFG 2008, 1763, rkr.). Seit Inkrafttreten des § 171 Abs. 15 AO besteht allerdings ein Gleichlauf der Fristen für die Festsetzungsverjährung, die Festsetzungsfrist für die StSchuld tritt nicht mehr ein, bevor die Festsetzungsfrist für die Haftungsschuld abläuft. Es ist möglich, dass Festsetzungsverjährung des Haftungsanspruchs vor der Festsetzungsverjährung des StAnspruchs eintritt (BFH v. 8.12.1981 – VII R 105/78, BStBl. II 1982, 226). In der Regel verhindert aber § 191 Abs. 3 AO, dass die Haftungsschuld vor der StSchuld verjährt (zur Berechnung der Verjährungsfristen BFH v. 7.2.2008 – VI R 83/04, BStBl. II 2009, 703). Im Übrigen ist § 191 Abs. 5 AO zu beachten (vgl. BFH v. 22.10.1986 – I R 107/82, BStBl. II 1987, 293, zu § 44 Abs. 5 EStG; BUCIEK, BB 1987, 800 [801]).

3. Höhe der Haftungsschuld

Schrifttum: VON BORNHAUPT, Zur Haftung des Arbeitgebers im Lohnsteuerverfahren, BB 1982, 1539; SÖFFING, Anmerkung zu BFH VI R 47/80 v. 2.12.83, FR 1984, 293; ALTHEOEFER, Zur Ermittlung eines durchschnittlichen Steuersatzes bei Nacherhebung von Lohnsteuer, FR 1985, 497; VON BORNHAUPT, Anmerkung zu den BFH-Urteilen VI R 164/79

und VI R 72/82 v. 7.12.1984, BB 1985, 572; OFFERHAUS, Anmerkung zu BFH v. 7.12.1984 – VI R 164/79 und VI R 72/82, DB 1985, 631; OFFERHAUS, Anmerkung zu BFH v. 7.12.1984 – VI R 164/79 und VI R 72/82, StBp. 1985, 92; GLOY, Verzicht des Arbeitgebers auf Forderungen gegen den Arbeitnehmer, DStZ 1986, 222; OFFERHAUS, Anmerkung zu BFH v. 12.6.1986 – VI R 167/83, StBp. 1986, 264; VON BORNHAUPT, Auch bei Verzicht auf Regreß beim Arbeitnehmer haftet der Arbeitgeber für Lohnsteuer mit niedrigerem Bruttosteuersatz, BB 1994, 345; MIT, Trotz der Unmöglichkeit des Rückgriffs aus tatsächlichen Gründen kein Nettosteuersatz im Haftungsbescheid, DStR 1994, 172; THOMAS, Verpflegungsaufwendungen im Lohnsteuerrecht, StbJb. 1995/96, 331.

a) Individuelle Berechnung der Haftungsforderung

aa) Normalfall

26

Haftungs- und StSchuld haben grds. dieselbe Höhe, da sie akzessorisch sind (s. Anm. 22). Im laufenden Kj. ist der Betrag nach § 38a zu berechnen. Für abgelaufene Kj. kann der ArbG geltend machen, die Steuer und damit auch die Haftungsschuld habe im Einzelfall eine geringere Höhe (str., s. Anm. 22, 74; wie hier BGH v. 8.2.2011 – 1 StR 651/10, NJW 2011, 2526). Die FÄ berechnen regelmäßig auch für abgelaufene Kj. die StSchuld, die der Haftungsschuld zugrunde liegt, nach § 38a. Die LSt kann nach der Rspr. nach StKlasse VI berechnet werden, wenn weder eine LStKarte vorgelegt (jetzt: keine Information des ArbN zur Abrufung der ELStAM vorliegt) noch überhaupt eine Lohnversteuerung vorgenommen wurde (BFH v. 29.7.2009 – VI B 99/08, BFH/NV 2009, 1809; BFH v. 18.9.2012 – VI B 9/12, BFH/NV 2012, 1961, mwN; FG München v. 7.6.2013 – 8 K 2826/10, juris, rkr.).

Haftungsbetrag bei mehreren Arbeitnehmern: Haftet der ArbG für die LSt mehrerer ArbN, so setzt sich der gesamte Haftungsbetrag aus entsprechenden Einzelbeträgen zusammen, die dem jeweils betroffenen ArbN individuell zuzuordnen sind (Sammelbescheid, s. auch Anm. 100). Nur so bleiben dem ArbG Einwendungen aus dem StSchuldverhältnis sowie der Rückgriff beim jeweiligen ArbN erhalten. Desgleichen wird das Anfechtungsrecht des betroffenen ArbN nur auf diese Weise gesichert.

Entrichtung des Haftungsbetrags nicht notwendig Arbeitslohn: Entrichtet der ArbG als Gesamtschuldner den Haftungsbetrag, so liegt darin nicht ohne Weiteres die – eventuell gleichzeitige – Gewährung von Arbeitslohn. Der ArbG erfüllt in erster Linie eine eigene StPflicht (dazu BFH v. 5.11.1982 – VI R 219/80, BStBl. II 1983, 91; Nds. FG v. 1.9.1980 – XI (VI, IX) L 67/77, EFG 1981, 45, rkr., im Erg. vom BFH bestätigt). Dies gilt nach allgemeiner Auffassung uneingeschränkt, sofern der ArbG wegen der Haftung beim ArbN Rückgriff nimmt (vgl. OFFERHAUS, DB 1985, 631 [632]; OFFERHAUS, StbJb. 1983/84, 291 [306]). Der Rückgriffsanspruch des ArbG ist privatrechtl. Natur. Anspruchsgrundlage ist § 670 BGB (Aufwendungsersatz; BFH v. 18.5.1972 – IV R 168/68, BStBl. II 1972, 816; BAG v. 9.12.1976 – 3 AZR 371/75, AP § 670 BGB Nr. 20 = BStBl. II 1977, 581; KRÜGER in SCHMIDT, 37. Aufl. 2018, § 42d Rz. 64). Zusätzlicher Arbeitslohn kann nur vorliegen, wenn der ArbG einen tatsächlich durchsetzbaren Rückgriffsanspruch hat und auf diesen Anspruch wirksam verzichtet.

bb) Höhe der Haftungsschuld bei Verzicht auf Rückgriff beim Arbeitnehmer

27

Der Verzicht auf einen Rückgriff beim ArbN ist nur beachtlich, wenn darin nach allgemeinen Kriterien (§ 19, § 2 LStDV) ein Zufluss von Arbeitslohn in

Form eines geldwerten Vorteils liegt. Die Darlegungs- und Beweislast dafür trifft das FA. Zum Anspruch des ArbG auf Erstattung von LSt, die der ArbG nachträglich abgeführt hat, s. LAG Rhld.-Pf. v. 12.12.2013 – 2 Sa 403/13, juris, rkr. Ein Verzicht vor Entrichtung der Haftungsforderung ist nicht möglich, da der ArbN vor der Zahlung noch selbst in Anspruch genommen werden kann (BFH v. 29.10.1993 – VI R 26/92, BStBl. II 1994, 197). Das Verhalten des ArbG muss von dem Bewusstsein getragen sein, auf einen konkreten Ausgleichs- oder Rückgriffsanspruch zu verzichten; ohne dieses Bewusstsein liegt kein lsl. relevanter Verzicht des ArbG vor (BFH v. 29.10.1993 – VI R 26/92, BStBl. II 1994, 197; zum Rechtscharakter des Verzichts s. § 19 Anm. 241; GILOY, DStZ 1986, 222 [223]). Nach Auffassung des BFH muss zwischen ArbG und ArbN kein Verzicht erklärt oder ein Erlassvertrag geschlossen werden; davon abgesehen führt auch nach Auffassung des BFH nicht jede Nichtgeltendmachung des Rückgriffsanspruchs automatisch zu Arbeitslohn, sondern nur dann, wenn ein durchsetzbarer Rückgriffsanspruch vorliegt (BFH v. 5.3.2007 – VI B 41/06, BFH/NV 2007, 1122; FG Köln v. 21.2.2006 – 9 K 1197/03, juris, rkr., Verzicht durch schlüssiges Verhalten). Es besteht keine Vermutung dafür, dass ein auf Verzicht oder Erlass gerichteter Wille des ArbG besteht, selbst wenn der ArbG die Forderung nicht eintreibt oder mit Gegenforderungen nicht aufrechnet (BFH v. 25.1.1985 – VI R 173/80, BStBl. II 1985, 437). Liegen alle Voraussetzungen vor, ist auch in diesem Fall nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, ob ein weiterer Haftungsbescheid ergehen soll (BFH v. 29.10.1993 – VI R 26/92, BStBl. II 1994, 197).

In der Erklärung des ArbG gegenüber dem FA/LStAußenprüfer, er wolle nicht Rückgriff nehmen, liegt kein Verzicht, der schon im Zeitpunkt der Erklärung zu einem lstopf. Vorteil führt, denn die StSchuld des ArbN ist zu diesem Zeitpunkt noch nicht getilgt und der ArbN kann noch selbst in Anspruch genommen werden (Ausnahme: Nettolohnvereinbarung, s. BFH v. 29.10.1993 – VI R 26/92, BStBl. II 1994, 197; s. auch Anm. 41).

Keine Zuwendung von Arbeitslohn durch Forderungsverzicht:

► *Rückgriff unmöglich/unfreiwilliger Verzicht auf Rückgriff:* Ist der Rückgriff dem ArbG aus rechtl. oder tatsächlichen Gründen nicht möglich, so verzichtet der ArbG nicht freiwillig darauf (glA eingeschränkt WAGNER in BLÜMICH, § 42d Rz. 130 [5/2015]; glA GILOY, DStZ 1986, 222 [223]; KRÜGER in SCHMIDT, 37. Aufl. 2018, § 42d Rz. 64 mwN). In diesem Fall tritt allenfalls eine tatsächliche Bereicherung des ArbN ein, es liegt keine Zuwendung von Arbeitslohn vor, denn der Vorteil wird nicht für die Zurverfügungstellung von Diensten gewährt, sondern entsteht durch andere rechtl. oder tatsächliche Umstände. Unmöglichkeit liegt vor, wenn die Haftungsforderung nicht für die betroffenen ArbN individuell, sondern mit einem Durchschnittsbruttosteuersatz berechnet worden ist, gleich aus welchem Grund (so auch FG Ba.-Württ. v. 11.4.1983 – VII 411/81, EFG 1984, 86, rkr.). Unmöglichkeit liegt ferner vor, wenn keine Aufzeichnungen gem. § 41 über die Zuwendungen vorliegen, für die LSt nachgefordert wird (kein konkludenter Regressverzicht im Unterlassen), falls der Aufenthalt eines ausgeschiedenen ArbN nicht zu ermitteln oder die Forderung sonst nicht durchsetzbar ist (glA OFFERHAUS, StJb. 1983/84, 291 [307], mwN). Ebenso: Rückgriff ist wegen tarifvertraglicher Ausschlussfristen (regelmäßig drei Monate) oder gewerkschaftlichen Drucks ausgeschlossen (zweifelnd WAGNER in BLÜMICH, § 42d Rz. 130 [5/2015]).

► *Rückgriff unterbleibt im ganz überwiegend eigenbetrieblichen Interesse:* Ob kein Arbeitslohn zufließt, weil ein Verzicht im ganz überwiegend eigenbetrieblichen Interes-

se liegt, hängt von dem damit vom ArbG verfolgten Zweck ab (BFH v. 21.2.1986 – VI R 21/84, BStBl. II 1986, 406).

Beispiel: Die Ermittlung der einzelnen Regressforderungen und/oder deren Durchsetzung steht in keinem angemessenen wirtschaftlichen Verhältnis zur Realisierung der Rückgriffsansprüche (so auch KRÜGER in SCHMIDT, 37. Aufl. 2018, § 42d Rz. 64). Das wirtschaftliche Missverhältnis kann sich dabei sowohl aus einem Zahlenverhältnis (allgemeiner Verwaltungsaufwand im Verhältnis zum Nutzen, zB sehr geringer LStBetrag pro Kopf; ArbN ausgeschieden oder überschuldet) als auch aus den zu erwartenden ungünstigen Auswirkungen auf das Betriebsklima ergeben (Unverständnis bei den ArbN, für Klein- und Kleinstbeträge in Anspruch genommen zu werden; Folge: Unzufriedenheit am Arbeitsplatz, innere Kündigung, schlechtere Arbeitsleistung, Auseinandersetzungen mit dem Betriebsrat); glA unter Hinweis auf hohe Anforderungen beim Nachweis WAGNER in BLÜMICH, § 42d Rz. 130 (5/2015).

Berechnung der Lohnsteuernachforderung bei Verzicht auf Rückgriff: Die Haftungsforderung ist auch dann mit einem Bruttosteuersatz zu berechnen, wenn von vornherein feststeht, dass der ArbG keinen Rückgriff nehmen will, denn Arbeitslohn fließt dem ArbN aufgrund des Regressverzichts nicht zu, bevor nicht die Haftungsforderung entrichtet ist (BFH v. 29.10.1993 – VI R 26/92, BStBl. II 1994, 197; FG Thür. v. 20.9.1995 – I K 134/93, EFG 1996, 278, rkr.). Etwas anderes kann nur bei Nettolohnvereinbarungen vorkommen; weil der ArbG dabei die gesamte LSt schon bei der Gewährung des Vorteils hätte übernehmen müssen (s. Anm. 41). Es handelt sich also nicht um eine echte Ausnahme von dem dargestellten Grundsatz.

b) Durchschnittssteuersätze im Haftungsverfahren

aa) Durchschnittssteuersätze als Anwendungsfälle von Schätzungen

28

Der Grundsatz, dass die Haftungsschuld individuell zu ermitteln ist, ist streng auszulegen. Durchschnittssteuersätze dürfen nur aufgrund eines Gesetzes festgesetzt werden. Es gibt aber Fälle, in denen eine LStHaftung dem Grunde nach besteht, die Höhe des Haftungsbetrags jedoch nicht oder nur unter sehr erschwerten Umständen ermittelt werden kann. Liegen die Voraussetzungen des § 162 AO für eine Schätzung vor, so kann von der individuellen Berechnung der Haftungsforderung abgewichen werden. Bemessungsgrundlage und Höhe der LSt dürfen geschätzt werden, nicht aber „die Steuer“.

BFH v. 29.10.1993 – VI R 26/92, BStBl. II 1994, 197; BFH v. 17.3.1994 – VI R 120/82, BStBl. II 1994, 536; BFH v. 1.7.1994 – VI R 101/93, BFH/NV 1995, 297; BFH v. 19.7.1995 – VI B 28/95, BFH/NV 1996, 32; FG Ba.-Württ. v. 22.4.1982 – IV 71/82, EFG 1982, 587, rkr.; FG Ba.-Württ. v. 11.4.1983 – VII 411/81, EFG 1984, 86, rkr.; FG Brandenb. v. 26.6.1996 – 2 K 1162/94 H (L), EFG 1997, 78, rkr.; VON BORNAUPT, BB 1982, 1539 (1542); OFFERHAUS, DB 1985, 631; SÖFFING, FR 1983, 356.

Dieses Erg. wird durch einen Rückschluss aus Abs. 6 Satz 7 bestätigt. Bei der Haftung für LSt wegen ArbN-Überlassung sieht das Gesetz ausdrücklich eine pauschale Festsetzung der Haftungsschuld vor. Einer solchen Regelung hätte es nicht bedurft, wenn Durchschnittssätze allgemein bei der Ermittlung der Haftungsschuld des ArbG angewandt werden dürften.

Rechtsgrundlage für die Schätzung der Haftungsschuld ist § 162 Abs. 1 Satz 1 AO in analoger Anwendung; die analoge Anwendung betrifft die Ungewissheit, in welcher Höhe eine Erstschuld vorliegt (glA HAHN, Inst. FuSt., Brief Nr. 257, 1986, 43 [47]). Die Schätzung kann zum einen die Bemessungsgrundlage der Haftungsforderung in dem Sinne betreffen, dass nicht feststeht, welchen Wert und Umfang eine Zuwendung hatte. Es muss aber feststehen, dass überhaupt LStPflicht besteht. Zum anderen kann unsicher sein, welchen ArbN eine

Zuwendung im Einzelnen zugeflossen ist; nur in diesem Bereich sind Durchschnittssteuersätze denkbar.

Eine Schätzung von Besteuerungsgrundlagen kommt nach § 162 Abs. 2 Satz 2 AO insbes. dann in Betracht, wenn Aufzeichnungen über den gezahlten Arbeitslohn fehlen oder nicht ordnungsgemäß vorgenommen wurden, so dass sie keine Beweiskraft haben (BFH v. 26.6.1987 – VI B 33/87, BFH/NV 1988, 156; BFH v. 29.10.1993 – VI R 26/92, BStBl. II 1994, 197; FG Ba.-Württ. v. 11.4.1983 – VII 411/81, EFG 1984, 86, rkr.; FG Brandenb. v. 26.6.1997 – 2 K 1162/94 H (L), EFG 1997, 78, rkr.; FG München v. 22.6.2012 – 8 V 1021/12, juris, rkr.), oder wenn der ArbG seine Mitwirkungspflicht gem. § 90 Abs. 2 AO verletzt (BFH v. 17.3.1994 – VI R 120/92, BStBl. II 1994, 536). Bei der Schätzung sind alle Umstände zu berücksichtigen, die für die individuelle Berechnung der LSt von Bedeutung wären (zB unterschiedliche StKlassen bei Gruppen von ArbN), so dass die Schätzung wirklickeitsnah ausfällt (BFH v. 29.5.2008 – VI R 11/07, BStBl. II 2008, 933; FG München v. 1.4.2010 – 8 V 3819/09, juris, rkr.; FG Köln v. 14.3.2012 – 2 K 476/06, EFG 2012, 1650, rkr.). Auch die Möglichkeit, dass bei nur gering Beschäftigten eine Pauschalierung der LSt möglich gewesen wäre, ist dabei in Betracht zu ziehen (BFH v. 29.5.2008 – VI R 11/07, BStBl. II 2008, 933; FG Sachs. v. 24.2.2010 – 8 K 203/09, juris, rkr.; FG Köln v. 14.3.2012 – 2 K 476/06, EFG 2012, 1650, rkr.). Pauschale Abschläge ersetzen eine korrekte Schätzung nicht. Eine Schätzung ist möglich, wenn ELStAM von vornherein nicht berücksichtigt und LStKonten für einzelne ArbN nicht geführt worden sind; ob in diesem Fall nach Ablauf des KJ. nach StKlasse VI geschätzt werden darf (so FG München v. 1.4.2010 – 8 V 3819/09, juris, rkr.), ist nach den Umständen des Einzelfalls zu entscheiden (vgl. BFH v. 29.5.2008 – VI R 11/07, BStBl. II 2008, 933; FG Sachs. v. 24.2.2010 – 8 K 203/09, juris, rkr.). Legt der ArbG dem FA nachträglich geeignete Unterlagen vor, aus denen sich die Bemessungsgrundlage der LSt ableiten lässt, entfallen die Voraussetzungen für eine Schätzung.

Wenn geschätzt wird, sind diese Schätzungen individuell für jeden betroffenen ArbN durchzuführen. Die Summe der so ermittelten LStNachforderungen ergibt die (Sammel-)Haftungsforderung. Auf diese Weise bleiben dem ArbG die Einwendungen aus dem persönlichen StSchuldverhältnis und der Regress erhalten, weil die geschätzten Beträge zuordenbar sind. Findet keine individuelle Zurechnung statt, ist auch der Regress des ArbG einschließlich des Verzichts darauf ausgeschlossen.

Anwendungsfall Verwaltungsökonomie: Nach der Rspr. darf ein Durchschnittssteuersatz im Haftungsverfahren jedenfalls auch dann angewendet werden, „wenn die individuelle Ermittlung der Lohnsteuer schwierig ist, der Arbeitgeber gegen die Höhe des durchschnittlichen Steuersatzes keine Einwendungen erhoben hat und von vornherein nicht beabsichtigt, bei den Arbeitnehmern in Höhe seiner Inanspruchnahme Regress zu nehmen“ (BFH v. 7.12.1984 – VI R 72/82, BStBl. II 1985, 170; glA ALTEHOEFER, FR 1985, 497; VON BORNHAUPT, BB 1982, 1539 [1542]; OFFERHAUS, StBp. 1985, 92 [93]). Als „schwierig“ wertet der BFH die Ermittlung des individuellen StSatzes, falls das FA von sich aus Nachforschungen über die Besteuerungsmerkmale der einzelnen ArbN anstellen müsste (BFH v. 12.6.1986 – VI R 167/83, BStBl. II 1986, 681; glA OFFERHAUS, StBp. 1986, 264).

Sind Lohnkonten ordnungsgemäß geführt, so kommt eine Schätzung idR nicht in Betracht (BFH v. 17.3.1994 – VI R 120/82, BStBl. II 1995, 536; BFH v. 1.7.1994 – VI R 101/93, BFH/NV 1995, 297). Das FA nimmt dann nur die auch

dem ArbG beim LStAbzug zugemutete Tätigkeit vor (FG Rhld.-Pf. v. 21.10.1982 – 3 K 416/81, EFG 1983, 373, rkr.).

bb) Durchschnittssteuersätze aufgrund Einverständnisses des Arbeitgebers

29

Die LSt darf im Haftungsbescheid mit Durchschnittssteuersätzen berechnet werden, wenn der ArbG damit einverstanden ist.

BFH v. 17.3.1994 – VI R 120/82, BStBl. II 1994, 536; BFH v. 1.7.1994 – VI R 101/93, BFH/NV 1995, 297; BFH v. 19.7.1995 – VI B 28/95, BFH/NV 1996, 32; FG Köln v. 25.10.2000 – 6 K 4859/94, DStRE 2003, 141, rkr.; glA THOMAS, StbJb. 1995/96, 331 (360).

Die Rechtsgrundlage dafür soll nach der Rspr. in einer auch stillschweigend möglichen, § 40 nachempfundenen Verständigung zwischen ArbG und FA liegen (BFH v. 17.3.1994 – VI R 120/92, BStBl. II 1995, 536). Das Schrifttum stimmt dem für die Fälle zu, in denen die LSt für eine Vielzahl von ArbN nachgefordert wird (VON BORNHAUPT, BB 1982, 1539 [1542]; THOMAS, StbJb. 1995/96, 331). Es ist uE nicht zulässig, sich in Anlehnung an § 40 formlos nur zur Vereinfachung oder um bestimmte StSätze anwenden zu können, auf bestimmte StSätze zu einigen, denn eine tatsächliche Verständigung ist sonst nur zulässig, wenn tatsächliche Unsicherheiten nur mit unverhältnismäßigem Verwaltungsaufwand beseitigt werden können (BFH v. 31.7.1996 – XI R 78/95, BStBl. II 1996, 625; OFD München v. 2.6.1998, FR 1998, 710).

cc) Durchschnittssteuersatz

30

Höhe des Steuersatzes: Die Durchschnittssteuersätze sind idR nur Bruttosteuersätze, keine Nettosteuersätze (BFH v. 29.10.1993 – VI R 26/92, BStBl. II 1994, 197; BFH v. 17.3.1994 – VI R 120/92, BStBl. II 1994, 536; BFH v. 31.3.1995 – VI R 84/94, BFH/NV 1995, 783; FG Köln v. 25.10.2000 – 6 K 4859/94, DStRE 2003, 141, rkr., nicht behandelt in Revisionsentscheidung BFH v. 26.7.2006 – VI R 49/02, BStBl. II 2006, 917; FG Ba.-Württ. v. 11.4.1983 – VII 411/81, EFG 1984, 86, rkr.; zur weiteren Begr. s. Anm. 28). Soweit jedoch die LSt individuell berechnet werden kann, weil zB nur ein Teil der Besteuerungsgrundlage geschätzt werden musste, die Empfänger jedoch feststehen, geht die individuelle Berechnung der StSätze dem Ansatz von Durchschnittssteuersätzen vor.

Folge einer unzulässigen Berechnung der Haftungsforderung mit Durchschnittssteuersätzen: Der Haftungsbescheid ist rechtswidrig, aber nicht unwirksam, wenn die konkreten Sachverhalte, die zu Lohnzuflüssen geführt haben, und deren Zeitraum genannt sind (BFH v. 1.7.1994 – VI R 101/93, BFH/NV 1995, 297). Der Bescheid muss gem. § 130 Abs. 1 AO teilweise zurückgenommen werden, im Übrigen wird die LSt neu berechnet. Der Haftungsbescheid wird vom Gericht nicht in vollem Umfang aufgehoben, weil nur die Höhe des festgesetzten Geldbetrags zu beanstanden ist, § 100 Abs. 2 Satz 1 FGO (BFH v. 17.3.1994 – VI R 120/82, BStBl. II 1994, 536).

c) Haftungsbeschränkung bei Zahlungsunfähigkeit

31

Auszahlung von Nettolöhnen im Fall teilweiser Zahlungsunfähigkeit: Kann der ArbG nur noch Nettolöhne auszahlen und kürzt er diese nicht um die gesetzlichen Abzüge, so kommt eine Haftungsbeschränkung auf die LStBeträge in Betracht, die der ArbG hätte einbehalten müssen, wenn er den ausgezahlten Betrag um die gesetzlichen Abzüge ordnungsgemäß gekürzt hätte (BFH v. 26.7.

1988 – VII R 83/87, BStBl. II 1988, 859; BFH v. 10.1.1995 – VII B 135/94, BFH/NV 1995, 568). Siehe Anm. 26.

II. Arbeitgeber als Subjekt der Haftung

Schrifttum: GUTH, Arbeitgeber- und Arbeitnehmerstellung im lohnsteuerlichen Haftungsverfahren, FR 1978, 428; FEUERBAUM, Lohnsteuerhaftung des inländischen Arbeitgebers gegenüber der deutschen Finanzverwaltung für in ausländischen Betriebsstätten eingesetzte ausländische Arbeitnehmer?, DB 1982, 1745; FEUERBAUM, Unterliegen Ausländer in ausländischen Betriebsstätten der deutschen Lohnsteuer?, DB 1983, 1461; OFFERHAUS, Anmerkung zu BFH v. 12.6.1986 – VI R 167/83, StBp. 1986, 264; G. KIRCHHOF, Die Erfüllungspflichten des Arbeitgebers im Lohnsteuerverfahren. Freiheit von Arbeitszwang und Berufsfreiheit als Grenzen der Quellenbesteuerung, der Indienstnahme, der Privatisierung, Berlin 2005; HILBERT/NOWOTNICK, Der inländische Arbeitgeber in Fällen der Arbeitnehmerentsendung, DStR 2013, 2433.

32 1. Arbeitgeber als Haftungsschuldner

Nach § 42d Abs. 1 haften nur solche ArbG, die gem. § 38 Abs. 1 zum Einbehalten und Abführen der LSt rechtl. verpflichtet sind (BFH v. 21.2.1986 – VI R 9/80, BStBl. II 1986, 768; BFH v. 4.4.2006 – VI R 11/03, BStBl. II 2006, 668). Die Haftung des Abs. 1 beschränkt sich daher auf inländ. ArbG iSd. § 38 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und auf ausländ. Verleiher iSd. § 38 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 (BFH v. 7.8.1959 – VI 299/57 U, BStBl. III 1959, 462; BFH v. 16.5.1975 – VI R 165/72, BStBl. II 1975, 642). §§ 8 bis 13 AO gelten in diesem Bereich ergänzend. Dabei geht es nur um die Frage, ob der ArbG verpflichtet ist, den LStAbzug durchzuführen. Maßgebend sind die objektiven rechtl. und tatsächlichen Verhältnisse zu dem Zeitpunkt, zu dem der LStAbzug durchgeführt werden muss (Feststellungslast beim FA: FG Düss. v. 24.10.1973 – II 135/72 L, EFG 1974, 82; rkr.; FG Düss. v. 19.5.1980 – XX/I 639/79 L, EFG 1981, 206, rkr.). Zu Auslandsbeziehungen s. Anm. 12.

Anwendungsfälle: Eine BGB-Gesellschaft ist trotz fehlender Rechtspersönlichkeit ArbG im lstrechtl. Sinne (BFH v. 17.2.1995 – VI R 41/92, BStBl. II 1995, 390; FG Berlin-Brandenb. v. 20.1.2011 – 9 K 9217/08, EFG 2011, 1682, rkr.). Für Arbeitslohn von Dritten haftet der ArbG nur, soweit er nach § 38 Abs. 1 Satz 3 zum LStAbzug verpflichtet ist und er die konkrete Höhe des Lohns kennt (BFH v. 10.5.2006 – IX R 82/98, BStBl. II 2006, 669). Nicht Dritter, sondern „Teil“ des ArbG ist eine nichtrechtsfähige Personalvertretung (FG Nürnberg. v. 14.5.1997 – VI 186/94, EFG 1998, 204, rkr.). Bei verbundenen Unternehmen ist ArbG nur die Gesellschaft, die mit dem ArbN einen Arbeitsvertrag geschlossen hat (vgl. BFH v. 24.3.1999 – I R 64/98, BStBl. II 2000, 41; BFH v. 13.3.2003 – VII R 46/02, BStBl. II 2003, 556; BFH v. 19.2.2004 – VI R 122/00, BStBl. II 2004, 620), ebenso bei GmbH & Co. KG (FG Hamb. v. 19.11.2004 – III 352/02, EFG 2005, 1268, rkr.). Es ist möglich, dass nach vertraglicher Vereinbarung der Dienstvertrag mit der Muttergesellschaft für die Zeit der Entsendung eines ArbN ruht und in dieser Zeit die Tochtergesellschaft ArbG ist (FG Nds. v. 29.9.2005 – 11 K 396/04, juris, rkr.). Besteht ein Arbeitsvertrag aber nur mit der ausl. Muttergesellschaft, so ist die inländ. Tochtergesellschaft nicht ArbG (FG München v. 22.4.2016 – 8 K 3290/14, DStRE 2018, 468, rkr.) Ein OT, der ArbN seiner Tochtergesellschaft Zuwendungen gemacht hat, ist nicht ArbG, sondern Dritter (BFH v. 21.2.1986 – VI R 9/80, BStBl. II 1986,

III. Haftungsbegründende Tatbestände (Nr. 1 bis 4) Anm. 32–40 § 42d

768; OFFERHAUS, StBp. 1986, 166). Bei einer ArbN-Überlassung ist der Verleiher ArbG (BFH v. 5.10.1977 – I R 90/75, BStBl. II 1978, 205), sofern er die ArbN in eigenem Namen und auf eigene Rechnung entlohnt. Zur Haftung des Entleihers bei illegaler ArbN-Überlassung s. Anm. 117.

Einstweilen frei.

33

2. Mit Arbeitgeberpflichten betraute Nicht-Arbeitgeber

34

Grundsatz: Ein Dritter haftet, auch wenn er Arbeitslohn zuwendet, nicht nach § 42d, weil er nicht ArbG ist. Der Insolvenzverwalter wird, obwohl er den LStAbzug vorzunehmen hat, nicht ArbG; für die LSt haftet er ggf. gem. §§ 34, 69 AO.

Übertragung von Arbeitgeberpflichten: Die Haftung eines Dritten, der gem. § 38 Abs. 3a Arbeitslohn zahlt, ist in § 42d Abs. 9 geregelt (s. Anm. 135 ff.; BMF v. 27.1.2004 – IV C 5 - S 2000 - 2/04, BStBl. I 2004, 173, unter III.3). Hinsichtlich der Übertragung von ArbG-Pflichten auf einen Dritten durch eine zivilrechtl. Vereinbarung muss diese Regelung als abschließend angesehen werden.

Daneben kommt aber auch die Übertragung des LStAbzugs durch öffentlichrechtl. Vorschriften (BFH v. 13.12.1963 – VI 221/61 U, BStBl. III 1964, 106: Amt für Verteidigungslasten hinsichtlich der von den Stationierungstreitkräften beschäftigten deutschen ArbN) oder durch Satzung (Hess. FG v. 15.11.1979 – IX 173/77, EFG 1980, 241, rkr., evangelisches Rentamt für ArbN der Kirchengemeinde) vor. Hier hat die beauftragte Stelle die Pflichten des ArbG und haftet nach § 42d. Die Neuregelung in § 38a Abs. 3 wollte uE daran nichts ändern. § 42d Abs. 9 ist als Ausnahmevorschrift auf diese Fälle nicht anwendbar. Gleiches gilt für öffentliche Kassen, die in § 38 Abs. 3 Satz 2 angesprochen sind.

Einstweilen frei.

35–39

III. Haftungsbegründende Tatbestände (Abs. 1 Nr. 1 bis 4)

1. Haftung für die einzubehaltende und abzuführende Lohnsteuer (Abs. 1 Nr. 1)

a) Haftung für die einzubehaltende Lohnsteuer

aa) Vorschriftsmäßige Berechnung (§ 39b); Maßgeblichkeit der Lohnsteuerabzugsmerkmale 40

Der Haftungstatbestand des Abs. 1 Nr. 1 korrespondiert mit den Pflichten des ArbG aus §§ 38 Abs. 3, 41a. Einbehaltung ist die Kürzung der Lohnzahlung um die vorschriftsmäßig berechnete LSt. Reicht der Barlohn zur Deckung der einzubehaltenden LSt nicht aus, so treten nach der Rspr. die Maßnahmen nach § 38 Abs. 4 Sätze 1 und 2 an die Stelle des tatsächlichen Lohneinbehalts einschließlich der Anzeige gegenüber dem FA (BFH v. 9.10.2002 – VI R 112/99, BStBl. II 2002, 884; KRÜGER in SCHMIDT, 37. Aufl. 2018, § 38 Rz. 18; TRZASKALIK in KSM, § 38 Rz. E 5 [4/2003]); eine abweichende Auffassung überzeugt mit der Überlegung, dass der ArbG in den Anzeigefällen gerade nicht zum Einbehalten und Abführen der LSt verpflichtet ist (so EISGRUBER, DStR 2003, 141; NACKE, DStR 2005, 1297 [1298]).

Vorschriftsmäßige Berechnung der Lohnsteuer: Sie hat nach §§ 38a, 39b zu erfolgen. Grundlage ist die Feststellung, in welchem Lohnzahlungszeitraum Arbeitslohn in welcher Höhe zugeflossen ist (BFH v. 17.11.1992 – VI R 13/92, BStBl. II 1993, 471; BFH v. 4.6.1993 – VI R 95/92, BStBl. II 1993, 687). Wenn der ArbG beim LStAbzug während der einzelnen Lohnzahlungszeiträume korrekt vorgeht, hat er damit seine Pflicht zum LStAbzug vorschriftsmäßig erfüllt und haftet nicht für einen eventuellen Mehrbetrag, der sich bei Berücksichtigung des gesamten Jahresarbeitslohns ergibt (BFH v. 11.6.1970 – VI R 67/68, BStBl. II 1970, 664; vgl. auch BFH v. 26.7.1974 – VI R 24/69, BStBl. II 1974, 756). Korrekt ist auch die Beachtung der LStR, selbst wenn es dadurch zu einer sachlich unrichtigen Ermittlung der LSt kommt (BFH v. 20.3.2014 – VI R 43/13, BStBl. II 2014, 592; s. auch Anm. 61), ebenso die Beachtung einer ihm erteilten, ggf. auch unrichtigen LStAnrufungsauskunft (BFH v. 16.11.2005 – VI R 23/02, BStBl. II 2006, 210; Vorinstanz FG Düss. v. 24.1.2002 – 14 K 871/97 L, EFG 2002, 540; BFH v. 17.10.2013 – VI R 44/12, BFH/NV 2014, 229; BFH v. 20.3.2014 – VI R 43/13, BStBl. II 2014, 592; KRÜGER in SCHMIDT, 37. Aufl. 2018, § 42d Rz. 3; das gilt auch für eine dem ArbN erteilte LStAnrufungsauskunft (BFH v. 17.10.2013 – VI R 44/12, BFH/NV 2014, 229, Änderung der Rspr., s. Anm. 59).

Maßgeblichkeit der Lohnsteuerabzugsmerkmale (§ 39e): Der LStAbzug wird hinsichtlich der persönlichen Besteuerungsmerkmale des einzelnen ArbN zutr. durchgeführt, wenn die beim BZSt. abgerufenen Lohnsteuerabzugsmerkmale (bis einschließlich 2011: Eintragungen auf der LStKarte, § 39) berücksichtigt werden (§ 39e Abs. 6 Satz 1, vor 2012 sog. Grundsatz der Maßgeblichkeit der LStKarte, ua. BFH v. 9.3.1990 – VI R 87/89, BStBl. II 1990, 608), denn sie sind auch für den ArbG bindend. Der ArbG haftet daher auch dann nicht, wenn er weiß, dass die LStAbzugsmerkmale falsch sind. Dies ergibt sich aus § 39e Abs. 6, denn danach ist der ArbG verpflichtet, die ihm mitgeteilten LStAbzugsmerkmale zu verwenden, bis das BZSt. ihm mitteilt, dass geänderte LStAbzugsmerkmale vorliegen und sie zum elektronischen Abruf bereitstellt. Vor 2012 hatte die Rspr. entsprechende Grundsätze für die Verbindlichkeit der Eintragungen auf der LStKarte aufgestellt (BFH v. 9.11.1984 – VI R 157/83, BStBl. II 1985, 191, mwN; BFH v. 9.3.1990 – VI R 87/89, BStBl. II 1990, 608).

41 bb) Haftung bei fehlerhafter Einbehaltung

Auf welchem Grund die Fehlerhaftigkeit beim Einbehalten der LSt beruht, spielt für das Entstehen des Haftungsanspruchs keine Rolle (uU aber Berücksichtigung im Rahmen des Abs. 2 oder 3, s. Anm. 79). Grundsätzlich ist unbeachtlich, ob die Pflicht zum LStAbzug offen missachtet wird, ob ein Verstoß gegen die Technik des LStAbzugsverfahrens vorliegt oder ob der ArbG aufgrund einer falschen Rechtsüberzeugung zu wenig LSt erhebt. Eine Absprache mit einem Vollziehungsbeamten über die Entrichtung der anteiligen LSt bei finanziellen Engpässen hat auf den Haftungsanspruch keinen Einfluss (FG Berlin-Brandenb. v. 20.12.2011 – 9 K 9051/09, EFG 2012, 1000, rkr.).

Nettolohnvereinbarung: Der ArbG haftet auch, wenn er in Zusammenhang mit einer Nettolohnvereinbarung den LStAbzug unzutreffend durchführt; denn der ArbN bleibt auch in diesem Fall Schuldner der LSt (ua. BFH v. 8.11.1985 – VI R 238/80, BStBl. II 1986, 186). Privatrechtliche Vereinbarungen zwischen ArbG und ArbN darüber, wer die LSt zu tragen hat, berühren die öffentlich-rechtl. Pflicht zum LStAbzug und damit auch die Haftung nicht (BFH v. 18.2.1954 – IV 174/53 U, BStBl. III 1954, 130; FG Münster v. 26.10.1983 – II 101/

III. Haftungsbegründende Tatbestände (Nr. 1 bis 4) Anm. 41–43 § 42d

83 E, EFG 1984, 193, rkr.). Eine Nettolohnvereinbarung ist aber arbeitsrechtl. von Bedeutung, der ArbN kann ihretwegen einem Regress des ArbG widersprechen. Im Übrigen kann ein Fall des Abs. 3 Satz 4 Nr. 2 vorliegen (s. Anm. 85).

Keine Nettolohnvereinbarung liegt darin, dass der ArbG nicht Regress nimmt oder keine Aufzeichnungen gem. § 41 über bestimmte Zuwendungen macht, weil er sie für stfrei hält. Eine Nettolohnvereinbarung muss konkret nachgewiesen werden (BFH v. 28.2.1992 – VI R 146/87, BStBl. II 1992, 733; BFH v. 29.10.1993 – VI R 26/92, BStBl. II 1994, 197).

Arbeitslohn von Dritten: Der ArbG haftet für LSt, die auf Arbeitslohn von dritter Seite entfällt, sofern er nach § 38 Abs. 1 Satz 3 zum LStAbzug verpflichtet ist. Ungeschriebene Voraussetzung für die Pflicht zum LStAbzug im Rahmen des § 38 Abs. 1 Satz 3 ist, dass der ArbG die Besteuerungsgrundlagen kennt (so schon BFH v. 28.1.1983 – VI R 35/78, BStBl. II 1983, 472; FG München v. 26.9.2013 – 5 K 1660/12, EFG 2014, 142, rkr.; vgl. auch BFH v. 18.10.2012 – VI R 64/11, BFH/NV 2013, 131), denn sonst ist ihm der zutreffende LStAbzug unmöglich. Den ArbG treffen keine Ermittlungs- und Veranlassungspflichten (BFH v. 24.10.1997 – VI R 23/94, BStBl. II 1999, 323; FG Ba.-Württ. v. 25.9.1984 – IV 373/80, EFG 1985, 258, rkr.; FISCHER, BB 1983, 1648; SÖFFING, FR 1983, 26; URBAN, Inf. 1998, 321 [322]; VÖLLMEKE, DStR 1998, 157 [158]). Der ArbG hat auch weder das Recht noch die Pflicht, die Höhe des Arbeitslohns, den er dem ArbN nicht selbst zuwendet, zu schätzen (BFH v. 24.10.1997 – VI R 23/94, BStBl. II 1999, 323; VÖLLMEKE, DStR 1998, 157). Nach Auffassung der FinVerw. muss er dem FA anzeigen, dass er vom ArbN keine oder offenbar unrichtige Angaben über den vom Dritten gezahlten Arbeitslohn erhalten hat (BMF v. 27.1.2004 – IV C 5 - S 2000 - 2/04, BStBl. I 2004, 173, unter III.2). Von diesen Fällen zu unterscheiden sind diejenigen, bei denen der Dritte gem. § 38 Abs. 3a die Pflichten des ArbG übernommen hat (vgl. Anm. 34; dazu BMF v. 27.1.2004 – IV C 5 - S 2000 - 2/04, BStBl. I 2004, 173, unter III.3).

cc) Keine Haftung bei vorschriftsmäßig unterlassener Einbehaltung

42

Die LStHaftung wegen mangelhaften LStAbzugs entsteht nicht, wenn die vom ArbG geleistete Zahlung begrifflich kein Arbeitslohn ist oder wenn der Arbeitslohn lsfrei ist. Der ArbG haftet nur für die nach den gesetzlichen Vorschriften einzubehaltende LSt; die Pflicht, LSt einzubehalten, korrespondiert mit dem Umfang einer tatsächlich bestehenden StSchuld des ArbN (BFH v. 22.7.1993 – VI R 116/90, BStBl. II 1993, 775). Zum Prinzip der Maßgeblichkeit der elektronisch zur Verfügung gestellten LStAbzugsmerkmale (vorher: Maßgeblichkeit der Eintragungen auf der LStKarte) s. Anm. 40.

b) Haftung für die abzuführende Lohnsteuer

43

Der ArbG haftet für den Ausfall an LSt, der dadurch entsteht, dass er den Gesamtbetrag der in einem LStAnmeldungszeitraum einbehaltenen LSt nicht gem. § 41a zum Fälligkeitszeitpunkt an das BSFA abführt (zum Begriff „abzuführende Lohnsteuer“ BFH v. 17.11.1981 – VI R 39/79, BStBl. II 1982, 223; BFH v. 17.11.1992 – VI R 13/92, BStBl. II 1993, 471). Zu den Voraussetzungen des § 41a s. insbes. § 41a Anm. 13 ff. Der Begriff des ArbG ist in §§ 38 Abs. 3, 41a identisch (BFH v. 13.7.2011 – VI R 84/10, BStBl. II 2011, 986). Die LStAnmeldung reicht allein nicht aus.

Die Haftung ist allerdings auf die zu Recht einzubehaltende LSt beschränkt. Hat der ArbG von Gesetzes wegen nicht geschuldete LSt erhoben, so haftet er nicht,

wenn er die gesetzwidrig erhobene LSt nicht abführt (BFH v. 22.7.1993 – VI R 116/90, BStBl. II 1993, 775). Dies entspricht dem Grundsatz, dass die Haftung des ArbG nach § 42d eine StSchuld des ArbN voraussetzt (s. Anm. 20, 70 f.).

Die Haftung erlischt, sobald die nicht vorschriftsmäßig abgeführte LSt zu einem späteren Zeitpunkt beim BSFA eingeht.

Die Pflicht, LSt abzuführen, besteht ohne Ausnahme, zB auch, wenn dem notleidenden Unternehmen des ArbG nur noch Mittel zur Auszahlung von Netto-lohnzahlungen zur Verfügung stehen (vgl. BFH v. 12.7.1983 – VII B 19/83, BStBl. II 1983, 655, zu § 69 AO). Der ArbG darf den Lohn dann nur gekürzt als Teilbetrag auszahlen und muss den übrig bleibenden Teil als LSt abführen (BFH v. 10.2.1982 – VII R 96/79, BStBl. II 1982, 521; BFH v. 26.7.1988 – VII R 84/87, BFH/NV 1988, 685; BFH v. 25.2.1997 – VII B 190/96, BFH/NV 1997, 594, mwN). Dagegen entfällt eine Pflicht, LSt abzuführen, wenn dies rechtl. unmöglich ist, zB wegen eines gerichtlichen Verfügungsverbots im Fall der Insolvenz (BFH v. 17.11.1992 – VI R 13/92, BStBl. II 1993, 471).

44 2. Haftung für beim Lohnsteuerjahresausgleich zu Unrecht erstattete Lohnsteuer (Abs. 1 Nr. 2)

Lohnsteuerjahresausgleich durch den Arbeitgeber (§ 42b): Bei der Haftung des ArbG für beim betrieblichen LStJahresausgleich zu Unrecht erstattete LSt handelt es sich um einen Sonderfall der unter Abs. 1 Nr. 1 zu subsumierenden Haftungstatbestände. Der ArbG erfüllt den Tatbestand des § 42d Abs. 1 Nr. 2, wenn er § 42b in irgendeiner Weise verletzt, zB dem ArbN mehr LSt erstattet, als rechtl. zulässig ist, oder einen LStJahresausgleich vornimmt, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen dafür fehlen (s. § 41b Anm. 3 ff.). Andere Fälle, in denen der ArbG dem ArbN LSt zu Unrecht erstattet (§ 39c Abs. 2 Satz 2, § 41c Abs. 1, 4), gehören nicht zu Abs. 1 Nr. 2, sondern fallen als nicht vorschriftsmäßige Berechnung der LSt unter Abs. 1 Nr. 1.

45 3. Haftung für die durch fehlerhafte Angaben verkürzte Einkommensteuer/Lohnsteuer (Abs. 1 Nr. 3)

Fehlerhafte Angaben bei Aufzeichnungen und Lohnsteuerbescheinigung: Der ArbG haftet für die ESt (LSt), die aufgrund fehlerhafter Angaben im Lohnkonto oder in der LStBescheinigung verkürzt wird (Abs. 1 Nr. 3). Welche Aufzeichnungspflichten der ArbG beim LStAbzug zu erfüllen hat, ergibt sich aus § 41 Abs. 1. Die Regelungen über die LStBescheinigung ergeben sich aus § 41b. Die Haftung nach Abs. 1 Nr. 3 ist davon abhängig, dass zwischen der haftungsbegründenden Handlung des ArbG und der Verkürzung des LSt bzw. ESt ein kausaler Zusammenhang besteht („aufgrund“).

Fehlerhaft ist jede Angabe, die den objektiven Umständen nicht entspricht. Zur Haftung kommt es erst, wenn aufgrund der fehlerhaften Angaben ESt (LSt) verkürzt worden ist.

4. Haftung für Lohnsteuer, die der Dritte nach § 38 Abs. 3a zu übernehmen hat (Abs. 1 Nr. 4) 46

Haftungstatbestand: § 38 Abs. 3a kennt zwei Fälle, in denen ein Dritter anstelle des ArbG den LStAbzug übernimmt. Dass der Dritte die „Lohnsteuer zu übernehmen hat“, ergibt sich aus § 38 Abs. 3a nicht. Gemeint ist wahrscheinlich, dass der ArbG so für LSt haften soll, als wenn er und nicht der Dritte den LStAbzug vorgenommen hätte.

Kritik am Haftungstatbestand: Bei Alt. 1 des § 38 Abs. 3a – ein Dritter schuldet aufgrund eines Tarifvertrags eine Leistung – hätte der ArbG wahrscheinlich den LStAbzug nicht vornehmen können, weil er die konkreten Leistungsmerkmale gar nicht kannte. Damit wäre es auch nie zu einer LStHaftung gekommen. Bei Alt. 2 kennt der ArbG zwar den Arbeitslohn, nimmt aber selbst den LStAbzug (mit Einverständnis des FA) nicht vor. Auch hier hat der ArbG nicht den vollen Überblick (ELStAM des ArbN, Beachtung von Formalien). Der neu eingeführte Haftungstatbestand ist damit nicht nur sprachlich missglückt, sondern auch in sachlicher Hinsicht unangemessen. Dementsprechend wird dieser Haftungstatbestand als unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten problematisch eingestuft, wenn der ArbG am Übergang seiner Pflichten auf den Dritten nicht mitwirkt (HUMMEL in KSM, § 42d Rz. B 27 [6/2017]; EISGRUBER in KIRCHHOF, 17. Aufl. 2018, § 42d Rz. 17). § 42d Abs. 1 Nr. 4 dürfte außerdem in aller Regel leer laufen, weil dem ArbG der LStAbzug mangels Kenntnis der Besteuerungsgrundlagen unmöglich gewesen wäre (vgl. Anm. 41) oder weil er – entsprechend der hier vertretenen Auffassung – nicht schuldhaft gehandelt hat.

Einstweilen frei.

47–49

**C. Erläuterungen zu Abs. 2:
Ausschluss der Arbeitgeberhaftung**

Schrifttum: NISSEN, Zur Haftung bei der Einbehaltung von Lohnsteuer und Kapitalertragsteuer, DB 1971, 1496; BALS, Durchführung des Lohnsteuerabzugs ab 1975, BB 1974, 1572; MIHATSCH, Grundlagen des Lohnsteuerhaftungs- und Nachforderungsverfahrens, FR 1978, 526; VON BORNHAUPT, Zur Inanspruchnahme des Arbeitgebers nach § 42d des Einkommensteuergesetzes, BB 1981, 2129; OFFERHAUS, Zur Haftung des Arbeitgebers im Lohnsteuerverfahren, BB 1982, 793; RÖBLER, Anmerkung zu BFH v. 18.9.1981 – VI R 44/77, FR 1982, 155; HORN, Wie kann sich der Arbeitgeber vor der Lohnsteuerhaftung schützen?, Inf. 1983, 365; MÖSBAUER, Haftung im Steuerrecht, DB 1983, 1893; OFFERHAUS, Pauschalierungs- oder Haftungsbescheid nach einer Lohnsteuer-Außenprüfung, StbJb. 1983/84, 291; SCHICK, Steuerschuld und Steuerhaftung im Lohnsteuerverfahren, BB 1983, 1041; BIRKENFELD, Sachverhaltsermittlung und Rechtsanwendung bei der Lohnsteuer in- und ausländischer Arbeitnehmer, DSTjG 9 (1986), 245; OFFERHAUS, Anmerkung zu BFH v. 15.10.1985 – VI R 130/82, StBp. 1986, 43; MÖSBAUER, Die Arbeitgeberhaftung der GmbH für Lohnsteuer, GmbHR 1987, 483; VON BORNHAUPT, Anmerkung zu BFH v. 24.1.1992 – VI R 177/88, BB 1992, 2052; VON BORNHAUPT, Haftungsausschluss des Arbeitgebers für nicht einbehaltene Lohnsteuer bei schuldlosem und entschuldbarem Handeln?, StVj. 1993, 322; MÖSBAUER, Möglichkeiten des Haftungsausschlusses bei der Lohnsteuerhaftung des Arbeitgebers, FR 1995, 173; MÖSBAUER, Grenzen der haftungsmäßigen Inanspruchnahme des Arbeitgebers für die Lohnsteuer der Arbeitnehmer, FR 1995, 727; VAN LISHAUT, Steuerabzug bei Lohn von dritter Seite (§ 38 Abs. 1 Satz 3, Abs. 4 Satz 3 EStG), FR 2004, 203; PLENKER, Lohnsteuerabzugspflicht des Arbeitgebers bei Arbeitslohnzahlungen von dritter Seite, DB 2004, 894.

50 **I. Fehlende Grundlage für die Haftung des Arbeitgebers für Lohnsteuer**

Bedeutung: Abs. 2 enthält eine – nicht abschließende – Aufzählung von Haftungsausschlussgründen. Weitere Haftungsausschlussgründe ergeben sich aus anderen Vorschriften oder aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, wie der von der Rspr. entwickelte Haftungsausschluss nach TuG (BFH v. 18.9.1981 – VI R 44/77, BStBl. II 1981, 801; s. Anm. 60 f.). Liegt ein Haftungsausschlussgrund vor, kommt eine Haftung nach § 42d unter keinem Gesichtspunkt in Betracht. Eine Ermessensausübung nach Abs. 3 erübrigt sich (BFH v. 26.7.1974 – VI R 24/69, BStBl. II 1974, 756); LSt/ESSt kann nur noch vom ArbN nachgefordert werden.

Ermessenseinschränkung auf null nach Abs. 3: Falls bei der Ermessensentscheidung nach Abs. 3 die einzig denkbare rechtmäßige Entsch. darin besteht, dass nur der ArbN in Anspruch genommen werden darf, ist die Inanspruchnahme des ArbG endgültig unter jedem Gesichtspunkt unbillig. Systematisch ist dieser Tatbestand deswegen nicht mehr dem Abs. 3, sondern den absoluten Haftungsausschlussstatbeständen zuzuordnen. Der BFH hat ausdrücklich festgestellt, dass die Haftung des ArbG in einem solchen Fall „nach Treu und Glauben überhaupt ausgeschlossen“ und es nicht „nur unbillig“ ist, ihn vor dem ArbN in Anspruch zu nehmen (BFH v. 18.9.1981 – VI R 44/77, BStBl. II 1981, 801).

II. In Abs. 2 geregelte Haftungsausschlussgründe

51 **1. Nachforderung von Lohnsteuer gem. § 39 Abs. 5 Satz 4**

Voraussetzungen: Die Haftung des ArbG ist von Anfang an ausgeschlossen, wenn die LSt gem. § 39 Abs. 5 Satz 4 vom ArbN nachgefordert werden kann, weil der ArbN seine Anzeigepflicht gem. § 39 Abs. 5 Satz 1 verletzt hat, nachdem sich seine ELStAM (zB StKlasse) zu seinem Nachteil geändert haben und dies zu einem zu geringen LStAbzug führt. Der Haftungsausschluss hat nur klarstellende Bedeutung, da der ArbG den LStAbzug wegen des Prinzips der Maßgeblichkeit der ELStAM (früher: der LStKarte) formell richtig vorgenommen hat.

Ist zu wenig LSt erhoben worden, weil ein Freibetrag unzutreffend als LStAbzugsmerkmal ermittelt worden ist, hat das FA den Fehlbetrag vom ArbN nachzufordern, wenn er 10 € übersteigt.

52 **2. Verringerung der dem Arbeitgeber übermittelten Freibeträge gem. § 39a Abs. 5**

Ist wegen eines falsch ermittelten Freibetrags zu wenig LSt abgeführt worden, so ist diese gem. § 39a Abs. 5 vom ArbN nachzufordern. § 39a Abs. 5 ist mW ab dem 1.1.2012 neu gefasst worden. Der ArbG, der sich an die ihm übermittelten elektronischen Daten (früher: an die Eintragungen auf der LStKarte) gehalten hat, hat keinen Haftungstatbestand erfüllt, so dass dieser Haftungsausschlussgrund nur klarstellende Bedeutung hat.

3. Anzeige des Arbeitgebers bei nicht ausreichendem Barlohn gem. § 38 Abs. 4 Satz 2 53

Im Fall des § 38 Abs. 4 Sätze 1 und 2 ist es dem ArbG unmöglich, die LSt korrekt einzubehalten und abzuführen, da der dem ArbN zustehende Barlohn den LStAbzugsbetrag nicht deckt. Gemeint ist der tatsächlich im Lohnzahlungszeitraum zur Auszahlung zur Verfügung stehende Barlohn. Der ArbN muss dem ArbG den Fehlbetrag zur Verfügung stellen oder der ArbG muss einen entsprechenden Teil der übrigen Bezüge (zB Auslagenersatz, Kindergeld) zurückbehalten. Soweit dies nicht geschieht und der LStBetrag nicht abgedeckt ist, ist der ArbG verpflichtet, dem BSFA eine Anzeige über den Fehlbetrag zu machen. Diese Anzeige hat zur Folge, dass der ArbG für den Fehlbetrag nicht nach § 42d haftet. Nach der Rspr. ergänzt die Anzeigepflicht die Einbehaltungspflicht (BFH v. 9.10.2002 – VI R 112/99, BStBl. II 2002, 884, mwN; FG Rhld.-Pf. v. 25.5.1999 – 2 K 2379-98, DStRE 2000, 72, rkr.; TRZASKALIK in KSM, § 38 Rz. E 5 f. [4/2003]). R 41c.2 Abs. 1 und 2 LStR sieht vor, dass diese Anzeige schriftlich (TRZASKALIK in KSM, § 38 Rz. E 6 [4/2003]): mündliche Anzeige ausreichend mangels Regelung im Gesetz) und unverzüglich zu erstatten ist. Kleinbeträge sind davon nicht ausgenommen.

4. Anzeige des Arbeitgebers bei Arbeitslohn von dritter Seite gem. § 38 Abs. 4 Satz 3 54

Für den Fall, dass der ArbN Arbeitslohn von dritter Seite erhält, darüber aber keine oder erkennbar unrichtige Angaben macht, hat der ArbG dies dem BSFA anzuzeigen. Der Haftungsausschluss hat auf jeden Fall nur deklaratorische Bedeutung, weil es dem ArbG in diesem Fall unmöglich ist, den LStAbzug vorzunehmen. Betroffen können nur solche Fälle sein, in denen der ArbG zum LStAbzug verpflichtet wäre, falls er die exakte Bemessungsgrundlage dafür kennen würde. Bei genauem Hinsehen geht der Haftungsausschluss hier ins Leere, da der ArbG wegen der Unmöglichkeit, LSt einzubehalten, keinen Haftungstatbestand des Abs. 1 erfüllt hat (glA KRÜGER in SCHMIDT, 37. Aufl. 2018, § 42d Rz. 8). Dasselbe gilt für den ArbG iSd. § 38 Abs. 1 Satz 2, der tatsächlich keinen Lohn auszahlt. Mit der Anzeige erfüllt der ArbG jedoch eine Nebenpflicht und geht Schwierigkeiten aus dem Weg, weil in den betroffenen Fällen oft eine Nachforderung von LSt, ggf. geschätzt, abzuwehren sein wird. Nach Auffassung der FinVerw. soll die Anzeige unverzüglich erfolgen (BMF v. 27.1.2004 – IV C 5 - S 2000 - 2/04, BStBl. I 2004, 173 unter III.2; ebenso Nds. FG v. 17.11.2011 – 11 K 128/10, EFG 2012, 364, rkr.; PLENKER, DB 2004, 894). Im Schrifttum wird darauf hingewiesen, dass eine Anzeige zu jedem Lohnzahlungszeitraum nicht praktikabel sei (VAN LISHAUT, FR 2004, 203 [206]). Die Rspr. formuliert, dass ein Unterlassen der Anzeige eine Haftung nach § 42d begründe, denn die Anzeige ersetze die Abzugspflicht und nur nach einer Anzeige könne von einer korrekten Einbehaltung der LSt gesprochen werden (BFH v. 9.10.2002 – VI R 112/99, BStBl. II 2002, 884, betr. § 38 Abs. 4 Satz 2; Nds. FG v. 17.11.2011 – 11 K 128/10, EFG 2012, 364, rkr., betr. § 38 Abs. 4 Satz 4). Dem kann so nicht zugestimmt werden. Die wirksame Anzeige schließt eine Haftung nach § 42d Abs. 1 aus, sie ersetzt aber keinen Haftungstatbestand. Die zu § 38 Abs. 4 Satz 2 entwickelte Rspr. des BFH (BFH v. 9.10.2002 – VI R 112/99, BStBl. II 2002, 884) lässt sich außerdem nicht auf die Zahlung von Arbeitslohn von dritter Seite

§ 42d Anm. 54–56 C. Abs. 2: Ausschluss der Arbeitgeberhaftung

übertragen, denn im Gegensatz zu dieser kennt der ArbG die Höhe des Arbeitslohns in den Fällen des § 38 Abs. 4 Satz 1.

5. Anzeige des Arbeitgebers bei nicht korrektem Lohnsteuerabzug gem. § 41c Abs. 4

55 a) **Allgemeines zu den Voraussetzungen des Haftungsausschlusses im Fall des § 41c Abs. 4**

Voraussetzungen: § 41c Abs. 4 ist nur zusammen mit § 41c Abs. 1 verständlich, der eine Korrektur des LStAbzugs zulässt, wenn ungünstigere ELStAM nachträglich bekannt werden oder wenn der ArbG einen unkorrekten LStAbzug erkennt. Eine Anzeige nach § 41c Abs. 4 befreit den ArbG, der erkennt, dass er zu wenig LSt einbehalten hat, und der diese LSt nicht nachträglich einbehalten kann oder nicht einbehalten will, von der Haftung für LSt nach § 42d. Es handelt sich um einen echten Haftungsausschluss.

Unverzüglichkeit der Anzeige: Die Anzeige ist „unverzüglich“, dh. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1 Satz 1 BGB), zu erstatten. Unverzüglich heißt nicht „sofort“ oder „sobald er erkennt“ (so aber R 41c.2 Abs. 1 LStR), ein schuldloses oder entschuldbares Zögern ist erlaubt. Der ArbG darf Sach- und Rechtslage prüfen und sich ggf. von einem Rechtskundigen beraten lassen. Er hat eine Überlegungsfrist, ob er die LSt nacherhebt, sofern er dazu berechtigt ist, oder ob er sich auf eine Anzeige nach § 41c Abs. 4 beschränkt. Auf der anderen Seite darf der ArbG zB nicht wider besseres Wissen abwarten, bis eine LStAußenprüfung anberaumt wird.

Nicht ausdrücklich geregelt ist der Fall, dass der ArbG LSt gem. § 41c Abs. 1 erstatten darf, irrtümlich aber zu viel erstattet. Dann ist uE im Erg. zu wenig LSt erhoben, so dass bei einer Anzeige des ArbG nach § 41c Abs. 4 seine Haftung auch in diesem Fall ausgeschlossen ist.

56 b) **Erkennen der nicht vorschriftsmäßigen Lohnsteuer-Einbehaltung durch den Arbeitgeber gem. § 41c Abs. 1 Nr. 2**

Liegt ein nicht korrekter, zu niedriger LStAbzug vor, so ist eine Anzeige nach § 41c Abs. 4 iVm. § 41c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 möglich, wenn der ArbG diesen Umstand erkennt. „Erkennen“ ist die Entdeckung der nicht vorschriftsmäßigen Einbehaltung von LSt. Der ArbG selbst bzw. sein Erfüllungsgehilfe beim LStAbzug oder Wissensvertreter (BFH v. 21.4.2010 – VI R 29/08, BStBl. II 2010, 833, mit Anm. BERGKEMPER, FR 2010, 950) muss den Fehler erkennen. Eignigkeit besteht darüber, dass das Erkennen erst nach der Vornahme des LStAbzugs eintreten kann (Auslegung nach dem Wortlaut des Gesetzes; BFH v. 4.6.1993 – VI R 95/92, BStBl. II 1993, 687). Aus diesem Grund kommt eine Haftungsbefreiung nicht in Betracht, wenn die Pflicht zum LStAbzug vorsätzlich verletzt worden ist und das dem ArbG zugerechnet werden kann (BFH v. 21.4.2010 – VI R 29/08, BStBl. II 2010, 833; HEUERMAN in BLÜMICH, § 41c Rz. 13 [6/2014]). Im Übrigen stellt § 41c Abs. 4 nicht darauf ab, dass der ArbG schuldlos gehandelt hat. Dem trägt die Auffassung, eine haftungsbefreiende Anzeige sei nicht möglich, wenn der ArbG bei dem unrichtigen LStAbzug uninformiert und willkürlich gehandelt habe (so KRÜGER in SCHMIDT, 37. Aufl. 2018, § 42 Rz. 14, für unzulässige Rechtsausübung), nicht Rechnung. Selbst bei groben fahrlässigen Fehlern ist uE nach dem Wortsinn noch ein nachträgliches Erkennen möglich.

c) Haftungsausschließende Anzeige und Lohnsteuer-Außenprüfung 57

Nach allgemeiner Meinung wirkt eine Anzeige nach § 41c Abs. 4 immer dann haftungsbefreiend, wenn der ArbG ohne Hilfe eines Finanzbeamten den Fehler aufdeckt.

Anzeige nach Hinweisen oder Feststellungen eines Finanzbeamten:

► *Nach einer engen Auffassung* im Schrifttum setzt eine haftungsbefreiende Anzeige voraus, dass der ArbG den angezeigten Fehler selbst erkannt hat. Die Haftungsbefreiung tritt danach zB nicht ein, wenn eine Anzeige erst nach Hinweisen oder Feststellungen des FA im Rahmen einer LStAußenprüfung erfolgt.

So BALS, BB 1974, 1572 (1577); MIHATSCH, FR 1978, 527; MÖSBAUER, GmbHR 1977, 486; MÖSBAUER, FR 1978, 527; SCHICK, BB 1983, 1041 (1042); H 42d.1 LStH 2011.

► *Nach der Gegenmeinung* findet die Auslegung des Wortes „erkennen“ im Sinne von „als erster selbst erkennen“ im Gesetzestext keine Stütze; nach dem Wortsinn könne der ArbG einen Fehler auch noch „erkennen“, nachdem ein Dritter ihn darauf aufmerksam gemacht habe (so HEUERMANN in BLÜMICH, § 41c Rz. 13 [11/2016]; KLEMP, StRK-Anm. EStG § 38 R. 95; HUMMEL in KSM, § 41c Rz. B 3 [6/2016]; KRÜGER in SCHMIDT, 37. Aufl. 2018, § 41c Rz. 3). Der Eintritt der haftungsbefreienden Wirkung soll nach dieser Auffassung seine Grenzen nur am Gesetzeszweck und am Grundsatz von TuG finden.

► *Stellungnahme:* Die zT restriktive Haltung zu der Frage, bis zu welchem Zeitpunkt eine Anzeige mit haftungsbefreiender Wirkung angebracht werden kann, ist offensichtlich von der Sorge geprägt, es könne sonst ein Rechtsmissbrauch mit der Anzeige getrieben werden. Dadurch kommt es zu Interpretationen des Wortes „erkennen“, die sich mit dem Wortsinn nicht mehr vereinbaren lassen. Hierzu zählt zB die Auffassung, die Anzeige nach § 41c Abs. 4 wirke nicht mehr haftungsbefreiend, wenn der Prüfer nur mit der LStAußenprüfung begonnen habe. Weder § 41c noch § 42d Abs. 2 rechtfertigen eine solche Einschränkung. Ihrer bedarf es auch in den meisten Fällen nicht, da nur eine unverzüglich nach dem Erkennen des Fehlers abgegebene Anzeige haftungsbefreiend wirkt (§ 41c Abs. 4 Satz 1; vgl. auch BÄUERLEN, Die Lohnsteuerhaftung des Arbeitgebers, 1978, 108 f.); der ArbG wird bei den kritischen Sachverhalten oft nicht beweisen können, dass er „unverzüglich“ gehandelt hat. Im Übrigen muss man akzeptieren, dass es im Interesse des Fiskus liegt, die Anzeigepflicht und -möglichkeit in § 41c möglichst weitgehend auszugestalten. Wenn § 42d Abs. 2 ohne Einschränkung auf § 41c verweist, gibt es keinen Weg, die gesetzgeberische Entsch. einzuschränken, ohne dabei dem Wortlaut entgegenzuhandeln.

Einstweilen frei.

58

III. Weitere in Abs. 2 nicht geregelte Haftungsausschlussgründe

1. Haftungsausschluss wegen Bindung an eine Anrufungsauskunft nach § 42e 59

Auskunft gegenüber dem Arbeitgeber: Eine dem ArbG gem. § 42e erteilte, aber sachlich unrichtige LStAnrufungsauskunft wirkt für den ArbG, der sich nach ihr richtet, jedenfalls wie ein Haftungsausschlussgrund (BFH v. 16.11.2005 – VI R 23/02, BStBl. II 2006, 210; BFH v. 27.2.2014 – VI R 23/13, BStBl. II 2014, 894, Rz. 15; BFH v. 20.3.2014 – VI R 43/13, BFH/NV 2014, 1150, Rz. 16). Nach überwiegender Auffassung verwirklicht der ArbG, der sich nach

einer unrichtigen Anrufungsauskunft richtet, schon keinen haftungsbegründenden Tatbestand iSd. § 42d Abs. 1 Nr. 1 (s. Anm. 40). Zu weiteren Einzelheiten s. § 42e Anm. 1 ff. Die Auskunft bindet nur hinsichtlich des angefragten Sachverhalts, nicht, wenn ein anderer Sachverhalt verwirklicht worden ist (FG München v. 7.2.2012 – 8 K 3916/08, EFG 2012, 2313, rkr.). Auch ein Dritter, der die Pflichten des ArbG erfüllt, kann eine Anrufungsauskunft beantragen. Entgegen früherer Auffassung hat der BFH entschieden, dass eine dem ArbN erteilte Anrufungsauskunft auch zugunsten des ArbG wirkt und umgekehrt (BFH v. 17.10.2013 – VI R 44/12, BFH/NV 2014, 229; H 42e „Bindungswirkung“ LStH; BMF v. 12.12.2017 – IV C 5 - S 2388/14/10001, DStR 2017, 2734 Rz. 18). Ebenso wirkt eine Anrufungsauskunft, die einem mit ArbG-Pflichten betrauten Dritten erteilt worden ist, ebenfalls für ArbG und ArbN.

Auskunft gegenüber dem Arbeitnehmer: Als Betroffener kann auch der ArbN eine LStAnrufungsauskunft beantragen. Sie gilt wie die dem ArbG erteilte Auskunft nur für das LStAbzugsverfahren (H 42e LStH; BMF v. 12.12.2017 – IV C 5 - S 2388/14/10001, DStR 2017, 2734 Rz. 18; zu Einzelheiten s. § 42e Anm. 25).

2. Haftungsausschluss nach Treu und Glauben

a) Haftungsausschluss wegen entschuldbaren Rechtsirrtums

60 aa) Voraussetzungen für den Haftungsausschluss wegen entschuldbaren Rechtsirrtums

Die Rspr. hat den Haftungsausschluss nach TuG in Anlehnung an die Tatsache, dass ein Haftungsanspruch nur nach billigem Ermessen geltend gemacht werden kann, aus übergeordneten Rechtsgesichtspunkten entwickelt (vgl. VON BORNSHAUPT, BB 1981, 2129). Ein entschuldbarer Rechtsirrtum beim LStAbzug schließt die Haftung des ArbG nach § 42d aus (grundlegend BFH v. 18.9.1981 – VI R 44/77, BStBl. II 1981, 801, seither stRspr., so BFH v. 21.12.1990 – VI R 59/85, BFHE 164, 226; BFH v. 18.8.2005 – VI R 32/03, BStBl. II 2006, 30; FG Brandenb. v. 26.11.1996 – 3 K 179/96 H, EFG 1997, 410, rkr.). Im Erg. liegt darin ein notwendiges Korrektiv zu der von der Rspr. vertretenen Auffassung, der ArbG hafte nach § 42d verschuldensunabhängig (s. Anm. 23). Nur das Haftungsverhältnis ist betroffen, nicht das StSchuldverhältnis. Damit ist noch eine Nachforderung von ESt beim ArbN möglich (BFH v. 27.3.1991 – VI R 126/87, BStBl. II 1991, 720; Hess. FG v. 24.2.1988 – 11 K 294/86, EFG 1989, 482, rkr.). Der entschuldbare Rechtsirrtum wird zT nicht als Haftungsausschlussgrund, sondern als nach Abs. 3 fehlerhafte Ermessensausübung behandelt (FG Saarl. v. 3.12.2014 – 2 K 1088/12, juris, rkr.).

Rechtsirrtum: Er muss in der Person des ArbG liegen oder ihm über eine mit dem LStAbzug beauftragte Hilfsperson zurechenbar sein. Der Irrtum bezieht sich darauf, wie und in welchem Umfang die dem ArbG auferlegte Pflicht zum Einbehalten und Abführen der LSt (§§ 38 ff.) durchzuführen ist, insbes., ob eine bestimmte Zuwendung überhaupt lstpfl. Arbeitslohn ist.

Entschuldbarkeit: Die Anforderungen an die Entschuldbarkeit sind aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen abzuleiten und nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen. Nach der Rspr. ist ein Rechtsirrtum entschuldbar, wenn

- der Verstoß gegen die Pflicht zum LStAbzug unter vernünftiger Abwägung aller Umstände sowie

- unter Berücksichtigung der Interessen des Fiskus und des ArbG so verständlich ist, dass die Inanspruchnahme des ArbG nicht gerechtfertigt ist (BFH v. 14.6.1985 – VI R 167/81, BFH/NV 1986, 303; BFH v. 23.1.2001 – XI R 42/00, BStBl. II 2001, 379; FG Brandenb. v. 26.11.1996 – 3 K 179/96 H, EFG 1997, 410, rkr.).

Das Maß des Verschuldens wird im Wesentlichen auch davon abhängen, auf welche Ursache der Irrtum zurückzuführen ist (glA OFFERHAUS, StbJb. 1983/84, 291 [313]). Ein Rechtsirrtum kann insbes. dann entschuldbar sein, wenn sein Grund in der Sphäre der FinVerw. liegt (BFH v. 29.5.2008 – VI R 11/07, BStBl. II 2008, 933). Danach ist ein Rechtsirrtum entschuldbar, „wenn der Arbeitgeber bei seinem Kenntnisstand trotz sorgfältiger Prüfung aus guten Gründen überzeugt sein konnte, dass Lohnsteuer im Einzelfall nicht einzubehalten ist“ (so OFFERHAUS, StBp. 1986, 43, unter Hinweis auf OFFERHAUS, BB 1982, 796). Je höher der Verschuldensgrad, desto weniger entschuldbar ist der Rechtsirrtum. So hat der BFH im Rahmen des § 69 AO einen grob fahrlässigen Irrtum als nicht entschuldbar, einen leicht fahrlässigen, der auch Berufsrichtern in 1. Instanz unterlaufen ist, als entschuldbar angesehen (BFH v. 22.11.2005 – VII R 21/05, BStBl. II 2006, 397).

Verschulden und Anrufungsauskunft: Die Entschuldbarkeit des Irrtums ist grds. nicht ausgeschlossen, wenn keine Anrufungsauskunft nach § 42e eingeholt wurde (BFH v. 18.9.1981 – VI R 44/77, BStBl. II 1981, 801; BFH v. 29.5.2008 – VI R 11/07, BStBl. II 2008, 933; vgl. aber BFH v. 18.8.2005 – VI R 32/05, BStBl. II 2006, 30). Bei Zweifeln darf der ArbG den „Autoritäten“ wie Tarifvertrag, FA, Rspr. vertrauen (FG Köln v. 23.11.1982 – V 341/80 H, EFG 1983, 426, aufgehoben durch BFH v. 31.1.1986 – VI R 17/83, BFH/NV 1986, 372; ähnlich VON BORNHAUPT, BB 1981, 2129 [2132]; OFFERHAUS, StbJb. 1983/84, 291 [312 f.]). Gerade in schwierigen Fällen, in denen dem ArbG bei Anwendung von gebotener Sorgfalt Zweifel über die Rechtslage kommen müssen, kann nach der Rspr. der Verzicht darauf, eine Anrufungsauskunft einzuholen, vorverfärblich sein (BFH v. 18.8.2005 – VI R 32/03, BStBl. II 2006, 30; BFH v. 29.5.2008 – VI R 11/07, BStBl. II 2008, 933; FG Köln v. 14.3.2012 – 2 K 476/06, EFG 2012, 1650, rkr.; FG Saarl. v. 3.12.2014 – 2 K 1088/12, juris, rkr.). Das gilt insbes. in schwierig zu beurteilenden Fällen, wenn dem ArbG bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt Zweifel über die Rechtslage hätten kommen müssen (BFH v. 29.5.2009 – VI R 11/07, BStBl. II 2008, 933).

Hier sollten uE allerdings nicht zu hohe Anforderungen angelegt werden, da es sonst zu einer unbilligen Inanspruchnahme des ArbG kommen kann (s. Anm. 23).

In offensichtlichen Zweifelsfällen wird der ArbG, der selbst rechtsunkundig ist, notfalls eine Auskunft beim BSFA einholen müssen und darf allein dem eigenen Urteil nicht vertrauen; anderenfalls ist sein Rechtsirrtum nicht entschuldbar. Dies gilt vor allem, wenn die Rechtslage schon nach dem ersten Anschein zweifelhaft wirkt (BFH v. 11.6.1968 – VI R 102/67, BStBl. II 1968, 726; BFH v. 6.4.1977 – I R 252/74, BStBl. II 1977, 575; VON BORNHAUPT, BB 1981, 2129 [2132]; KRÜGER in SCHMIDT, 37. Aufl. 2018, § 42d Rz. 27), wenn der ArbG von einer Regelung im Gesetz abweicht (BFH v. 9.10.1992 – VI R 47/91, BStBl. II 1993, 169) oder falls er Regelungen in den LStR für unklar hält (BFH v. 18.8.2005 – VI R 32/03, BStBl. II 2006, 30). Im Übrigen muss sich der ArbG mit der gebotenen Sorgfalt über seine grundsätzlichen Pflichten beim LStAbzug (BFH v. 5.2.1971 – VI R 82/68, BStBl. II 1971, 353) sowie über Änderungen im LStRecht und dessen Auslegung durch die FinVerw. informieren; er darf sich nicht ohne

Weiteres darauf verlassen, dass alles wie gewohnt bleibt (BFH v. 9.3.1965 – VI 109/62 U, BStBl. III 1965, 426).

61 **bb) Fallgruppen zum entschuldbaren Rechtsirrtum**

Irrtümer aufgrund eines Gesetzes oder anderer Regelungen:

► *Durch den Gesetzgeber* kann ein entschuldbarer Rechtsirrtum hervorgerufen werden, wenn ein Gesetzestext unklar, ausgesprochen kompliziert (kaum nachvollziehbare Verweisungen!) oder in sich widersprüchlich ist. Dabei braucht es sich nicht um eine Regelung aus dem StRecht zu handeln. Es reicht aus, wenn sie für die Anwendung eines stl. Tatbestands eine Rolle spielt (so BFH v. 2.4.1982 – VI R 34/79, BStBl. II 1982, 502, betr. Auswirkung der Fiktion des § 10 Abs. 1 AÜG auf die Verpflichtung zum LStAbzug). Bei lStl. Regelungen muss jedoch ggf. eine Anrufungsauskunft eingeholt werden (s. Anm. 60). Die Haftung des ArbG kann ausgeschlossen sein, wenn er beim LStAbzug eine Gesetzesänderung nicht berücksichtigt hat, weil es ihm – auch unter Anwendung eines strengen Maßstabs – nicht zumutbar war, in der kurzen Zeit zwischen Verkündung des Gesetzes und der folgenden Lohnabrechnung die Gesetzesänderung zu beachten (R 42d.1 LStR).

► *Verwaltungsregelungen:* Ein entschuldbarer Rechtsirrtum liegt vor, falls die FinVerw. in den LStR, in Verfügungen und anderen Anweisungen Rechtsauffassungen vertritt, die im Widerspruch zur gesetzlichen Regelung stehen. Auf die Richtigkeit von Verwaltungsanweisungen darf sich der ArbG stets verlassen. Eine Haftung ist ausgeschlossen, wenn der ArbG beim LStAbzug gemäß den Anweisungen der FinVerw. verfährt. Auch unklare oder widersprüchliche Anweisungen der FinVerw. machen einen Irrtum des ArbG entschuldbar.

BFH v. 18.9.1981 – VI R 44/77, BStBl. II 1981, 801; BFH v. 25.10.1985 – VI R 130/82, BStBl. II 1986, 98; BFH v. 21.12.1990 – VI R 59/85, BFHE 164, 226; BFH v. 6.12.1996 – VI R 18/96, BStBl. II 1997, 413; BFH v. 18.8.2005 – VI R 32/03, BStBl. II 2006, 30; BFH v. 29.5.2009 – VI R 11/07, BStBl. II 2008, 933; BFH v. 20.3.2014 – VI R 43/13, BStBl. II 2014, 592; FG Brandenb. v. 26.11.1996 – 3 K 179/96 H, EFG 1997, 410, rkr.; FG Berlin v. 5.3.1997 – II 179/94, EFG 1997, 892, rkr.; NISSEN, DB 1971, 1496 (1498); Nds. FG v. 16.6.2011 – 11 K 192/10, DStRE 2012, 1431, im Erg. bestätigt durch BFH v. 19.9.2012 – VI R 54/11, BStBl. II 2013, 395.

Der Vertrauensschutz besteht bis zur Änderung der Verwaltungsanweisung (BFH v. 9.3.1965 – VI 109/62 U, BStBl. III 1965, 429). Kennt der ArbG die Verwaltungsanweisung nicht und kann er sich deswegen nicht irren, so ist seine Inanspruchnahme ermessensfehlerhaft, wenn er den LStAbzug unzutreffend, aber in Übereinstimmung mit der Verwaltungsregelung vorgenommen hat (Abs. 3; s. BFH v. 25.10.1985 – VI R 130/82, BStBl. II 1986, 98; BFH v. 6.12.1996 – VI R 18/96, BStBl. II 1997, 413; Anm. 65).

► *Die BFH-Rechtsprechung* kann ebenfalls einen Vertrauenstatbestand schaffen, zB für die Vergangenheit, falls sie später aufgegeben wird. Das Vertrauen auf eine nicht erkennbar aufgegebenen Auffassung der Rspr. und FinVerw. löst entschuldbaren Rechtsirrtum aus (Nds. FG v. 29.11.1991 – XI 76/88, EFG 1992, 365, rkr.; glA VON BORNAUPT, StVj. 1993, 322 [324]).

Durch Einzelfallregelung der Finanzverwaltung veranlasster Rechtsirrtum: Ein entschuldbarer Rechtsirrtum liegt vor, wenn der ArbG die unzutreffende lstrechl. Behandlung aufgrund des Verhaltens der FinVerw. für richtig gehalten hat (glA BFH v. 20.3.2014 – VI R 43/13, BStBl. II 2014, 592; FG Brandenb. v. 26.11.1996 – 3 K 179/96 H, EFG 1997, 410, rkr.). Das ist zB der Fall, wenn ein Prüfer in einer Vorprüfung eine unzutreffende Rechtsbehandlung

ausdrücklich als rechtens bezeichnet (FG Saarl. v. 3.12.2014 – 2 K 1088/12, juris, rkr.).

Voraussetzung ist, dass die FinVerw. den zu beurteilenden Sachverhalt richtig erfassen konnte bzw. dass der ArbG annehmen durfte, dass der Sachverhalt richtig erfasst war. Der vom FA hervorgerufene Anschein wirkt in die Zukunft, bis der Rechtsschein zerstört ist. Es muss sich aber in der Folgezeit um dieselben Verhältnisse handeln wie bei der vorangegangenen Prüfung durch das FA (BFH v. 11.6.1968 – VI R 102/67, BStBl. II 1968, 726; FG Brandenb. v. 26.11.1996 – 3 K 179/96 H, EFG 1997, 410, rkr.). Beispiele dafür sind:

► *Lohnsteuer-Außenprüfung*: Bei einer LStAußenprüfung ist im Bericht ein Punkt aufgegriffen und trotz Prüfung – zu Unrecht – nicht beanstandet worden (BFH v. 11.6.1968 – VI R 102/67, BStBl. II 1968, 726; BFH v. 24.1.1992 – VI R 177/88, BStBl. II 1992, 696, auch zu Nachweisfragen). Das gilt besonders bei wiederholten Prüfungen (BFH v. 27.3.1991 – VI R 126/87, BStBl. II 1991, 720; FG Rhld.-Pf. v. 21.10.1982 – 3 K 416/81, EFG 1983, 373, rkr.); ebenso, wenn eine früher zutreffende Praxis mit Kenntnis des FA zu Unrecht weitergeführt wird (BFH v. 27.3.1991 – VI R 126/87, BStBl. II 1991, 720). Dabei müssen Tatsachenfeststellungen und Erklärungen des Prüfers in den Wissensbereich des für eine Sachentscheidung zuständigen Finanzbeamten gelangt sein (NISSEN, DB 1971, 1496 [1498]). Ein Rechtsschein zugunsten des ArbG entsteht nicht, wenn ein bestimmter Sachverhalt bei der LStAußenprüfung unbeanstandet bleibt, weil er nicht näher untersucht wird (BFH v. 5.2.1971 – VI R 82/68, BStBl. II 1971, 353).

► *Lohnsteuer-Außenprüfungsbericht*: Dem FA ist durch einen LStAußenprüfungsbericht ein Fehler des ArbG bekannt geworden, trotzdem weist es den ArbG auf den Fehler nicht hin (BFH v. 6.9.1963 – VI 80/62 U, BStBl. III 1963, 574). Der Vertrauensschutz überwiegt auch in einfach gelagerten Fällen (FG Ba.-Württ. v. 7.2.1980 – X (VII) 279/76, EFG 1980, 342, rkr.). Das gilt auch für eine Vorprüfung (BFH v. 24.1.1992 – VI R 177/88, BStBl. II 1992, 696; zust. von BORNHAUPT, BB 1992, 2052 [2054]; FG Saarl. v. 3.12.2014 – 2 K 1088/12, juris, rkr.).

► *Unklare/unrichtige Sachbehandlung*: Das FA versetzt den ArbG durch eine unklare Sachbehandlung in den Glauben, dass seine – unrichtige – LStBerechnung zutr. sei (BFH v. 16.3.1962 – VI 297/61 U, BStBl. III 1962, 284; BFH v. 25.10.1985 – VI R 130/82, BStBl. II 1986, 98). Dasselbe gilt für eine unklare Auskunft (BFH v. 24.11.1961 – VI 183/59 S, BStBl. III 1962, 37) oder eine unrichtige Auskunft (BFH v. 9.3.1965 – VI 109/62 U, BStBl. III 1965, 426), bei der es sich nicht um eine Anrufungsauskunft gem. § 42e zu handeln braucht (vgl. BFH v. 25.10.1985 – VI R 130/82, BStBl. II 1986, 98; BFH v. 22.7.1993 – VI R 116/90, BStBl. II 1993, 775; FG Brandenb. v. 26.11.1996 – 3 K 179/96 H, EFG 1997, 410, rkr.). Entsprechendes gilt, wenn das FA dem ArbG eine fehlerhafte Freistellungsbescheinigung erteilt, aufgrund derer der ArbG den LStAbzug zu Unrecht unterlässt (GROSS, IWB F. 3, Gr. 6, 311).

Durch Dritte und vom Arbeitgeber selbst hervorgerufene Irrtümer: Jeder Rechtsirrtum des ArbG kann entschuldbar sein (BFH v. 27.11.1987 – VI B 176/86, BFH/NV 1988, 640). Hat ein genügend sachkundiger Dritter den Rechtsirrtum des ArbG hervorgerufen, kann auch dieser Irrtum entschuldbar sein. Auf die vom Dritten empfohlene lstrechtl. Behandlung wird sich der ArbG umso mehr verlassen dürfen, als es ihm selbst an Sachkunde mangelt. In diese Kategorie der Irrtumsursachen gehört der Fall, in dem der ArbG sich auf eine

Regelung in dem für ihn verbindlichen Manteltarifvertrag verließ, der bestimmte Leistungen als Istfrei einstuft (BFH v. 18.9.1981 – VI R 44/77, BStBl. II 1981, 801). Dagegen ist der Irrtum des ArbG nicht entschuldbar, wenn der ArbG die eindeutige Regelung eines Tarifvertrags falsch auslegt (BFH v. 31.1.1986 – VI R 17/83, BFH/NV 1986, 372). Ähnlich wird sich der ArbG auf die Auskunft eines sorgfältig ausgewählten strechtl. Beraters verlassen können. Nach aA (OFFERHAUS, Stb]b. 1983/84, 291 [314]) sind strechtl. Berater nicht als Dritte anzusehen, sondern der Sphäre des ArbG zuzurechnen.

62–63 Einstweilen frei.

64 **b) Haftungsausschluss wegen entschuldbaren Tatsachenirrtums**

Treu und Glauben als Rechtsgrundlage: Wenn der ArbG über eine Tatsache, die für den LStAbzug bedeutsam ist (zB Irrtum über die Bemessungsgrundlage), in entschuldbarer Weise irrt und deswegen zu wenig LSt einbehält, kann ihm ein noch geringerer Vorwurf gemacht werden, als wenn er einem Rechtsirrtum erliegt. Auch in diesem Fall erscheint seine Haftung uE generell als unbillig (BIRKENFELD in DStJG 9 [1986], 245 [296]; VON BORNHAUPT, StVj. 1993, 322 [335 f.]; OFFERHAUS, BB 1982, 796; OFFERHAUS, Stb]b. 1983/84, 291 [314 f.]; RÖBLER, FR 1982, 155; KRÜGER in SCHMIDT, 37. Aufl. 2018, § 42d Rz. 26; WAGNER in BLÜMICH, § 42d Rz. 106 [5/2015]; LOOSE in TIPKE/KRUSE, § 191 AO Rz. 55 [1/2014]; BOEKER in HHSp., § 191 AO Rz. 125 [3/2012]). Außerdem kann die Grenze zwischen Tatsachen- und Rechtsirrtum fließend sein (vgl. VON BORNHAUPT, BB 1981, 2129 [2132]).

Entschuldbarkeit des Irrtums liegt vor, wenn der ArbG keine berechtigten Zweifel an der Richtigkeit der für den LStAbzug verwendeten Tatsachen zu haben brauchte. So wird sich der ArbG zB idR darauf verlassen dürfen, dass schriftliche Angaben, die der ArbN über Tatsachen macht, die keine LStAbzugsmerkmale sind und in der Sphäre des ArbN liegen, zutreffen (zB Angaben in einer Reisekostenabrechnung des ArbN, glaubhaft erscheinende Angaben über Lohn von Dritten). Entschuldbarkeit liegt insbes. dann vor, wenn dem ArbG die Möglichkeit fehlt, die Tatsachenangabe einfach innerhalb des Betriebs zu überprüfen.

Ein nicht entschuldbarer Tatsachenirrtum des Arbeitgebers ist ggf. bei der Vornahme des Auswahlermessens im Rahmen des Abs. 3 zugunsten des ArbG zu berücksichtigen.

65 **c) Haftungsausschluss bei Lohnsteuerbefreiungen durch die Finanzverwaltung auch ohne Rechtsirrtum**

Verwaltungsanweisungen sehen manchmal aus Gründen der Vereinfachung oder Billigkeit LStBefreiungen vor, die im Gesetz nicht vorgesehen sind, zB als Übergangsregelung. Daneben kommen auch Auslegungen vor, die einer gerichtlichen Überprüfung nicht standhalten. Der ArbG kann nach den Anweisungen verfahren, solange die FinVerw. von einer Anpassung an die neue Rspr. absieht (BFH v. 27.4.2001 – VI R 2/98, BStBl. II 2001, 601; BFH v. 13.6.2013 – VI R 17/12, BStBl. II 2013, 340; FG Köln v. 20.10.1983 – V K 293/83, EFG 1984, 230, rkr.; Nds. FG v. 16.6.2011 – 11 K 192/10, DStRE 2012, 1431, nrkr., Az. BFH VI R 54/11). Das gilt wegen der Sonderstellung des ArbG im LStAbzugsverfahren auch, falls sich der ArbG nicht über die Rechtslage irrt (BFH v. 6.12.1996 – VI R 18/96, BStBl. II 1997, 413; FG Brandenb. v. 26.11.1996 – 3 K

179/96 H, EFG 1997, 410, rkr.; KRÜGER in SCHMIDT, 37. Aufl. 2018, § 42d Rz. 26).

3. Haftungsausschluss wegen Bindung an eine verbindliche Zusage oder Auskunft 66

Folgt der ArbG einer im Anschluss an eine Außenprüfung gem. §§ 204 ff. AO erteilten verbindlichen Zusage, so steht deren Bindungswirkung einem Haftungsausschlussgrund gleich (vgl. BFH v. 11.6.1968 – VI R 102/67, BStBl. II 1968, 726; BFH v. 13.12.1989 – X R 208/87, BStBl. II 1990, 274; vgl. auch BFH v. 16.11.2005 – VI R 23/02, BStBl. II 2006, 210; s. auch § 42e Anm. 36). Die LStAnrufungsauskunft nach § 42e steht unabhängig neben diesen Auskünften und Zusagen (BFH v. 9.3.1979 – VI R 185/76, BStBl. II 1979, 451; s. Anm. 59).

Einstweilen frei.

67–69

D. Erläuterungen zu Abs. 3: Gesamtschuldnerschaft und Geltendmachung des Haftungsanspruchs

Schrifttum: NISSEN, Zur Haftung bei der Einbehaltung von Lohnsteuer und Kapitalertragsteuer, DB 1971, 1496; FICHELTMANN, Einwendungen gegen die Nachforderung von Lohnsteuer, DStR 1974, 75; VON BORNHAUPT, Anmerkung zu BFH VI R 167/73 v. 15.11.74, BB 1975, 313; VON BORNHAUPT, Inanspruchnahme des Arbeitnehmers bei zu hoher Lohnsteuer-Jahresausgleichs-Erstattung, BB 1975, 547; LANG, Das neue Lohnsteuerrecht, StuW 1975, 113, 130; KAV, Einwendungen des Arbeitgebers gegen den Lohnsteuer-Haftungsbescheid, FR 1976, 166; GUTH, Arbeitgeber- und Arbeitnehmerstellung im lohnsteuerlichen Haftungsverfahren, FR 1978, 428; GAIL, Die zunehmende Verfremdung der Lohnsteuer zu einer neuen Unternehmenssteuer, StJb. 1980/81, 289; OFFERHAUS, Zur Haftung des Arbeitgebers im Lohnsteuerverfahren, BB 1982, 793; OFFERHAUS, Anmerkung zu BFH VI S 10/82 v. 29.4.83, StBp. 1983, 212; APP, Inanspruchnahme eines Haftungsschuldners bei Vorliegen eines bestandskräftigen Steuerbescheids nach Erkennen von Rechtsfehlern zugunsten des Steuerpflichtigen?, DStR 1985, 109; GAST-DE HAAN, Lohnsteuerschuld und Arbeitgeberhaftung, DStJG 9 (1986), 141; MÖSBAUER, Die Arbeitgeberhaftung der GmbH für Lohnsteuer, GmbHR 1987, 483; HARDER, Das Auswahlermessen bei der Steuerhaftung, DB 1988, 2022; VON BORNHAUPT, Lohnsteuerausßenprüfung und Lohnsteuerhaftungsbescheid, BB 1990, Beilage zu Heft 1; RÖBLER, Entschließungsermessen und Haftungsbescheid, DStZ 1990, 64; VON BORNHAUPT, Lohnsteuernachforderung beim Arbeitnehmer, FR 1991, 365; STRECK/MACK, Anrechnung gezahlter Einkommensteuer des Arbeitnehmers auf Lohnsteuerhaftungsbescheide, Stbg 1991, 417; VON BORNHAUPT, Anerkennung einer Nettolohnvereinbarung nur bei Übergabe der Lohnsteuer-Karte, DStZ 1992, 536; THOMAS, Verfahrensfragen zu Lohnsteuerhaftungs- und Lohnsteuerpauschalierungsbescheiden, DStR 1992, 896; BEERMANN, Haftungsbescheid nach der AO und Entschließungsermessen, in KIRCHHOF/OFFERHAUS (Hrsg.), FS Franz Klein, Köln 1994, 433; KRÄMER, Bestimmtheit und Begründung von Haftungs- und Pauschalierungsbescheiden, Frankfurt 1994 (zugleich Diss. Bochum); VÖLLMEKE, Probleme bei der Anrechnung von Lohnsteuer, DB 1994, 1746; BLESINGER, Das Ermessen der Finanzbehörde beim Erlass eines Haftungsbescheides, StuW 1995, 226; MÖSBAUER, Grenzen der haftungsmäßigen Inanspruchnahme des Arbeitgebers für die Lohnsteuer der Arbeitnehmer, FR 1995, 727; THOMAS, Die Ermittlung der Haftungsschuld bei unterbliebenem Lohnsteuerabzug, DStR 1995, 273; THOMAS, Verpflegungsmehraufwendungen im Lohnsteuerrecht,

StbJb. 1995/96, 331; HEUERMANN, Der Lohnsteueranspruch gegen den Arbeitnehmer und sein Verhältnis zur (festgesetzten) Einkommensteuer, DB 1996, 1052; LANGE, Ergänzung der Ermessenserwägungen im finanzgerichtlichen Verfahren (§ 102 Satz 2 FGO), DB 2001, 2680; HARDER, Haftung des Geschäftsführers für nicht abgeführte Lohnsteuer, NZI 2014, 595.

I. Gesamtschuldnerschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer (Abs. 3 Satz 1)

1. Grundzüge der Gesamtschuldnerschaft

70 a) Rechtsgrundlagen und Inhalt der Gesamtschuldnerschaft

Abs. 3 Satz 1 erklärt den ArbG, der Haftungsschuldner ist, und den ArbN, der StSchuldner (Erstschuldner) ist, zu Gesamtschuldnern, allerdings mit der wichtigen Einschränkung „soweit die Haftung des Arbeitgebers reicht“ (s. Anm. 71). Das bedeutet, dass Haftungs- und Erstschild auf dieselbe Leistung gerichtet sind (§ 44 Abs. 1 AO), die der Fiskus nur einmal, wahlweise nach einer Ermessensentscheidung (Anm. 77 ff.) vom ArbG oder vom ArbN fordern kann. § 44 AO gilt ergänzend neben § 42d (BFH v. 31.1.1986 – VI R 17/83, BFH/NV 1986, 372).

71 b) Umfang der Gesamtschuldnerschaft

Die oberste Grenze der Gesamtschuld ist dort erreicht, wo die Pflicht zum LStAbzug nach §§ 38 ff. endet, also bei der gem. § 39b jeweils im laufenden Kj. geschuldeten LSt (glA HAHN, Inst. FuSt., Brief Nr. 257, 1986, 26). Auf der anderen Seite entsteht keine Gesamtschuldnerschaft bzw. endet sie, wo es von Anfang an keine persönliche Schuld des ArbN gibt bzw. diese erloschen ist; denn wenn nach der Begriffsbestimmung in § 44 Abs. 1 AO von Gesamtschuldnern „dieselbe Leistung“ gefordert werden kann, ist es ausgeschlossen, von einem Gesamtschuldner grds. mehr zu verlangen als vom anderen (s. aber § 44 Abs. 2 AO und Anm. 74). Das Problem des Umfangs der Gesamtschuldnerschaft ist damit letztlich eine Frage des Umfangs der Haftung des ArbG überhaupt.

2. Einwendungen des Arbeitgebers gegen die Haftungsschuld

72 a) Überblick

Bei der Prüfung, welche Einwendungen der ArbG gegen die Haftungsschuld wirksam erheben kann, muss unterschieden werden zwischen solchen,

- die allein das Haftungsverhältnis betreffen, und solchen,
- die das originäre StSchuldverhältnis betreffen, also grds. dem ArbN zustehen.

73 b) Einwendungen aus dem Haftungsverhältnis

Auf Einwendungen aus dem Haftungsverhältnis kann sich der ArbG immer mit Erfolg berufen, gleichgültig, ob sie sich auf das materielle Recht oder auf das Verfahrensrecht (zB mangelnde Begr. des Haftungsbescheids) beziehen.

Die Haftungsschuld entsteht nur, wenn eine Erstschild entstanden ist (BFH v. 22.7.1993 – VI R 116/90, BStBl. II 1993, 775; Hess. VGH v. 18.7.2000 – 5

TG 231/99, DStRE 2001, 218) und ein haftungsbegründender Tatbestand vorliegt, der nicht durch einen Haftungsausschlussgrund aufgehoben wird.

Die Haftungsschuld erlischt wie jede andere StSchuld (zB durch Zahlung, Festsetzungsverjährung, Aufrechnung, Erlass, Hess. VGH v. 18.7.2000 – 5 TG 231/99, DStRE 2001, 218), § 47 AO. Zahlungen des ArbG machen den Haftungsbescheid gegenstandslos.

c) Materiell-rechtliche Einwendungen aus dem originären Steuerschuldverhältnis

aa) Beziehungen zwischen Schuld und Haftung

74

Der Grundsatz der Akzessorietät zwischen Haftungsschuld und StSchuld, auf dem auch § 44 Abs. 1 AO beruht (BFH v. 15.12.1989 – VI R 151/86, BStBl. II 1990, 526), wird nur gewährt, wenn der ArbG sich auf alle materiell-rechtl. Einwendungen berufen kann, die auch dem ArbN als StSchuldner zustehen. Anderenfalls könnte die Haftungsschuld weiter gehen als die StSchuld und obwohl das LStAbzugsverfahren nur vorläufigen Charakter hat (BFH v. 27.2.2014 – VI R 23/13, BStBl. II 2014, 894, Rz. 13a), würde sich für den ArbG der LStAbzugsbetrag zum Haftungsbetrag verfestigen. In welchem Umfang das geschehen kann, verdeutlicht ein Sachverhalt, in dem die ursprüngliche Haftungsforderung iHv. 91 010 € vom FA auf 45 195,97 € herabgesetzt wurde, nachdem der ArbG in „einigen“ Fällen die EStBescheide der betroffenen ArbN vorgelegt hatte (FG Berlin-Brandenb. v. 23.2.2017 – 4 K 4083/15, DStRE 2018, 646, rkr.).

§ 44 Abs. 2 AO bestimmt, dass die Erfüllung durch einen Gesamtschuldner (ArbN, Haftungsschuldner aufgrund eines anderen Haftungstatbestands) auch die Haftungsschuld des ArbG erlöschen lässt. Der Erfüllung sind Aufrechnung und geleistete Sicherheit gleichgesetzt. Zahlungen des ArbN oder eines anderen Haftungsschuldners vor Erlass eines Haftungsbescheids sind zu berücksichtigen (BFH v. 17.10.1980 – VI R 136/77, BStBl. II 1981, 138; zust. KLEMP, StRK-Anm. EStG § 38 R. 95; BFH v. 6.6.1994 – VII B 2/94, BFH/NV 1995, 281, mwN; BFH v. 4.12.2007 – VII R 37/06, BFH/NV 2008, 526), ebenso Zahlungen nach Erlass des Haftungsbescheids während des Anfechtungsverfahrens. Dagegen sollen Leistungen während des Klageverfahrens erst im Abrechnungsverfahren berücksichtigt werden (BFH v. 17.10.1980 – VI R 136/77, BStBl. II 1981, 138; BFH v. 18.1.1991 – VI R 122/87, BStBl. II 1991, 409, mwN; RÜSKEN in KLEIN, 13. Aufl. 2016, § 191 AO Rz. 18 f.; nach überzeugender aA erledigt sich die Klage gegen den mit Blick auf die Höhe der Haftungsschuld rechtmäßigen Haftungsbescheid durch die Zahlung in der Hauptsache, LOOSE in TIPKE/KRUSE, § 191 AO Rz. 132 [1/2014]). Nach Auffassung der FinVerw. ist ein Haftungsbescheid zu widerrufen, soweit die StSchuld nach Ergehen eines rechtmäßigen Haftungsbescheids gemindert worden ist (AEAO zu § 191 AO Nr. 4).

Höhe der Haftungsschuld: Siehe Anm. 22. In der Praxis wird als Haftungsbetrag regelmäßig der LStAbzugsbetrag festgesetzt, der nicht erhoben worden ist. Dies wurde regelmäßig mit dem LStKartenprinzip gerechtfertigt (BFH v. 15.11.1974 – VI R 167/73, BStBl. II 1975, 297; BFH v. 12.12.1975 – VI B 124/75, BStBl. II 1976, 543; BFH v. 12.1.2001 – VI R 102/98, BStBl. II 2003, 151; AEAO zu § 191 AO Nr. 8), das von der Maßgeblichkeit der LStAbzugsmerkmale abgelöst worden ist. Soweit jedoch nach dem Sachverhalt wahrscheinlich ist, dass eine materielle StSchuld nicht besteht, Namen und Anschriften der ArbN bekannt sind und sich das haftungsbegründende Verhalten des ArbG nicht als grob leichtfertig darstellt, hält es der BFH allerdings für billig, vorrangig die

ArbN in Anspruch zu nehmen (BFH v. 15.11.1974 – VI R 167/73, BStBl. II 1975, 297; BFH v. 3.6.1982 – VI R 48/79, BStBl. II 1982, 710; zust. von BORNHAUPT, BB 1975, 313). Diese Einschränkung betrifft jedoch das Auswahlermessen und nicht die grundsätzliche Frage nach der wechselseitigen Wirkung von Einwendungen im Gesamtschuldverhältnis zwischen ArbG und ArbN.

Es gibt keine höchstrichterliche Entsch., nach der der ArbG alle materiell-rechtl. Einwendungen, die gegen die Erstschuld bestehen, gegen die Festsetzung der Haftungsschuld erheben kann, obwohl gerade die neuere Rspr. betont, dass auch die Haftung des ArbG bedeute, dass er für fremde Schuld einzustehen habe (s. Anm. 20). Die ältere Rspr. hat Einwendungen aus dem Erstschuldverhältnis nur in Einzelfällen zugelassen, zB wenn ein LStAbzug unterblieb, weil ArbG und ArbN über die Zugehörigkeit von Bezügen zum Arbeitslohn irrten und deswegen kein Eintrag über WK auf der LStKarte beantragt wurde (BFH v. 12.12.1975 – VI B 124/75, BStBl. II 1976, 543).

Ein Teil des Schrifttums stützt die Auffassung der FinVerw., der ArbG hafte für die LSt und dabei müsse es auch nach Ablauf des Kj. bleiben (WAGNER in BLÜMICH, § 42d Rz. 35 [5/2015] unter Bezug auf den Wortlaut: Haftung für „Lohnsteuer“; GUTH, FR 1978, 429; THOMAS, DStR 1995, 273 [274]). Hauptargument ist dabei, dem BSFA könne keine Schattenveranlagung des ArbN bei der Festsetzung der Haftungsschuld zugemutet werden. Der ArbG müsse sich zu viel erhobene Steuern im Wege des Regresses zurückholen oder der ArbN könne eine Abrechnung über die gezahlte LSt verlangen. Hierbei wird nicht berücksichtigt, dass arbeitsrechtl. Regressansprüche begrenzt und normale ArbN in stl. Angelegenheiten regelmäßig schon beim Ausfüllen der EStFormulare überfordert sind. Im Erg. wird gegen den Zweck der Haftungsvorschrift aus Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten eine zu hohe Steuerforderung in Kauf genommen. Die inzwischen hM im Schrifttum billigt dem ArbG daher alle Einwendungen aus dem Erstschuldverhältnis zu, soweit dem nicht ausdrücklich gesetzliche Regelungen entgegenstehen.

Für die Zeit nach Ablauf des Kj.; BÄUERLEN, Die Lohnsteuerhaftung des Arbeitgebers, 1978, 70; FICHELDMANN, DStR 1974, 75 (76 f.); LANG, StuW 1975, 130; MÖSBAUER, GmbHR 1987, 488; NISSEN, DB 1971, 1496 (1497); OFFERHAUS, StBp. 1983, 212; KRÜGER in SCHMIDT, 37. Aufl. 2018, § 42d Rz. 2, 60; SÖHN, StRK-Anm. StAnpG § 7 R. 49; SÖHN, StRK-Anm. AO 1977 § 191 R. 3; LOOSE in TIPKE/KRUSE, § 191 AO Rz. 135 (1/2014); THOMAS, StbJb. 1995, 331 (360); auch FG Nürnberg. v. 26.4.1977 – II 186/76, EFG 1977 512, rkr.

Diese Auffassung berücksichtigt, dass die LSt eine auflösend bedingte StSchuld ist und sich daher nach einem abgelaufenen Kj. nicht irgendwie verselbständigen kann (s. Anm. 22). Die von der Gegenmeinung ins Feld geführten Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte überzeugen letztlich nicht, insbes. nicht aufgrund der zunehmenden Digitalisierung, durch die ein ArbN über die Steuer-Identnummer sofort identifizierbar ist und seine Steuerdaten jederzeit abrufbar sind. Außerdem erfordert die Beachtung von § 191 Abs. 5 AO und die Beachtung von Verjährungsfristen regelmäßig, dass die EStVeranlagung des ArbN in den Fällen, in denen der Empfänger zu ermitteln ist (Ausnahme nur Massenfälle ab ca. 40 ArbN mit kleineren Zuwendungen), durchaus bei der Festsetzung der Haftungsforderung zu beachten ist, und zwar von Amts wegen. Diese Fälle sind im Übrigen auch solche, in denen der ArbN aufgrund des Auswahlermessens vorrangig in Anspruch zu nehmen ist. Das bedeutet, dass das BSFA regelmäßig keine sog. Schattenveranlagung durchführen muss, weil der ArbN vorrangig in Anspruch zu nehmen ist. Eine Haftung, durch die der Fiskus im Erg. besser gestellt ist als

durch einfache Schuldnerschaft, verstößt dagegen ihrem Prinzip nach gegen die Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung (auch anklingender Gedanke in BFH v. 29.10.1993 – VI R 26/92, BStBl. II 1994, 197, allerdings in anderem Zusammenhang). Diese Auffassung folgt in der Tendenz dem auch vom BVerfG anerkannten Grundsatz, dass bei einem – nach § 191 AO – erlassenen Haftungsbescheid dem Haftungsschuldner auch Einwendungen gegen die StSchuld, für die er in Anspruch genommen wird, zustehen (BVerfG v. 29.11.1996 – 2 BvR 1157/95, DStZ 1997, 604). Eine Grenze findet dieser Grundsatz nur in anders lautenden gesetzlichen Bestimmungen.

Keine Einwendungen gegen die Höhe der Haftungsschuld in Höhe der LSt können ArbG/ArbN in Fällen erheben, in denen die ESt des ArbN durch die LSt als abgegolten gilt, da hier die ESt nicht mehr individuell neu berechnet wird (BFH v. 12.1.2001 – VI R 102/98, BStBl. II 2003, 151; FG München v. 4.2.2004 – 7 K 4479/02, juris, rkr.).

bb) Beweislast für Einwendungen gegen die Haftungsschuld

75

Verbreitet ist die Auffassung, dass der ArbG darlegen und beweisen muss, dass die StSchuld nicht in dem Umfang, in dem ein Haftungsanspruch geltend gemacht wird, besteht oder vollständig erloschen ist (MÖSBAUER, GmbHR 1987, 488; KRÜGER in SCHMIDT, 37. Aufl. 2018, § 42d Rz. 60). Das wäre in dieser Allgemeinheit nur dann überzeugend, wenn es rechtl. zulässig wäre, den ArbG grds. als Haftenden vor dem ArbN in Anspruch zu nehmen, und wenn der ArbG die rechtl. Möglichkeit hätte, vom ArbN stl. Auskünfte zu erhalten. Das trifft aber gerade nicht zu. Die haftungsbegründenden Tatbestände, zu denen uE auch das Bestehen der StSchuld in bestimmter Höhe gehört (s. Anm. 22), muss das FA darlegen und beweisen. Für Gründe, die die einmal entstandene Haftungsforderung mindern oder erlöschen lassen, trägt der ArbG grds. die Darlegungs- und Beweislast. Er hat die den Einwendungen zugrunde liegenden Tatsachen mindestens glaubhaft zu machen (SÖHN, StRK-Anm. StAnpG § 7 R. 49). Ein vollständiger Beweis ist nicht immer möglich, zB dann nicht, wenn es um die Höhe der StSchuld des ArbN geht. Zur Einsicht des ArbG in die Steuerakten des ArbN s. BFH v. 13.9.1972 – I R 189/70, BStBl. II 1973, 119. Dagegen kennt das WohnsitzFA des ArbN dessen Daten genau und kann sie aufgrund der zunehmenden Digitalisierung ohne Weiteres abrufen. Insofern hat sich die Sachlage mit der Zeit geändert.

d) Verfahrensrechtliche Einwendungen aus dem originären Schuldverhältnis des Arbeitnehmers

76

§ 44 Abs. 2 Satz 3 AO, nach dem andere Tatsachen als Erfüllung, Aufrechnung und Sicherheitsleistung nur für und gegen den Gesamtschuldner wirken, in dessen Person sie eintreten, bedeutet im Rückschluss, dass sich der Haftende auf verfahrensrechtl. Einwendungen, die die Festsetzung und Durchsetzung der Erstschuld gegenüber dem ArbN ganz oder teilweise behindern, nicht berufen kann. Dazu zählen zB Stundung, Zahlungsaufschub, Aussetzung der sofortigen Vollziehung (vgl. RATSCHOW in KLEIN, 13. Aufl. 2016, § 44 AO Rz. 18; DRÜEN in TIPKE/KRUSE, § 44 AO Rz. 19 [10/2013]). Verfahrensrechtliche Einwendungen des ArbN berühren den Haftungsanspruch nicht, weil sie keinen Einfluss auf die Höhe der StSchuld haben und die Haftung des ArbG für LSt nicht auf eine Ausfallhaftung beschränkt ist (BFH v. 26.7.1974 – VI R 24/69, BStBl. II 1974, 756; glA KAV, FR 1976, 166).

§ 191 Abs. 5 AO verbietet aufgrund der Akzessorietät zwischen Schuld und Haftung den Erlass eines Haftungsbescheids, wenn die Erstschuld nicht festgesetzt worden ist und wegen Ablaufs der Festsetzungsfrist nicht mehr festgesetzt werden kann. Gleiches gilt, wenn die Erstschuld verjährt oder erlassen worden ist (§ 47 AO, AEAO zu § 191 AO Nr. 9; s. Anm. 74; THOMAS, StbJb. 1995/96, 331 [360]). Im Rückschluss ergibt sich daraus, dass Festsetzungs- oder Zahlungsverjährung der Erstschuld, die nach Erlass eines Haftungsbescheids eintritt, den Haftungsanspruch nicht berührt (BFH v. 7.11.1995 – VII R 26/95, BFH/NV 1996, 379; BFH v. 11.7.2001 – VII R 28/99, BFH/NV 2002, 305; Hess. VGH v. 18.7.2000 – 5 TG 231/99, DStRE 2001, 218).

Sonderfall der bestandskräftigen Veranlagung des Arbeitnehmers: Ist dem FA bei der Festsetzung der ESt des ArbN ein Fehler unterlaufen, der sich zugunsten des ArbN auswirkt, und ist der EStBescheid bestandskräftig und nicht mehr änderbar, so kann der ArbG dem FA gem. § 254 iVm. § 426 BGB, § 44 AO das eigene Verschulden mit Erfolg entgegensetzen (BFH v. 8.10.1992 – VI R 47/91, BStBl. II 1993, 169, unter Aufgabe von BFH v. 26.7.1974 – VI R 24/69, BStBl. II 1974, 756; FG Ba.-Württ. v. 15.12.1992 – 3 K 77/89, EFG 1993, 411, rkr.; APP, DStR 1985, 109 [110f.]; NISSEN, DB 1971, 1496 [1497]; KRÜGER in SCHMIDT, 37. Aufl. 2018, § 42d Rz. 29).

II. Inanspruchnahme des Arbeitgebers als Ermessensentscheidung (Abs. 3 Satz 2)

77 1. Ermessensentscheidung

Die Erfüllung des Haftungstatbestands zieht nicht automatisch die Inanspruchnahme des ArbG nach sich. Das FA hat vielmehr aufgrund pflichtgemäßen Ermessens (§ 5 AO) über die Inanspruchnahme des ArbG zu entscheiden (Abs. 3 Satz 2). Nur im Sonderfall der Ermessensschumpfung auf Null ist nur eine einzige Entsch. rechtmäßig (BFH v. 5.3.1993 – VI R 79/91, BStBl. II 1993, 692; FG Brandenb. v. 5.7.1996 – 3 V 365/96 H, EFG 1997, 81, rkr.). Die Ermessensentscheidung betrifft nicht die Frage, ob der Haftungstatbestand erfüllt ist (BFH v. 20.9.2016 – X R 36/15, BFH/NV 2017, 593, Rz. 12).

Die rechtmäßige Ermessensentscheidung ist zweistufig (BFH v. 20.9.2016 – X R 36/15, BFH/NV 2017, 593 Rz. 11) und gliedert sich in das Entschließungs-ermessen (s. Anm. 78) und das Auswahlermessen (s. Anm. 79). Die Ermessensausübung ist nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar (§ 102 FGO). Lediglich bei einer Ermessensschumpfung auf Null ist nur eine einzige der denkbaren Entsch. rechtmäßig. In prozesstechnischer Hinsicht sollten alle Argumente, die sich gegen die Ausübung des Auswahlermessens richten, ausführlich vor dem FG erörtert werden (vgl. BFH v. 24.3.2010 – VI B 132/09, BFH/NV 2010, 1828 Rz. 8).

Durch die Ermessensentscheidung unterscheidet sich § 42d grds. von § 40; ein Einverständnis des ArbG ersetzt die Ermessensentscheidung nicht. Die bloße Nichtausübung des Ermessens ist ein Ermessensfehler, der zur Rechtswidrigkeit des Haftungsbescheids führt (Nds. FG v. 27.7.1982 – XI 351/81, EFG 1983, 155, rkr.; FG Brandenb. v. 26.11.1996 – 3 K 179/96 H, EFG 1997, 410, rkr.). Zur Ermessensausübung bei formloser Inanspruchnahme s. Anm. 90.

2. Entschließungsermessen

78

Die Ausübung des Entschließungsermessens besteht darin, den Ermessensspielraum zu erkennen und nach Abwägung aller Gesichtspunkte zu entscheiden, ob der ArbG dem Grunde nach haften soll (vgl. BFH v. 26.2.1985 – VII R 110/79, BFH/NV 1985, 20; BFH v. 9.8.2002 – VI R 41/96, BStBl. II 2003, 160). Das zuständige FA hat unter Berücksichtigung des Zwecks des § 42d eine Entsch. zu treffen, die im Hinblick auf die Verhältnisse des Einzelfalls billig und gerecht ist (§ 5 AO; BFH v. 9.10.1992 – VI R 47/91, BStBl. II 1993, 169). Dabei sind auch Billigkeitsgesichtspunkte einzubeziehen (FG Ba.-Württ. v. 14.10.2004 – 3 K 204/00, EFG 2005, 367, rkr.). Das setzt voraus, dass der im Zeitpunkt des letzten Verwaltungshandelns aktuelle, entscheidungserhebliche Sachverhalt umfassend und einwandfrei ermittelt wurde (BFH v. 5.3.1993 – VI R 79/91, BStBl. II 1993, 692; BFH v. 30.6.1995 – VII R 87/94, BFH/NV 1996, 3; FG Brandenb. v. 5.7.1996 – 3 V 365/96 H, EFG 1997, 81, rkr.; FG Münster v. 18.12.1996 – 15 V 2624/96 U, EFG 1997, 647, rkr.; Hess. FG v. 10.10.2005 – 3 V 3913/04, DStRE 2006, 683, rkr.).

Erstreckt sich die Gesamtschuldnerschaft noch auf weitere Personen, die neben dem ArbG ebenfalls für LSt haften, so ist das ebenfalls bei der Ermessensentscheidung zu berücksichtigen (s. Anm. 79; BFH v. 9.8.2002 – VI R 41/96, BStBl. II 2003, 160). Bei der Ermessensentscheidung sind Erfüllungshandlungen anderer Gesamtschuldner zu berücksichtigen (BFH v. 4.12.2007 – VII R 37/06, BFH/NV 2008, 526).

3. Auswahlermessen

79

Auswahl nach Recht und Billigkeit: Bei der Ausübung des Auswahlermessens ist zu entscheiden, ob der ArbG vorrangig in Anspruch genommen wird. Das FA hat diese Wahl nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung der durch Recht und Billigkeit gezogenen Grenzen zu treffen (BFH v. 24.11.1961 – VI 183/59 S, BStBl. III 1962, 37; BFH v. 7.2.1969 – VI R 81/66, BStBl. II 1969, 406; BFH v. 5.2.1971 – VI R 82/68, BStBl. II 1971, 353; BFH v. 15.11.1974 – VI R 167/73, BStBl. II 1975, 297; BFH v. 12.2.2009 – VI R 40/07, BStBl. II 2009, 478). Es ist das Für und Wider abzuwägen, das gerade für die Inanspruchnahme des Gesamtschuldners spricht, der vorrangig herangezogen werden soll (FG Bremen v. 10.4.1981 – II 76/77, EFG 1981, 602, rkr., mwN; Nds. FG v. 27.7.1982 – XI 351/81, EFG 1983, 155, rkr.; Nds. FG v. 18.1.2001 – 11 K 270/99, EFG 2003, 371, rkr.). Als ausschlaggebende Gesichtspunkte kommen zB in Betracht: Zweckmäßigkeit, Verwaltungsökonomie, Verschulden (FG Saarl. v. 13.9.2001 – 1 K 113/00, nv., juris, rkr.) und Verschuldensgrad des ArbG, eigenes Verhalten der FinVerw., Vertrauensschutz, Bestandsschutz, Ursachen für den nicht korrekten LStAbzug (FG Münster v. 16.12.1996 – 15 V 2624/96 U, EFG 1997, 647, rkr.; vgl. auch OFFERHAUS, BB 1982, 793 [796]; GAST-DE HAAN in DStJG 9 [1986], 141 [171]), Vorliegen einer Steuerstraftat (BFH v. 12.2.2009 – VI R 40/07, BStBl. II 2009, 478; FG Saarl. 13.9.2001 – 1 K 113/00, nv., juris, rkr.; FG Köln v. 24.10.2012 – 15 K 66/12, EFG 2013, 654, rkr.). Die Tendenz der Rspr. geht dahin, bei der Überprüfung der Ermessensentscheidung dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit und der Verwaltungsökonomie nicht Priorität einzuräumen (ähnlich KRÜGER in SCHMIDT, 37. Aufl. 2018, § 42d Rz. 31, insbes. bei schuldlosem Verhalten des ArbG). Außerdem bietet Abs. 3 Sätze 3 und 4 Maßstäbe für das Auswahlermessen (s. Anm. 82 ff.).

In jedem Einzelfall muss die Prüfung unter Beachtung aller Umstände dieses Falls von Neuem erfolgen, denn es gibt keine Standardentscheidung zugunsten oder zulasten des ArbG (BFH v. 15.11.1974 – VI R 167/73, BStBl. II 1975, 297; BFH v. 3.6.1982 – VI R 48/79, BStBl. II 1982, 710; BFH v. 15.5.2013 – VI R 28/12, BStBl. II 2013, 737; OFFERHAUS, BB 1982, 793 [796]). Ermessensfehlerhaft sind daher alle Haftungsbescheide, die sich darauf beschränken festzustellen, besondere Gesichtspunkte, den ArbN in Anspruch zu nehmen, seien nicht ersichtlich. Andere Haftungstatbestände, die neben § 42d erfüllt sind, sind bei der Ermessensausübung zu bedenken (s. Anm. 78). Haften noch weitere Personen neben dem ArbG aufgrund anderer Haftungsvorschriften ebenfalls für LSt (s. Anm. 13), so dass unter allen ein Gesamtschuldverhältnis besteht, so ist dies in die Ermessenserwägungen einzubeziehen; anderenfalls ist der Haftungsbescheid schon aus diesem Grund rechtswidrig (BFH v. 26.2.1985 – VII R 110/79, BFH/NV 1985, 20; BFH v. 9.8.2002 – VI R 41/96, BStBl. II 2003, 160; FG Münster v. 16.12.1996 – 15 V 2624/96 U, EFG 1997, 647, rkr.; FG Sachsen v. 14.8.2012 – 6 K 2330/06, GmbHR 2013, 278, rkr.; vgl. auch Anm. 101). Zwecks Nachprüfbarkeit sind die anderen Haftungsschuldner gegenüber dem ArbG zu bezeichnen (FG Düss. v. 18.5.1978 – XI 68/73 U, EFG 1978, 528, rkr.).

Nach erfolgloser Inanspruchnahme des vorrangig in Anspruch genommenen Gesamtschuldners, zB des ArbN, kann es ermessensfehlerfrei sein, nachrangig den ArbG haften zu lassen (vgl. BFH v. 10.1.1964 – VI 262/62 U, BStBl. III 1964, 213; BFH v. 26.7.1974 – VI R 24/69, BStBl. II 1974, 756; NISSEN, DB 1971, 1496 [1498]).

80 4. Beispiele: Keine vorrangige Inanspruchnahme des Arbeitgebers

Billigkeitsregelung: Der Nichteinbehalt von LSt beruht auf einer Billigkeitsregelung, die von den Finanzbehörden getroffen worden ist (BFH v. 13.6.2013 – VI R 17/12, BStBl. II 2014, 340; Nds. FG v. 16.6.2011 – 11 K 192/10, EFG 2012, 556, nrkr., im Erg. bestätigt durch BFH v. 19.9.2012 – VI R 54/11, BStBl. II 2013, 395).

Dienstverhältnis: Es ist zweifelhaft, ob überhaupt ein Dienstverhältnis vorliegt, und der mutmaßliche ArbN ist bekannt (BFH v. 18.7.1958 – VI 134/57 U, BStBl. III 1958, 384; Schl.-Holst. FG v. 17.2.1972 – I 144/70, EFG 1972, 343, rkr.); s. auch Anm. 74.

Einzelne Arbeitnehmer: Es handelt sich nur um wenige, einzeln bekannte ArbN, für die LSt nachzufordern ist (BFH v. 14.4.1967 – VI R 23/66, BStBl. III 1967, 469; BFH v. 20.9.1985 – VI R 45/82, BFH/NV 1986, 240, betr. 33 ArbN; FG Hamb. v. 17.12.1980 – VI 16/78, EFG 1981, 472, rkr.; FG Ba.-Württ. v. 25.9.1984 – IV 373/80, EFG 1985, 258, rkr.).

Falsche Auskunft des FA über den LStAbzug gegeben (BFH v. 24.11.1961 – VI 183/59 S, BStBl. III 1962, 37; BFH v. 22.7.1993 – VI R 116/90, BStBl. II 1993, 775; FG Düss. v. 25.2.1971 – IX 148/70 L, EFG 1971, 407, rkr.); s. Anm. 59, 61, 66.

Irrtum über rechtliche Verhältnisse: Den ArbG trifft nur ein geringes Verschulden; s. Anm. 23.

Leichte Steuernachforderung: Die vom ArbG nicht einbehaltene LSt kann ebenso leicht wie vom ArbG vom ArbN nachgefordert werden.

BFH v. 12.1.1968 – VI R 117/66, BStBl. II 1968, 324; BFH v. 21.1.1972 – VI R 187/68, BStBl. II 1972, 364; BFH v. 18.9.1981 – VI R 44/77, BStBl. II 1981, 801; FG Düss. v. 19.5.1980 – XX/I 639/79 L, EFG 1981, 206, rkr.

Nichtbeanstandung von Fehlern: Der LStAußenprüfer hat Mängel bei der Erfüllung von Aufzeichnungspflichten (FG Düss. v. 25.9.1971 – IX 148/70 L, EFG 1971, 407, rkr.) oder bei der Rechtsanwendung (FG Köln v. 27.11.1985 – IX 227/81 H (L), BB 1986, 1067, rkr.) erkannt; aber nicht gerügt bzw. den ArbG noch in seiner unrichtigen Rechtsauffassung bestärkt (BFH v. 5.3.1965 – VI 259/63 U, BStBl. III 1965, 355; BFH v. 30.11.1966 – VI 164/65, BStBl. III 1967, 331; BFH v. 7.12.1984 – VI R 164/79, BStBl. II 1985, 164; FG Saarl. v. 3.12.2014 – 2 K 1088/12, juris, rkr.); s. auch Anm. 61.

Rechtsprechung des BFH: Der ArbG verlässt sich bei der Berechnung der LSt auf die Rspr. des BFH (FG Berlin v. 19.11.1956, EFG 1957, 213, rkr.; FG Berlin v. 22.10.1976 – III 321/76, EFG 1977, 103, rkr.).

Regress des Arbeitgebers: Tarifliche Ausschlussfristen machen den Regress des ArbG unmöglich, so dass der ArbG die LSt endgültig tragen müsste, beim ArbN kann sie aber noch nachgefordert werden (so BÄUERLEN, Die Lohnsteuerhaftung des Arbeitgebers, 1978, 98 f.).

Steueranspruch besteht wahrscheinlich nicht/nicht in der Höhe der Haftungsforderung und Namen sowie Anschriften der betroffenen ArbN sind bekannt, so dass zumindest ermittelt werden kann, ob ein materiell-rechtl. StAnspruch besteht (BFH v. 3.6.1982 – VI R 48/79, BStBl. II 1982, 710; BFH v. 21.12.1990 – VI R 59/85, BFHE 164, 226; FG Schl.-Holst. v. 17.2.1972 – I 144/70, EFG 1972, 343, rkr.; FG Münster v. 28.10.1975 – VIII 1477/72 L, EFG 1976, 309, rkr.). Nach Ablauf des Kj. ist bei der Prüfung der StSchuld auf die gesamten Einkünfte im jeweiligen Kj. abzustellen (FG Nürnberg v. 24.2.1970 – I 93/68, EFG 1970, 418, rkr.); ebenso, wenn WK in Zusammenhang mit der LStNachforderung stehen (BFH v. 26.7.1963 – VI 279/61 U, BStBl. III 1963, 470).

Tatsachenirrtum: Es liegt ein entschuldbarer Tatsachenirrtum des ArbG vor, der auf falschen Angaben des ArbN beruht (FG Ba.-Württ. v. 25.9.1984 – IV 373/80, EFG 1985, 258, rkr.; s. Anm. 64).

Verantwortlichkeit des Arbeitnehmers für den Lohnsteuerabzug: Der ArbN, für den zu wenig LSt einbehalten wurde, war im Betrieb des ArbG für den LStAbzug verantwortlich, zB als Geschäftsführer (FG Münster v. 28.10.1975 – VIII 1477/72 L, EFG 1976, 309, rkr.). Der ArbN hat als verantwortlicher Angestellter absichtlich keine LSt abgeführt (BFH v. 20.4.1982 – VII R 96/79, BStBl. II 1982, 521).

Verschulden des Arbeitgebers: Der ArbG hat den LStAbzug nicht bewusst oder leichtfertig versäumt (R 42d.1 LStR). Bei schuldlosem Verhalten reichen Zweckmäßigkeitserwägungen als Ermessensgrund nicht aus, um eine vorrangige Inanspruchnahme des ArbG zu rechtfertigen (FG Brandenb. v. 5.7.1996 – 3 V 365/96 H, EFG 1997, 81, rkr.; KRÜGER in SCHMIDT, 37. Aufl. 2018, § 42d Rz. 31).

Verwaltungsanweisungen: Hält sich der ArbG beim LStAbzug an die Verwaltungsanweisungen der FinVerw., so kommt es nicht zur Haftung des ArbG (BFH v. 20.3.2014 – VI R 43/13, BStBl. II 2014, 592; Nds. FG v. 16.6.2011 – 11 K 192/10, EFG 2012, 556, nrkr., im Erg. bestätigt durch BFH v. 19.9.2012 – VI R 54/11, BStBl. II 2013, 395).

Verwaltungsaufwand des Arbeitgebers ist bei der Ermessensausübung zu berücksichtigen und im Verhältnis zum Verwaltungsaufwand des BSFA zu sehen

(BFH v. 19.7.1995 – VI B 28/95, BFH/NV 1996, 32), insbes. wenn ArbN aus dem Betrieb schon ausgeschieden sind (BFH v. 10.1.1964 – VI 262/62 U, BStBl. III 1964, 213; BFH v. 19.7.1995 – VI B 20/95, BFH/NV 1996, 32; Nds. FG v. 17.2.1971 – IX 148/70 L, EFG 1971, 408, rkr.; FG Brandenb. v. 5.7.1996 – 3 V 365/96 H, EFG 1997, 81, rkr.).

Widersprüchliches Verhalten der Finanzverwaltung: Betriebsstätten- und WohnsitzFA haben eine unterschiedliche Rechtsauffassung über die StPflcht einer Zuwendung (FG Rhld.-Pf. v. 18.8.1983 – 3 K 167/83, EFG 1984, 192, rkr.); s. auch Anm. 76.

Weitere Beispiele bei H 42d.1 LStH.

81 5. Beispiele: Vorrangige Inanspruchnahme des Arbeitgebers nicht ermessensfehlerhaft

Aufzeichnungen des Arbeitgebers: Der ArbG haftet vorrangig, wenn er keine Aufzeichnungen über die Lohnzuwendungen gemacht hat (s. zB BFH v. 7.12.1984 – VI R 164/79, BStBl. II 1985, 164; FG Ba.-Württ. v. 11.4.1983 – VII 411/81, EFG 1984, 86, rkr.). Fehlerhafte Aufzeichnungen in diesem Sinne liegen uE nicht vor, wenn der ArbG Vorteile zulässigerweise auf einem Lohnsammelkonto aufzeichnet.

Einverständnis des Arbeitgebers: Der ArbG will die LSt aus eigener Entsch. übernehmen (BFH v. 7.12.1984 – VI R 72/82, BStBl. II 1985, 170; BFH v. 27.9.1996 – VI R 84/95, BStBl. II 1997, 147; BFH v. 21.4.2010 – VI R 46/08, BStBl. II 2010, 848; FG Köln v. 19.3.2009 – 2 K 659/07, EFG 2009, 1105, rkr.), auch wenn es sich um die LSt eines einzelnen, namentlichen bekannten ArbN handelt (BFH v. 24.8.2017 – VI R 58/15, BStBl. II 2018, 72Rz. 37). Die Ermessensentscheidung wird aber nicht durch das Einverständnis ersetzt.

Lohnsteueranrufungsauskunft wird vom ArbG ignoriert, entgegen der Auskunft führt er keine LSt ab (FG München v. 24.4.2008 – 15 K 1124/08, EFG 2008, 1791, rkr.).

Nachforderung der Lohnsteuer beim Arbeitnehmer: Die Nachforderung der LSt beim ArbN ist nur schwer oder gar nicht möglich, zB weil der ArbN Ausländer ist und der lStpfl. Vorgang mehrere Jahre zurückliegt (BFH v. 6.4.1977 – I R 252/74, BStBl. II 1977, 575; FG Münster v. 17.12.1980 – II-IX-V 2509/77 L, EFG 1981, 468, rkr.) oder die Schuld beim ArbN nicht realisiert werden kann (BFH v. 22.9.1992 – VII R 73-74/91, BFH/NV 1993, 215; BFH v. 26.6.1996 – II R 31/93, BFH/NV 1997, 2; Hess. FG v. 27.2.2006 – 6 K 4107/01, juris, rkr.). Dazu gehört auch, dass der ArbN wegen nur beschränkter StPflcht nicht zur ESt veranlagt werden kann (BFH v. 21.4.2010 – VI R 46/08, BStBl. II 2010, 848). Verfahrensrechtliche Hindernisse schließen eine Inanspruchnahme des ArbN aus (BFH v. 26.7.1974 – VI R 24/69, BStBl. II 1974, 756; FG Rhld.-Pf. v. 26.3.1987 – 3 K 14/86, EFG 1987, 428, rkr.), es muss aber der Grund des Verfahrenshindernisses in die Ermessensentscheidung einbezogen werden (s. Anm. 76). Name des ArbN oder seine Anschrift ist unbekannt (FG Berlin v. 2.6.1967 – III 37/65, EFG 1968, 64, rkr.; inzidenter auch BFH v. 8.11.1985 – VI R 237/80, BStBl. II 1986, 274; FG Münster v. 18.12.1996 – 15 V 2624/96 U, EFG 1997, 647, rkr.; FG Sachs.-Anh. v. 4.5.2006 – 1 K 1938/03, juris, NZB eingelegt Az. BFH VI B 74/06).

Nettolohnvereinbarung: Es liegt eine echte Nettolohnvereinbarung vor (BFH v. 26.2.1982 – VI R 123/78, BStBl. II 1982, 403; BFH v. 8.11.1985 – VI R 238/

80, BStBl. II 1986, 186; Nds. FG v. 17.2.1971 – IX 148/70 L, EFG 1971, 408, rkr.).

Schwarzarbeit: Es liegt ein verschleierter Einsatz von Schwarzarbeitern vor (FG Münster v. 23.6.2015 – 1 V 1012/15 L, EFG 2016, 261, rkr.).

Steuerhinterziehung, Steuerstraftat: Hat der Haftende eine StStraftat begangen, so ist das Auswahlermessen in der Weise vorgeprägt, dass der StStraftäter vor anderen Personen in Anspruch genommen wird; eine besondere Begr. im Haftungsbescheid ist in diesem Fall nicht notwendig (BFH v. 12.2.2009 – VI R 40/07, BStBl. II 2009, 478; FG München 22.6.2012 – 8 V 1021/12, juris, rkr.; FG Köln v. 24.10.2012 – 15 K 66/12, EFG 2013, 654, rkr.).

Übernahme der Lohnsteuer wird vom ArbG gewünscht, um die ArbN nicht zu belasten (FG Köln v. 19.3.2009 – 2 K 659/07, EFG 2009, 1105, vom BFH aufgehoben, weil kein Arbeitslohn anzunehmen war, BFH v. 9.12.2010 – VI R 23/09, BFH/NV 2011, 972).

Verschulden des Arbeitgebers: Der ArbG hat LSt bewusst oder leichtfertig nicht zutr. einbehalten (BFH v. 14.4.1967 – VI R 23/66, BStBl. III 1967, 469; FG Düss. v. 28.6.1978 – VIII (VII) 197/73 L, EFG 1979, 31, rkr.; FG Münster v. 18.12.1996 – 15 V 2624/96 U, EFG 1997, 647, rkr.; FG Köln v. 19.3.2009 – 2 K 659/07, EFG 2009, 1105, aufgehoben jedoch, weil kein Arbeitslohn vorlag: BFH v. 9.12.2010 – VI R 23/09, BFH/NV 2011, 972). Anders bei geringem oder fehlendem Verschulden des ArbG.

Verwaltungsvereinfachung: Es sind viele (idR mehr als 40), meist kleine LStBeträge nachzuentrichten, die aufgrund eines im Wesentlichen gleichen Tatbestands geschuldet werden (BFH v. 5.11.1971 – VI R 207/68, BStBl. II 1972, 137; FG Köln v. 6.12.2006 – 11 K 5825/04, EFG 2007, 1034, rkr.). Die Ermittlung der LSt ist schwierig und der ArbG beabsichtigt von Anfang an nicht, Regress zu nehmen (BFH v. 6.3.1980 – VI R 65/77, BStBl. II 1980, 289; BFH v. 20.5.1980 – VI R 169/77, BStBl. II 1980, 669; BFH v. 7.12.1984 – VI R 72/82, BStBl. II 1985, 170). Nach OFFERHAUS (BB 1982, 793) ist auch hier die vorrangige Inanspruchnahme des ArbG in einer Vielzahl von Fällen nicht „zwangsläufig“ ermessensfehlerfrei. Es darf nicht wegen der Vereinfachung dazu kommen, dass der ArbG letzten Endes für StBeträge einzustehen hat, die vom ArbN nicht – mehr – geschuldet werden (s. auch BFH v. 9.10.1992 – VI R 47/91, BStBl. II 1993, 169; s. Anm. 82). Sollen die ArbN vorrangig in Anspruch genommen werden, so verlangt die Rspr., dass der ArbG bis zum Abschluss des Einspruchsverfahrens konkrete Angaben zu den betroffenen ArbN macht (BFH v. 24.1.1992 – VI R 177/88, BStBl. II 1992, 696).

III. Im Gesetz vorgegebene Maßstäbe für den Ermessensgebrauch (Abs. 3 Sätze 3 und 4)

1. Arbeitgeberhaftung trotz Einkommensteueranlagung des Arbeitnehmers (Abs. 3 Satz 3)

82

Die Veranlagung des Arbeitnehmers zur Einkommensteuer schließt gem. Abs. 3 Satz 3 nicht automatisch die vorrangige Inanspruchnahme des ArbG aus. Satz 3 ist nur historisch als Reaktion auf die Rspr. des BFH zu verstehen, nach der es grds. unbillig war, den ArbG in Anspruch zu nehmen, wenn der ArbN veranlagt wurde (so noch BFH v. 20.2.1959 – VI 314/56 U, BStBl. III 1959,

202; weitere Nachweise und Kritik bei GAIL, StbJb. 1980/81, 289 [297], der die Neuregelung seit 1975 für bedenklich hält). Es bleibt beim Auswahlermessen des FA.

Auswahlermessen des Finanzamts bei Einkommensteuerveranlagung des Arbeitnehmers: Die Tatsache, dass der ArbN zur ESt veranlagt wird, mit der Folge, dass der exakte StBetrag festgesetzt werden kann, spricht eher gegen eine vorrangige Inanspruchnahme des ArbG (vgl. OFD Düss. v. 10.1.1980, StEK EStG § 42d Nr. 6).

Auswahlermessen des Finanzamts nach Veranlagung des Arbeitnehmers: Ein Sonderproblem liegt vor, wenn ein bestandskräftiger EStBescheid gem. § 173 AO nicht mehr zuungunsten des ArbN geändert werden kann und die ESt aufgrund eines Fehlers des FA zu niedrig festgesetzt worden ist. Der Zweck des § 42d verbietet es hier, den ArbG, der denselben Fehler wie das FA begangen hat, für die LSt haften zu lassen. Die LSt kann dann endgültig nicht nach-erhoben werden (BFH v. 9.10.1992 – VI R 47/91, BStBl. II 1993, 169, unter Aufgabe von BFH v. 26.7.1974 – VI R 24/69, BStBl. II 1974, 756). Dasselbe gilt, wenn die Festsetzungsfrist für einen EStBescheid abgelaufen ist (§ 191 Abs. 5 AO). Anders, wenn die zutr. festgesetzte ESt beim ArbN nicht vollstreckbar ist (BFH v. 9.10.1992 – VI R 47/91, BStBl. II 1993, 169).

Die Beweislast für die Tatsache, dass der ArbN veranlagt wird, trägt nach hM der ArbG (BFH v. 29.11.1978 – I R 159/76, BStBl. II 1979, 182). Genügen muss uE Glaubhaftmachung, wie etwa der Hinweis, dass der ArbN wegen der Höhe seines Jahresarbeitslohns wahrscheinlich zur ESt veranlagt wird.

2. Zulässigkeit der Inanspruchnahme des Arbeitnehmers nur in zwei Fällen (Abs. 3 Satz 4)

83 a) Eingeschränkte Möglichkeit zur Inanspruchnahme des Arbeitnehmers nach Abs. 3 Satz 4

Zwei Fallgruppen hebt Abs. 3 Satz 4 hervor, in denen die Inanspruchnahme des ArbN in Betracht kommt. Einschränkungen des Auswahlermessens im Haftungsverfahren des ArbG ergeben sich im Umkehrschluss. Die Regelung gibt in bestimmten Fällen eine Richtschnur dafür ab, ob der ArbG vorrangig als Haftender oder der ArbN als StSchuldner in Anspruch zu nehmen ist (BFH v. 13.12.1978 – VII R 49/76, BFHE 127, 121). Die Rspr. hält § 42d Abs. 3 Satz 4 für missverständlich und ordnet die Vorschrift nur dem LStAbzugsverfahren mit der Folge zu, dass die Einschränkungen für die Inanspruchnahme des ArbN nur dort zu beachten sind, nicht aber im Veranlagungsverfahren des ArbN (BFH v. 17.5.1985 – VI R 137/82, BStBl. II 1985, 660; BFH v. 13.1.2011 – VI R 62/09, BFH/NV 2011, 751). Entgegen der missverständlichen Gesetzesformulierung steht es auch nicht im Ermessen des FA, ob es die StSchuld des ArbN festsetzt (BFH v. 3.12.2015 – VI B 14/16, BFH/NV 2016, 1540 Rz. 5).

84 b) Nicht vorschriftsmäßig vom Arbeitslohn einbehaltene Lohnsteuer (Abs. 3 Satz 4 Nr. 1)

Nach Satz 4 Nr. 1 kann der ArbN vorrangig in Anspruch genommen werden, wenn der ArbG die LSt nicht vorschriftsmäßig vom Arbeitslohn einbehalten hat. Dies entspricht dem Wortlaut nach dem Haftungstatbestand des Abs. 1 Nr. 1. Sachgerecht ist es aber, die Regelung auf alle Sachverhalte anzuwenden, bei denen durch korrekten LStAbzug das Vermögen des ArbN noch nicht in

Höhe der von ihm geschuldeten ESt bzw. deren Vorauszahlung gekürzt worden ist (so schon BFH v. 24.1.1975 – VI R 121/72, BStBl. II 1975, 420; von BORNHAUPT, BB 1975, 547). Abs. 3 Satz 4 Nr. 1 muss daher auch anwendbar sein, wenn zB ein Dritter anstelle des ArbG den LStAbzug vornimmt. Im Erg. ist damit das Ermessen der FinVerw. immer dann nicht eingeschränkt, wenn der ArbG zu wenig oder überhaupt keine LSt (vgl. FG Köln v. 30.8.1982 – II 40/82 L, EFG 1983, 520, rkr.) einbehalten hat.

Nicht erfüllt ist der Tatbestand des § 42d Abs. 3 Satz 4 Nr. 1, wenn der ArbG aufgrund einer ihm erteilten, aber dem Grunde nach unrichtigen LStAnrufungsauskunft keine LSt einbehalten hat, denn der ArbG konnte rechtmäßig auf den LStAbzug verzichten und ist im Rahmen des LStAbzugsverfahrens auch gegenüber dem ArbN an die erteilte LStAnrufungsauskunft gebunden (BFH v. 17.10.2013 – VI R 44/12, BFH/NV 2014, 229).

c) Keine vorschriftsmäßige Anmeldung einbehaltener Lohnsteuer (Abs. 3 Satz 4 Nr. 2) 85

Das Auswahlermessen des FA ist eingeschränkt, falls die LSt einbehalten, aber nicht vorschriftsmäßig nach § 41a angemeldet wurde. Im Umkehrschluss ist das Auswahlermessen des FA nicht eingeschränkt, wenn der ArbN positiv weiß (BFH v. 8.11.1985 – VI R 238/80, BStBl. II 1986, 186; BFH v. 21.2.1992 – VI R 41/88, BStBl. II 1992, 443, bei einvernehmlicher Schwarzarbeit), dass der ArbG einbehaltene LSt nicht vorschriftsmäßig angemeldet hat, es sei denn, der ArbN macht dem FA davon unverzüglich Mitteilung (Abs. 3 Satz 4 Nr. 2 Satz 2). Es kommt nur auf die Anmeldung an und nicht darauf, ob die LSt auch korrekt abgeführt wurde. Die Mitteilung des ArbN an das FA wirkt nur in Fällen des Abs. 3 Satz 4 Nr. 2, nicht dagegen zB, wenn sich die Anzeige auf nicht vorschriftsmäßig einbehaltene LSt bezieht (FG Köln v. 8.2.1984 – VIII 164/81 L, EFG 1984, 506, rkr.). Der Gesetzestext lässt offen, an welches FA die Mitteilung zu richten ist. Ein Hauptanwendungsfall des Abs. 3 Satz 4 Nr. 2 ist die echte Nettolohnvereinbarung (BFH v. 26.2.1982 – VI R 123/78, BStBl. II 1982, 403; BFH v. 8.11.1985 – VI R 238/80, BStBl. II 1986, 186; BFH v. 29.10.1993 – VI R 26/92, BStBl. II 1994, 197), allerdings kann die LSt nur dann vorschriftsmäßig einbehalten werden, wenn der ArbG Zugriff auf die ELStAM hat (früher: Besitz der LStKarte, BFH v. 1.9.2005 – VI B 30/05, BFH/NV 2005, 2046).

Durch Nachforderungsbescheid wird der ArbN in Anspruch genommen, wenn die Voraussetzungen des § 42d Abs. 3 Satz 4 seine Inanspruchnahme zulassen (BFH v. 17.11.2010 – I R 68/10, BFH/NV 2011, 737). Es handelt sich dabei um ein sog. verlängertes Steuerabzugsverfahren (BFH v. 17.11.2010 – I R 68/10, BFH/NV 2011, 737). Eine Anrechnung der so erhobenen LSt auf die ESt des ArbN findet gem. § 36 Abs. 2 statt.

Einstweilen frei.

86–89

**E. Erläuterungen zu Abs. 4:
Inanspruchnahme des Arbeitgebers ohne Haftungs-
bescheid**

Schrifttum: OFFERHAUS, Zur Haftung des Arbeitgebers im Lohnsteuerverfahren, BB 1982, 793; DRENECK, Verwaltungsakte im Lohn- und Einkommensteuerverfahren, DStJG 9 (1986), 377; GAST-DE HAAN, Lohnsteuerschuld und Arbeitgeberhaftung, DStJG 9 (1986), 141; VON GROLL, Zur Rechtsverwirklichung im Lohnsteuerverfahren, DStJG 9 (1986), 431; CLAUS, Anmerkung zu BFH v. 14.11.1986 – VI R 226/83, BB 1987, 1931; MÖSBAUER, Entbehrlichkeit von Haftungsbescheid und Leistungsgebot bei der haftungsmäßigen Inanspruchnahme des Arbeitgebers für Lohnsteuer, FR 1995, 893; HEUERMANN, Zur Wirkungsweise und Anfechtbarkeit einer Steueranmeldung, insbesondere einer Lohnsteueranmeldung, DStR 1998, 959.

**I. Formlose Inanspruchnahme des Arbeitgebers für die
Lohnsteuer (Abs. 4 Satz 1)**

90 1. Grundsätze zur formlosen Inanspruchnahme des Arbeitgebers (Abs. 4 Satz 1 Halbs. 1)

Ausnahmeregelung in Abs. 4: Regelmäßig nimmt das BSFA den nach § 42d haftenden ArbG durch förmlichen Haftungsbescheid und Leistungsgebot in Anspruch. Abs. 4 regelt ausdrücklich nur, wann eine förmliche Inanspruchnahme entbehrlich ist. Abs. 4 dient der Verwaltungsökonomie und verpflichtet das FA nicht zu einer formlosen Inanspruchnahme (BFH v. 14.11.1986 – VI R 226/83, BFH/NV 1987, 287). Abs. 4 macht nicht die Ermessensentscheidung nach Abs. 3 entbehrlich (BFH v. 3.6.1982 – VI R 48/79, BStBl. II 1982, 710; FG Rhld.-Pf. v. 29.10.1979 – V 97/79, EFG 1980, 189, rkr.), idR aber deren Begr. (§ 121 Abs. 2 AO). Eine Begr. kann aber in der Einspruchsentscheidung notwendig sein (FG Hamb. v. 17.12.1980 – VI 16/78, EFG 1981, 472, rkr.). Abs. 4 ist sinngemäß auf die Haftung des Entleihers anzuwenden (Abs. 6 Satz 8).

Anfechtung bei formloser Inanspruchnahme: Die Mitwirkung des ArbG bei der vereinfachten Inanspruchnahme führt weder zu einem Verlust des Rechts, Einwendungen gegen den Haftungsanspruch geltend zu machen, noch zu einem Verlust von Rechtsbehelfsmöglichkeiten (BFH v. 3.6.1982 – VI R 48/79, BStBl. II 1982, 710; BFH v. 14.11.1986 – VI R 214/83, BStBl. II 1987, 198; BFH v. 14.11.1986 – VI R 226/83, BFH/NV 1987, 287).

91 Einstweilen frei.

92 2. Anmeldung der Lohnsteuer (Abs. 4 Satz 1 Nr. 1)

Rechtsnatur: Die nachträgliche LStAnmeldung wirkt wie die laufende gem. § 168 AO wie eine StFestsetzung unter Vorbehalt der Nachprüfung (§ 168 AO, BFH v. 20.7.2005 – VI R 165/01, BStBl. II 2005, 890). Im Gegensatz zum förmlichen Haftungsbescheid ist die LStAnmeldung StBescheid iSd. §§ 155 ff. AO (BFH v. 14.11.1986 – VI R 226/83, BFH/NV 1987, 287).

Rechtsbehelfsmöglichkeit: Die LStAnmeldung kann mit dem Einspruch angefochten werden (BFH v. 14.11.1986 – VI R 214/83, BStBl. II 1987, 198; BFH

II. Entsprechende Geltung von Satz 1 (Satz 2) Anm. 92–94 § 42d

v. 14.11.1986 – VI R 226/83, BFH/NV 1987, 287), und zwar auch vom ArbN (BFH v. 12.10.1995 – I R 39/95, BStBl. II 1996, 87; BFH v. 20.12.1995 – I R 72/95, BFH/NV 1996, 605; SCH, DSrR 1996, 139; aA HUMMEL in KSM, § 41a Rz. A 38 [6/2016], nach dem die unrichtige LStAnmeldung zu berichtigen ist, der jedoch darauf hinweist, dass eine LStAnmeldung nicht mit einem Haftungsbescheid zu vergleichen ist, HUMMEL in KSM, § 42d Rz. E 1, weil der Gegenstand ein anderer ist).

3. Schriftliches Anerkenntnis der Zahlungsverpflichtung nach einer Lohnsteueraußenprüfung (Abs. 4 Satz 1 Nr. 2) 93

Rechtsnatur des Anerkenntnisses: Das nach einer LStAußenprüfung abgegebene Anerkenntnis der Zahlungsverpflichtung steht nach § 167 Abs. 1 Satz 3 AO einer StAnmeldung gleich und damit auch einer StFestsetzung unter Vorbehalt der Nachprüfung (OFD Frankfurt, BeckVerw. 344749, Rz 3.1). Ein Leistungsgebot gegenüber dem ArbG ist entbehrlich.

Schriftform ist zwingend vorgeschrieben. Sie ist erfüllt, wenn der ArbG den Prüfungsbericht unterschreibt und damit die Haftungsforderung anerkennt (BFH v. 3.6.1982 – VI R 48/79, BStBl. II 1982, 710). Die Vollmacht, StBescheide entgegenzunehmen, ermächtigt nicht ohne Weiteres zur Abgabe eines Anerkenntnisses im Anschluss an eine LStAußenprüfung (BFH v. 28.1.1976 – IV R 168/73, BStBl. II 1976, 344). Zahlt der ArbG trotz des Anerkenntnisses nicht, muss ein Haftungsbescheid ergehen (BFH v. 14.11.1986 – VI R 214/83, BStBl. I 1987, 198).

II. Entsprechende Geltung von Satz 1 für Nachforderung pauschaler Lohnsteuer (Abs. 4 Satz 2) 94

Systematisch gehört Abs. 4 Satz 2 zu § 40 Abs. 3. Danach ist unter denselben Voraussetzungen wie beim Haftungsbescheid ein förmlicher LStNachforderungsbescheid im Bereich der §§ 40 ff. entbehrlich. Mit der Haftung des ArbG für LSt hat diese Regelung nichts zu tun. Die Regelung ermöglicht, LStAußenprüfungen insgesamt ohne Erlass eines schriftlichen Bescheids abzuschließen, falls der ArbG mit dem gesamten Mehrergebnis einverstanden ist. Auch hier ist aber zwischen der Nachforderung für pauschalisierte LSt und Haftungsforderung wegen des grundverschiedenen Charakters der Forderungen zu unterscheiden (glA KRÜGER in SCHMIDT, 37. Aufl. 2018, § 42d Rz. 51). Die Nachforderung nicht angemeldeter LSt durch StBescheid ist möglich, soweit eine StSchuld des ArbG vorliegt, zB weil die Voraussetzungen des § 40 erfüllt sind (BFH v. 16.5.2013 – VI R 93/10, BFH/NV 2014, 14).

**F. Anhang zu Abs. 4: Lohnsteuerhaftungsbescheid
gegen den Arbeitgeber**

Schrifttum: FICHTELMANN, Anfechtung von Verwaltungsakten durch Nichtadressaten, FR 1974, 291; GILOY, Steuer- und Haftungsbescheide im Lohnsteuerverfahren, FR 1977, 292; VON BORNHAUPT, Zur Inanspruchnahme des Arbeitgebers nach § 42d des Einkommensteuergesetzes, BB 1981, 2129; OFFERHAUS, Zur Haftung des Arbeitgebers im Lohnsteuerverfahren, BB 1982, 793; HUXOL, Zur Rechtswirksamkeit von Steuerhaftungsbescheiden, DStZ 1984, 371; MÖSBAUER, Inanspruchnahme durch Steuerhaftungsbescheid, DStR 1984, 94; RÖCKL, Die Anfechtung von Lohnsteuerhaftungsbescheiden durch den Arbeitnehmer, BB 1985, 265; DRENECK, Verwaltungsakte im Lohn- und Einkommensteuerverfahren, DStJG 9 (1986), 377; GAST-DE HAAN, Lohnsteuerschuld und Arbeitgeberhaftung, DStJG 9 (1986), 141; VON GROLL, Zur Rechtsverwirklichung im Lohnsteuerverfahren, DStJG 9 (1986), 431; RÖBLER, Die Rücknahme eines Haftungsbescheides und sein anschließender Neuerlaß, DStR 1986, 714; HEIN, Zum Neuerlaß eines Haftungsbescheides nach „ersatzloser“ Aufhebung eines inhaltsgleichen vorangegangenen Bescheids, DStR 1987, 175; E. SCHMIDT, Nachträgliche Lohnsteuer-Haftungs- und Nachforderungsbescheide, StB 1989, 607; VON BORNHAUPT, Lohnsteuer-Außenprüfung und Lohnsteuer-Haftungsbescheid, Entwicklung der jüngsten Rechtsprechung, BB 1990, Beilage zu Heft 1; VON BORNHAUPT, Lohnsteuer-Nachforderungsbescheide als Änderungsbescheide gegenüber den in den Lohnsteuer-Anmeldungen liegenden Steuerfestsetzungen?, StVj. 1991, 345; GOSCH, Lohnsteuer-Außenprüfung und Änderungssperre für Lohnsteuerhaftungs- und Lohnsteuer-nachforderungsbescheide, Anmerkungen zum Urteil des BFH vom 31.8.1990 – VI R 78/86, FR 1991, 130; MILATZ, Erlass eines Haftungsbescheids nach Ablauf der Festsetzungsfrist?, StB 1991, 86; THOMAS, Verfahrensfragen zu Lohnsteuerhaftungs- und Lohnsteuerpauschalierungsbescheiden, DStR 1992, 837; THOMAS, Änderungssperre gem. § 173 Abs. 2 AO nach Lohnsteuer-Außenprüfung, DStR 1992, 1468; BAUM, Änderung der Lohnsteuer-Anmeldung durch Lohnsteuer-Haftungs- und Lohnsteuer-Nachforderungsbescheide, Anmerkung zum BMF-Schreiben vom 8.11.1993, DB 1993, 2561; VON BORNHAUPT, Keine Lohnsteuerhaftung des Arbeitgebers bei bestandskräftigem Einkommensteuerbescheid des Arbeitnehmers, BB 1993, 990; GOSCH, Lohnsteuer-Außenprüfung und Änderungssperre – Mitgliedschaftsbeitrag als Arbeitslohn, StBp. 1993, 45; MÖSBAUER, Anmerkung zu BFH v. 17.3.1994 – VI R 120/92, StRK-Anm. EStG 1975 § 42d R. 53; HEUERMAN, Der Lohnsteueranspruch gegen den Arbeitnehmer und sein Verhältnis zur (festgesetzten) Einkommensteuer, DB 1996, 1052; RÖBLER, Anmerkung zu BFH v. 3.12.1996 – I B 44/96, BStBl. II 1997, 306, DStZ 1997, 614; Mrr, Anmerkung zu BFH v. 15.5.1998 – VI R 95/97, DStRE 1998, 688; GERSCH, Haftungsbescheid und Nachforderungsbescheid, AO-StB 2004, 176; NACKE, Ungeklärte Rechtsfragen des steuerlichen Haftungsrechts, DStR 2013, 335.

95 I. Formelle Voraussetzungen des Haftungsbescheids (Zuständigkeit, Form)

Der Lohnsteuer-Haftungsbescheid ist kein StBescheid iSd. § 155 AO. Liegen die Voraussetzungen des Abs. 4 nicht vor, so wird der ArbG durch förmlichen Haftungsbescheid in Anspruch genommen, § 191 Abs. 1 Satz 1 AO (BFH v. 14.11.1986 – VI R 226/83, BStBl. II 1987, 198; s. Anm. 97 ff.). Zum Verhältnis zwischen einem Schätzungsbescheid gem. § 167 AO und einem Haftungsbescheid s. Anm. 13. Weil der Haftungsbescheid kein StBescheid ist, fallen bei einer Aufhebung oder Änderung im Klageverfahren keine Zinsen nach §§ 233a, 236 AO an (BFH v. 25.7.1989 – VII R 39/86, BStBl. II 1989, 821; Nds. FG v. 10.3.2011 – 11 K 103/10, EFG 2011, 1587, rkr.).

Zuständig für den Erlass des Haftungsbescheids ist das BSFA und dort die Veranlagungsstelle, nicht aber die Betriebsprüfungsstelle (erheblich für die Ausübung des Ermessens, s. Anm. 77).

Schriftform wird in § 191 Abs. 1 Satz 2 AO angeordnet. Die FÄ benutzen meist Formblätter. Diese Praxis führt dazu, dass die Begr. nicht immer den Anforderungen an den Bestimmtheitsgrundsatz entspricht (s. Anm. 102f.). Da sich die Ermessensausübung aus dem Haftungsbescheid ergeben muss, kann er nicht rein formularmäßig ergehen (BFH v. 18.7.1985 – VI R 41/81, BStBl. II 1986, 169). Ein Formular muss daher immer ergänzt werden. Der Haftungsbescheid ist anfechtbar, wenn Unterschrift oder Name fehlen (BFH v. 18.7.1985 – VI 41/81, BStBl. II 1986, 169; MÖSBAUER, DStZ 1984, 371).

Einstweilen frei.

96

II. Notwendiger Inhalt und Begründung des Haftungsbescheids

1. Zur inhaltlichen Bestimmtheit des Haftungsbescheids

a) Grundsatz

97

Hinreichende Bestimmtheit ist gem. § 119 Abs. 1 AO unabdingbare Voraussetzung für die Gültigkeit des Haftungsbescheids. Anderenfalls ist er endgültig nichtig (FG Rhld.-Pf. v. 5.2.1980 – II 197/76, EFG 1980, 360, rkr.; HUXOL, DStR 1981, 314; aA – nur Rechtswidrigkeit – BFH v. 2.12.1983 – VI R 47/80, BStBl. II 1984, 362). Der notwendige Inhalt muss Bestandteil des Haftungsbescheids selbst sein. Die Bezugnahme auf einen Prüfungsbericht ist nur ausnahmsweise zulässig, falls dieser dem ArbG vor Bekanntgabe des Haftungsbescheids oder gleichzeitig zugegangen ist (BFH v. 1.8.1985 – VI R 28/79, BStBl. II 1985, 664), vorausgesetzt, die Haftungsforderung ergibt sich auch so hinreichend genau (FG München v. 14.12.1984 – VIII 223/81 L, EFG 1985, 379, rkr.). Keine Kompromisse gibt es hinsichtlich der Bezifferung der Haftungsforderung (FG Brandenb. v. 18.12.1996 – 2 K 983/96 AO, EFG 1997, 585, rkr.).

b) Kennzeichnung als Haftungsbescheid

98

Nach Bezeichnung (Überschrift) und Inhalt (Tenor, Verfügung) muss sich der gegen den ArbG gerichtete Bescheid als Haftungsbescheid gem. § 42d darstellen und zum Ausdruck bringen, dass der ArbG für die LSt „haftet“ (BFH v. 28.1.1983 – VI R 35/78, BStBl. II 1983, 472; ebenso BFH v. 2.12.1983 – VI R 47/80, BStBl. II 1984, 362; BFH v. 7.12.1984 – VI R 72/82, BStBl. II 1985, 170; Hess. FG v. 21.3.1984 – IX 148/81, EFG 1984, 406, rkr.). Mehrere Haftungsbescheide dürfen zu einem Sammelbescheid verbunden werden (BFH v. 16.11.1984 – VI R 176/82, BStBl. II 1985, 266); s. Anm. 100.

Die Umdeutung eines Nachforderungsbescheids in einen Haftungsbescheid ist wegen der rechtl. Unterschiede zwischen beiden Arten von Verwaltungsakten nicht möglich, insbes. wegen der Ermessensentscheidung (BFH v. 7.12.1984 – VI R 72/82, BStBl. II 1985, 170; BFH v. 1.8.1985 – VI R 28/79, BStBl. II 1985, 664; BFH v. 16.5.1986 – VI R 67/81, BFH/NV 1987, 401). Der sog. Haftungsbescheid ist wegen mangelnder inhaltlicher Bestimmtheit aufzuheben (BFH v. 15.3.1985 – VI R 30/81, BStBl. II 1985, 581; BFH v. 20.12.1985 – VI R 146/80, BFH/NV 1986, 517). Ebenso kann ein Gericht nicht einen Haf-

tungsbescheid aufheben und dafür eine (niedrigere) LStNachforderung festsetzen (BFH v. 24.9.2015 – VI R 69/14, BStBl. II 2016, 176 Rz. 20).

Zusammengefasster Haftungs- und Nachforderungsbescheid: Unzulässig ist es, pauschale LSt (richtige Form: StBescheid) und Haftungsbetrag (richtige Form: Haftungsbescheid) in einem einzigen Bescheid so festzusetzen, dass die Summe beider Beträge im Tenor des Bescheids zusammengerechnet und mit dem Hinweis angefordert wird, der ArbG hafte dafür (BFH v. 28.1.1983 – VI R 35/78, BStBl. II 1983, 472). Dagegen ist es unschädlich, wenn ein Nachforderungsbescheid und ein Haftungsbescheid äußerlich in einer Verfügung verbunden sind, sofern die pauschalierte StNachforderung und die Haftungsforderung erkennbar getrennt sind (BFH v. 16.11.1984 – VI R 176/82, BStBl. II 1985, 266; BFH v. 1.8.1985 – VI R 28/79, BStBl. II 1985, 664; FG Ba.-Württ. v. 11.4.1983 – VII 411/81, EFG 1984, 86, rkr.; FG Rhld.-Pf. v. 28.10.1985 – 5 K 89/85, EFG 1986, 202, rkr.; FG Münster v. 23.6.2015 – 1 V 1012/15 L, EFG 2016, 261, rkr.). Die Trennung kann sich auch aus einer Anlage ergeben, sofern sie dem Bescheid angefügt ist.

99 c) Bezifferung der Haftungsforderung

Die Haftungsforderung gehört zum unverzichtbaren Inhalt des Haftungsbescheids (BFH v. 20.5.1980 – VI R 169/77, BStBl. II 1980, 669; BFH v. 16.7.1992 – VII R 59/91, BFH/NV 1993, 146; BFH v. 3.12.1996 – I B 44/96, BStBl. II 1997, 306). Die Haftungsforderung darf nicht nur berechenbar sein, sondern muss auf einen bestimmten Geldbetrag lauten (FG Düss. v. 12.12.2016 – 6 K 4464/12 H [K], EFG 2017, 687, nrkr., Az. BFH XI R 56/17). Ist der Haftungsbescheid geändert worden, reicht es nicht aus, dass der geänderte Bescheid die Änderungen nennt oder auf den ursprünglichen Bescheid Bezug nimmt (FG Brandenb. v. 18.12.1996 – 2 K 983/96 AO, EFG 1997, 585, rkr.). Der Haftungsbescheid muss aus sich heraus verständlich sein. Ein Mangel in diesem Punkt macht den Haftungsbescheid nichtig, § 125 Abs. 1 AO (BFH v. 3.12.1996 – I B 44/96, BStBl. II 1997, 306). Dass der Haftungsschuldner den Betrag kennt oder berechnen kann, ist in diesem Zusammenhang unbeachtlich.

100 d) Aufgliederung der Haftungsforderung

Mehrere Steuerarten: Betrifft die Haftungsforderung mehrere Steuerarten, zB LSt und evangelische/römisch-katholische LohnKiSt, so ist eine entsprechende Aufteilung notwendig (BFH v. 20.5.1980 – VI R 169/77, BStBl. II 1980, 669; BFH v. 8.11.1985 – VI R 237/80, BStBl. II 1986, 274; FG Brandenb. v. 26.6.1996 – 2 K 1162/94 H (L), EFG 1997, 78, rkr.).

Aufteilung nach Sachverhalten ist wegen der Akzessorietät der Haftungsforderung grds. notwendig. Dazu gehört auch die Zuordnung der einzelnen Haftungsforderung zu einzelnen Erstschulden (BFH v. 3.12.1996 – I B 44/96, BStBl. II 1997, 306; BFH v. 22.5.1997 – I B 114/96, BFH/NV 1997, 826). Ausnahmen gelten bei Unmöglichkeit (zB Namen der ArbN sind nicht bekannt) und in Fällen, in denen die Haftungsforderung mit Durchschnittssteuersätzen berechnet werden darf (s. Anm. 28). Eine weitere Aufteilung der Haftungsforderungen nach Zeiträumen ist nach neuerer Rspr. nicht dem Komplex der inhaltlichen Bestimmtheit, sondern der Begr. des Haftungsbescheids zuzurechnen (vgl. KRÜGER in SCHMIDT, 37. Aufl. 2018, § 42d Rz. 47, mwN).

In jedem Fall ist aber anzugeben, auf wie viele ArbN sich die Haftungsforderung bezieht; anderenfalls ist nicht nachprüfbar, ob eine Ausnahme von den Anfor-

derungen, die an den Inhalt des Haftungsbescheids zu stellen sind, gerechtfertigt ist, und der Haftungsbescheid ist schon aus diesem Grunde aufzuheben (BFH v. 20.5.1980 – VI R 169/77, BStBl. II 1980, 669).

Sammelbescheide sind im Haftungsverfahren der Regelfall. Sie fassen nur äußerlich mehrere Bescheide, die sich entsprechend den aufgegriffenen Sachverhalten auf verschiedene Haftungsansprüche beziehen, in einem Bescheid zusammen (BFH v. 4.7.1986 – VI R 182/80, BStBl. II 1986, 921).

e) Erkennbarkeit der Ermessensausübung

101

Der Inhalt des Haftungsbescheids, spätestens der Inhalt der Einspruchsentscheidung, muss erkennen lassen, dass die Inanspruchnahme des ArbG nach Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens iSd. Abs. 3 stattfindet (FG Rhld.-Pf. v. 13.12.1982 – 5 K 335/81, EFG 1983, 505, rkr.; FG Münster v. 24.2.1995 – 5 K 5412/92 U, EFG 1995, 782, rkr.; FG Rhld.-Pf. v. 29.1.1998 – 4 K 1141/93, EFG 1998, 914, rkr.; FG Hamb. v. 16.2.2005 – II 263/02, juris, rkr.; vgl. auch Anm. 79). Das FA kann seine Erwägungen zur Ausübung des Ermessens gem. § 102 Satz 2 FGO bis zum Abschluss der Tatsacheninstanz vor dem FG ergänzen, nicht aber mehr in der Revisionsinstanz (BFH v. 13.5.2013 – VI R 28/12, BStBl. II 2013, 737; FG Düss. v. 12.12.2016 – 6 K 4464/12 H [K], EFG 2017, 687, nrkr., Az. BFH XI R 56/17). Zur Begr. gehört dagegen, warum die Ermessensentscheidung im Einzelfall so wie geschehen ausgefallen ist (s. Anm. 103).

2. Begründung des Haftungsbescheids

a) Notwendigkeit der Begründung

102

Der förmliche Haftungsbescheid bedarf gem. §§ 119, 121 Abs. 1 AO der schriftlichen Begr. Die Angaben im Haftungsbescheid müssen so detailliert sein, dass der Bescheid aus sich selbst heraus auf seine Rechtmäßigkeit hin überprüft werden kann. Eine fehlende oder unzureichende Begr. macht den Haftungsbescheid rechtswidrig.

BFH v. 5.3.1981 – II R 80/77, BStBl. II 1981, 471; BFH v. 30.4.1987 – VII R 48/84, BStBl. II 1988, 170; BFH v. 29.9.1987 – VII R 54/84, BStBl. II 1988, 176.

Die Begr. muss im Haftungsbescheid, spätestens aber in der Entsch. über den Einspruch gegen den Haftungsbescheid enthalten sein.

BFH v. 20.9.1985 – VI R 45/82, BFH/NV 1986, 240; BFH v. 8.11.1988 – VII R 141/85, BStBl. II 1989, 219; BFH v. 29.5.1990 – VII R 85/89, BStBl. II 1990, 1008; BFH v. 30.6.1995 – VII R 87/94; BFH/NV 1996, 3; BFH v. 12.2.2009 – VI R 40/07, BStBl. II 2007, 478; BFH v. 20.9.2016 – X R 36/15, BFH/NV 2017, 593 Rz. 14; FG Düss. v. 14.3.2001 – 17 K 2973/97 H (L), EFG 2001, 754, rkr.

Gemäß § 102 Satz 3 FGO kann das FA im Finanzgerichtsverfahren seine Ermessenserwägungen noch bis zum Abschluss der Tatsacheninstanz ergänzen, also noch vertiefen oder verdeutlichen, aber nicht erstmalig begründen (BFH v. 11.3.2004 – VII R 52/02, BStBl. II 2004, 579; FG Hamb. v. 16.2.2005 – II 263/02, juris, rkr.; FG Düss. v. 12.12.2016 – 6 K 4464/12 H [K], EFG 2017, 687, nrkr., Az. BFH XI R 56/17). Hebt das FA während eines Klageverfahrens den ursprünglichen Haftungsbescheid auf und ersetzt es diesen gleichzeitig durch einen neuen Haftungsbescheid, in dem die Ermessensentscheidung erstmals begründet wird, so wird der neue Haftungsbescheid gem. § 68 FGO Gegenstand des Klageverfahrens (BFH v. 16.12.2008 – I R 29/08, BStBl. II 2009, 539, mit weiteren verfahrensrechtl. Hinweisen; anders FG Düss. v. 12.12.2016 – 6 K

4464/12 H [K], EFG 2017, 687, nrkr., Az. BFH XI R 56/17, wenn die Haftungssumme gemindert wird und die Begr. nicht mehr dazu passt).

Ausnahmen vom Begründungszwang im Haftungsbescheid selbst sind nur zulässig, wenn darunter die Überprüfbarkeit des Verwaltungsakts nicht leidet. Zulässig ist nach § 121 Abs. 2 AO die Bezugnahme auf einzelne Punkte eines dem ArbG bekannten Prüfungsberichts, falls sich daraus die notwendige Begr. ergibt (BFH v. 14.6.1985 – VI R 167/81, BFH/NV 1986, 303; BFH v. 23.10.1985 – I R 248/81, BStBl. II 1986, 178; FG Berlin-Brandenb. v. 6.7.2016 – 9 K 9267/12, EFG 2017, 13, rkr.). Nicht ausreichend ist eine Bezugnahme auf die Steuerakten (zB Bericht einer LStAußenprüfung, so von BORNHAUPT, BB 1981, 2129 [2130]; GAST-DE HAAN in DStJG 9 [1986], 141 [173]) oder auf für einen bei den Akten befindlichen Prüfervermerk, da dieser nicht einmal Bestandteil des Prüfungsberichts wird (Nds. FG v. 19.8.1981 – VI 81/80, EFG 1982, 170, rkr.). Die Begr. zum Auswahlmessen ist nach BFH (BFH v. 25.7.1986 – VI R 203/83, BStBl. II 1986, 868) entbehrlich, wenn der ArbG die LSt, für die er haftet, endgültig übernehmen will.

103 b) Einzelerfordernisse der Begründung

Die Angabe der Rechtsgrundlage gehört zur Begr. des Haftungsbescheids. Nur in Ausnahmefällen wird es genügen, die gesamte Begr. auf die bloße Nennung der Rechtsgrundlage zu beschränken (FG Rhld.-Pf. v. 13.12.1982 – 5 K 335/81, EFG 1983, 505, rkr.).

Subsumtion des Sachverhalts unter die Rechtsgrundlage: Worin der haftungsauslösende Tatbestand liegt, ist im Haftungsbescheid in tatsächlicher und rechtl. Hinsicht darzulegen. Liegt ein Haftungsausschlussgrund nahe, so muss die Begr. erkennen lassen, warum das FA den ArbG trotzdem in Anspruch nimmt (so zutr. von BORNHAUPT, BB 1981, 2129 [2130]). Eine bloße Bezugnahme auf den Bericht über eine LStAußenprüfung oder auf Erläuterungen bei der Schlussbesprechung reicht grds. nicht aus (BFH v. 20.5.1980 – VI R 169/77, BStBl. II 1980, 669), insbes. wenn der LStAußenprüfungsbericht keine konkreten Angaben, sondern nur lapidare Behauptungen oder Feststellungen enthält (FG Rhld.-Pf. v. 13.12.1982 – 5 K 335/81, EFG 1983, 505, rkr.).

Darstellung der Ermessenserwägungen: Die schriftliche Begr. muss zeigen, dass das FA seinen Ermessenspielraum erkannt und wie es sein Ermessen pflichtgemäß ausgeübt hat.

BFH v. 5.3.1981 – II R 80/77, BStBl. II 1981, 471; BFH v. 18.9.1981 – VI R 44/77, BStBl. II 1981, 801; BFH v. 7.12.1984 – VI R 164/79, BStBl. II 1985, 164; BFH v. 8.11.1988 – VII R 141/85, BStBl. II 1989, 170; FG Berlin v. 5.3.1997 – II 179/94, EFG 1997, 892, rkr.; FG Münster v. 26.2.1997 – 8 K 5883/94 L, EFG 1997, 783, rkr.; FG Brandenb. v. 26.6.1997 – 2 K 1162/94 H (L), EFG 1997, 78, rkr.

Das bedeutet zB, dass die vom FA angestellten Ermessenserwägungen, die für und gegen eine Inanspruchnahme des ArbG sprechen, aus dem Haftungsbescheid hervorgehen müssen (BFH v. 3.2.1981 – VII R 86/78, BStBl. II 1981, 493; BFH v. 29.9.1987 – VII R 54/84, BStBl. II 1988, 176; BFH v. 8.11.1988 – VII R 141/85, BStBl. II 1989, 219; BFH v. 29.5.1990 – VII R 85/89, BStBl. II 1990, 1008), spätestens aber aus der Einspruchsentscheidung (FG Bremen v. 8.9.1983 – II 153/79, EFG 1984, 163, rkr.; FG Ba.-Württ. v. 25.9.1984 – IV 373/80, EFG 1985, 258, rkr.) mit Ergänzungsmöglichkeit gem. § 102 Satz 3 FGO. Die Ergänzungen dürfen die bisherige Begr. nur vertiefen und erweitern, nicht aber zu einer inhaltlichen Änderung des Haftungsbescheids führen (FG Düss. v. 12.12.2016 – 6 K 4464/12 H [K], EFG 2017, 687, nrkr., Az. BFH XI R

56/17). „Floskelhafte“ Begr. reichen nicht aus (FG Ba.-Württ. v. 22.4.1982 – IV 71/82, EFG 1982, 587, rkr.; FG Köln v. 28.11.1984 – II (III) K 179/82, EFG 1985, 261, rkr.; LOOSE in TIPKE/KRUSE, § 191 Rz. 104 mwN [1/2014]). Dazu gehören formularmäßig vorgedruckte „Begründungen“ (FG Köln v. 28.11.1984 – II (III) K 179/82, EFG 1985, 261, rkr.), und zwar auch, wenn sie durch Ankreuzen eines Kästchens „variiert“ werden können (FG Brandenb. v. 26.6.1996 – 2 K 1162/94 H (L), EFG 1997, 78, rkr.).

Bei mehreren Gesamtschuldnern muss hinsichtlich des Auswahlermessens „hinreichend nachvollziehbar“ sein, warum der eine Gesamtschuldner haften soll, der andere aber nicht (BFH v. 30.6.1995 – VII R 87/94, BFH/NV 1996, 3, betr. Auswahl zwischen zwei GmbH-Geschäftsführern; BFH v. 9.8.2002 – VI R 41/96, BStBl. II 2003, 160; BFH v. 12.2.2009 – VI R 40/07, BStBl. II 2009, 478). Betrifft die Haftung einen StStraftäter, so muss das Auswahlermessen wegen der Vorprägung der Ermessensentscheidung nicht besonders begründet werden (BFH v. 12.2.2009 – VI R 40/07, BStBl. II 2009, 478; FG Köln v. 24.10.2012 – 15 K 66/12, EFG 2013, 654, rkr.; s. Anm. 79, 80 „Steuerhinterziehung“).

Ausnahmen vom Zwang zur Begründung der Ermessensentscheidung können nur ganz ausnahmsweise möglich sein. Denkbar ist dabei die Anwendung des § 121 Abs. 2 Nr. 2 AO (BFH v. 20.7.1988 – I R 61/85, BStBl. II 1989, 99), für die aber nicht ausreicht, dass der ArbG im Anschluss an eine LStAußenprüfung den Erlass eines Haftungsbescheids formularmäßig „erbittet“ (FG Ba.-Württ. v. 25.9.1984 – IV 373/80, EFG 1985, 258, rkr.). Die Rspr. verlangt hier, dass die Ermessensentscheidung durch die Rechtsentscheidung gewissermaßen vorgeprägt ist; die Ermessenserwägungen müssen sich „mit einer jeden Zweifel ausschließenden Deutlichkeit“ aus der rechtl. Begr., in der die tatbestandmäßigen Voraussetzungen des Abs. 1 dargelegt werden, ablesen lassen (BFH v. 3.2.1981 – VII R 86/78, BStBl. II 1981, 493; BFH v. 30.4.1987 – VII R 48/84, BStBl. II 1988, 170). Es muss insbes. immer nachprüfbar sein, ob das FA überhaupt seinen Ermessensspielraum erkannt und eine Ermessensentscheidung getroffen hat (vgl. BFH v. 5.3.1981 – II R 80/77, BStBl. II 1981, 471).

Einstweilen frei.

104–105

III. Anfechtung, Aufhebung und Änderung des Haftungsbescheids

1. Anfechtung des Haftungsbescheids

a) Anfechtung durch den Arbeitgeber

106

Der ArbG kann den Haftungsbescheid gem. § 348 Abs. 1 Nr. 4 AO mit dem Einspruch anfechten. Soweit sich der ArbG gegen die Ermessensentscheidung nach § 42d Abs. 3 wendet, ist diese im Klageverfahren nur darauf überprüfbar, ob das FA sein Ermessen pflichtgemäß in einer dem Zweck des § 42d entsprechenden Weise ausgeübt hat (BFH v. 5.3.1993 – VI R 79/91, BStBl. II 1993, 692), falls nicht ein Fall der Ermessenseinschränkung auf Null vorliegt. Der ArbN muss nicht notwendig hinzugezogen/beigeladen werden, wenn sich der ArbG und das FA über die Höhe des nicht versteuerten Lohns einigen (Nds. FG v. 28.8.2009 – 11 K 528/07, EFG 2009, 1904, rkr., bestätigt durch BFH v. 24.3.2010 – VI B 132/09, BFH/NV 2010, 1828).

107 **b) Anfechtung durch den Arbeitnehmer**

Anfechtungsrecht des Arbeitnehmers: Da die Haftungsschuld des ArbG eine StSchuld des ArbN voraussetzt (s. Anm. 20), ist der ArbN als betroffener Dritter grds. befugt, den gegen den ArbG gerichteten Haftungsbescheid (als Verwaltungsakt mit Drittwirkung) selbst mit dem Einspruch anzufechten.

BFH v. 18.12.1963 – VI 81/63 U, BStBl. III 1964, 142; BFH v. 29.6.1973 – VI R 311/69, BStBl. II 1973, 780; BFH v. 7.2.1980 – VI B 97/79, BStBl. II 1980, 210; BFH v. 8.6.2011 – I R 79/10, BFH/NV 2012, 128; FG Münster v. 26.2.1997 – 8 K 5883/94 L, EFG 1997, 783, rkr.; OFFERHAUS, BB 1982, 794; offen KRÜGER in SCHMIDT, 37. Aufl. 2018, § 42d Rz. 59; aA DRENSECK in DSStJG 9 (1986), 400; TRZASKALIK in KSM, § 42d Rz. A 59 (6/2002).

Dies gilt auch, wenn der ArbG keinen Rechtsbehelf einlegt (Nds. FG v. 28.8.2009 – 11 K 528/07, DStRE 2010, 252, rkr.). Das Anfechtungsrecht reicht nur so weit, wie der ArbN durch den Haftungsbescheid in seinen Rechten verletzt ist und bezieht sich damit zB nicht auf die Haftung für LSt anderer ArbN oder auf die Tatsache, dass der ArbG nach Ausübung des Auswahlermessens als Haftender in Anspruch genommen wird (Nds. FG v. 28.8.2009 – 11 K 528/07, EFG 2009, 1904, rkr.). Zur Anfechtung von LStAnmeldungen und Anerkenntnissen iSd. Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 und 2 s. Anm. 90.

Die Rechtsbehelfsfrist richtet sich nach Auffassung des BFH (BFH v. 29.6.1973 – VI R 311/69, BStBl. II 1973, 780) ganz normal nach § 355 AO mit der Möglichkeit, ggf. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu beantragen. Nach einer hiervon abweichenden Auffassung, der uE zuzustimmen ist, wird die Rechtsbehelfsfrist mangels Bekanntgabe an den ArbN diesem gegenüber überhaupt nicht in Gang gesetzt, so dass der ArbN den Haftungsbescheid bis zum Eintritt der Verjährung anfechten kann (FG Münster v. 26.2.1997 – 8 K 5883/94 L, EFG 1997, 783, rkr.; FICHELTMANN, FR 1974, 291 [293]; RÖCKL, BB 1985, 265 [267]).

Hinzuziehung des Arbeitgebers zum Verfahren: Nach § 360 Abs. 3 AO ist der ArbG zum Rechtsbehelfsverfahren des ArbN notwendig hinzuzuziehen (BFH v. 29.6.1973 – VI R 311/69, BStBl. II 1973, 780), im Finanzrechtsstreit notwendig beizuladen (BFH v. 7.8.2015 – VI B 66/15, BFH/NV 2015, 1600 Rz. 8).

2. Aufhebung und Änderung des Haftungsbescheids

108 **a) Anwendung der §§ 129, 130, 131 AO**

Da der Haftungsbescheid kein StBescheid ist (s. Anm. 90), richten sich Berichtigung, Änderung und Aufhebung des Haftungsbescheids nach §§ 129, 130, 131 AO.

BFH v. 22.1.1985 – VII R 112/81, BStBl. II 1985, 562; BFH v. 6.5.1994 – VI R 47/93, BStBl. II 1994, 715; BFH v. 20.12.2005 – VII B 327/04, BFH/NV 2006, 707; FG Berlin v. 22.1.1986 – II 413/84, EFG 1986, 474, rkr.

Rücknahme eines rechtswidrigen Haftungsbescheids (§ 130 AO):

► § 130 Abs. 1 AO: Wird die Haftungssumme durch Änderungsbescheid herabgesetzt, liegt eine Teilrücknahme nach § 130 Abs. 1 AO vor (BFH v. 20.10.1987 – VII B 82/87, BFH/NV 1988, 387). Sie berührt den Bestand des ursprünglichen Haftungsbescheids, soweit er von der Änderung nicht betroffen ist, nicht (§ 124 Abs. 2 AO, vgl. FG Ba.-Württ. v. 26.8.1987 – II K 73/85, EFG 1988, 57, rkr.).

► § 130 Abs. 2 AO ist *anzuwenden*, wenn der ursprüngliche Haftungsbescheid im Hinblick auf denselben Sachverhalt gegenüber dem ArbG geändert wird (BFH v. 22.1.1985 – VII R 112/81, BStBl. II 1985, 562; LOOSE in TIPKE/KRUSE, § 191 AO Rz. 124 [1/2014]; glA HEIN, DStR 1987, 175 [177], mwN). Das gilt auch bei einer Änderung aus verfahrensrechtl. Gründen, es sei denn, der ursprüngliche Haftungsbescheid war nichtig (RÖBLER, DStR 1986, 207). Der Verwaltungsakt, der einen Haftungsbescheid aufhebt, ist ein begünstigender Verwaltungsakt iSd. § 130 Abs. 2 AO (BFH v. 22.1.1985 – VII R 112/81, BStBl. II 1985, 562; FG Ba.-Württ. v. 24.4.1986 – VI K 219/83, EFG 1986, 532, rkr.). Im Schrifttum findet sich die Auffassung, wenn ein zweiter Bescheid die Haftungssumme heraufsetze, sei § 130 Abs. 2 AO anzuwenden, weil der erste Haftungsbescheid den ArbG insofern begünstige, als er keine höhere Haftungsschuld festgesetzt habe (FG Münster v. 30.4.1986 – IV 1474/82 L, EFG 1987, 535, rkr.; vgl. auch HEIN, DStR 1987, 175 [176 f.], mwN; RÖBLER, DStR 1986, 716). – Der Umfang der begünstigenden Wirkung ist ggf. der Begr. der Aufhebungsverfügung zu entnehmen (FG Ba.-Württ. v. 24.4.1986 – VI K 219/83, EFG 1986, 532, rkr.).

► § 130 Abs. 2 AO ist *nicht anzuwenden*, wenn der ursprüngliche Haftungsbescheid nur unter Beseitigung verfahrensrechtl. Mängel aufgehoben und neu erlassen wird, sofern beide Vorgänge in einer Verfügung miteinander verbunden werden; durch die Aufhebung bildet sich dann nämlich kein schutzwürdiger Vertrauenstatbestand beim ArbG (BFH v. 22.1.1985 – VII R 112/81, BStBl. II 1985, 562; glA HEIN, DStR 1987, 175 [177]).

b) Änderungssperre nach Lohnsteuer-Außenprüfung

109

Nach einer Lohnsteuer-Außenprüfung greift die Änderungssperre des § 173 Abs. 2 AO in entsprechender Anwendung ein, wenn im Anschluss an eine LStAußenprüfung hinsichtlich der LStAnmeldungen des Prüfungszeitraums der Vorbehalt der Nachprüfung aufgehoben wird (BFH v. 31.8.1990 – VI R 78/86, BStBl. II 1991, 537, betr. Mitteilung nach § 202 Abs. 1 Satz 3 AO; im Erg. zust. GOSCH, FR 1991, 130 [131]; BFH v. 15.5.1992 – VI R 106/98, BStBl. II 1993, 840; BFH v. 15.5.1992 – VI R 183/88, BStBl. II 1993, 829, in Abkehr von BFH v. 21.6.1989 – VI R 31/86, BStBl. II 1989, 909; BFH v. 17.2.1995 – VI R 52/94, BStBl. II 1995, 555; BFH v. 7.2.2008 – VI R 83/04, BStBl. II 2009, 703; GILOY, FR 1977, 294). Das bedeutet, dass für den Prüfungszeitraum ein Haftungsbescheid nur ergehen darf, wenn dem ArbG eine Steuerhinterziehung oder eine leichtfertige Steuerverkürzung vorzuwerfen ist. Zur Aufhebung des Vorbehalts der Nachprüfung und zur Mitteilung nach § 202 AO s. THOMAS, DStR 1992, 1468.

Zweiter Haftungsbescheid: Entscheidend ist, ob ein neuer Sachverhalt aufgedeckt wird, der zu weiteren Steuer- und Haftungsschulden führt, oder ob derselbe Sachverhalt (also dieselbe Zuwendung an denselben ArbN zu demselben Zeitpunkt) nochmals in einem zweiten Haftungsbescheid verwertet wird. Im ersten Fall kann ein neuer Haftungsbescheid ergehen, der erstmals einen bestimmten Sachverhalt betrifft, im zweiten Fall darf der ergangene Haftungsbescheid nur unter den Voraussetzungen des § 130 AO geändert werden (BFH v. 25.5.2004 – VII R 29/02, BStBl. II 2005, 3; BFH v. 7.4.2005 – I B 140/04, BStBl. II 2006, 530; FG Münster v. 26.11.2004 – 9 K 5436/98 U, EFG 2005, 1009, rkr., für USt; FG Köln v. 16.4.2007 – 14 K 1233/04, EFG 2007, 1446, rkr.). Nach dieser Rspr. darf ein ergänzender Haftungsbescheid ergehen, falls die Erhöhung der Haftsumme auf neuen, im Rahmen einer LStAußenprüfung festgestellten Tatsachen beruht, denn die neuen Tatsachen waren bei Erlass des ursprüng-

lichen Bescheids noch nicht bekannt (BFH v. 15.2.2011 – VII R 66/10, BStBl. II 2011, 534).

110 c) Neuer Bescheid nach Aufhebung eines Haftungsbescheids

Nach Aufhebung eines Haftungsbescheids kann erneut ein ergänzender Haftungsbescheid nach weiterer Sachaufklärung ergehen, der sich auf den neuen Sachverhalt bezieht (BFH v. 15.2.2011 – VII R 66/10, BStBl. II 2011, 534), und zwar auch, wenn die Aufhebung durch ein rechtskräftiges Urt. nach § 100 Abs. 2 Satz 2 FGO erfolgt (FG Rhld.-Pf. v. 27.1.1986 – 5 K 67/85, EFG 1986, 299, rkr.). Für den Fall einer Einschränkung des Entschließungsermessens auf Null hat der BFH einen Haftungsbescheid aufgehoben „mit der Maßgabe, dass das Finanzamt nicht befugt ist, wegen dieses Sachverhalts erneut einen Haftungsbescheid zu erlassen“ (BFH v. 15.5.1998 – VI R 95/97, BFH/NV 1998, 1193, mit Anm. Mrr, DStRE 1998, 688). Beim Neuerlass sind die Festsetzungsfristen nach § 191 Abs. 3, § 171 Abs. 3 und 3a AO zu beachten (vgl. BFH v. 23.3.1993 – VII R 38/92, BStBl. II 1993, 581; BFH v. 6.5.1994 – VI R 47/93, BStBl. II 1994, 715; BFH v. 5.10.2004 – VII R 18/03, BStBl. II 2005, 323). Hebt ein FG einen rechtswidrigen Haftungsbescheid auf, so läuft die Festsetzungsfrist gem. § 171 Abs. 3a Satz 3 AO nicht ab, bevor der neue Haftungsbescheid, in dem der Rechtsmangel behoben ist, unanfechtbar geworden ist.

Anders ist die Rechtslage, wenn das FA den Haftungsbescheid von sich aus, mag es auch während eines Prozesses sein, ersatzlos aufhebt (BFH v. 24.1.1995 – VII B 142/94, GmbHR 1995, 316; BFH v. 10.5.2002 – VII B 244/01, BFH/NV 2002, 1125; BFH v. 5.10.2004 – VII R 77/03, BStBl. II 2005, 122). Erweckt das FA bei der Aufhebung des ursprünglichen Haftungsbescheids den Anschein, es wolle die Haftungsforderung nicht mehr geltend machen (zB durch „vorbehaltlose“ Aufhebung), so darf es einen neuen, geänderten Haftungsbescheid gegen den ArbG nach den Grundsätzen von TuG nicht mehr erlassen (BFH v. 25.7.1986 – VI R 216/83, BStBl. II 1986, 779; FG Berlin v. 22.1.1986 – II 413/84, EFG 1986, 474, rkr.).

111

G. Erläuterungen zu Abs. 5: Kleinbetragsregelung

Schrifttum: GAST-DE HAAN, Lohnsteuerschuld und Arbeitgeberhaftung, DStJG 9 (1986), 141; APP, Abrundungsvorteile durch Aufgliederung von Haftungsbescheiden, DStZ 1988, 119.

Abs. 5 enthält eine Kleinbetragsregelung, nach der aus verwaltungsökonomischen Gründen von der Geltendmachung von Steuernachforderungen und Haftungsforderungen abzusehen ist, sofern der Betrag von 10 € nicht überschritten wird. Die hM bezieht die Kleinbetragsgrenze auf den Tenor des gesamten Haftungsbescheids, während sich im Schrifttum auch die Auffassung findet, die Grenze müsse jeden einzelnen Bescheid eines Haftungssammelbescheids betreffen (GAST-DE HAAN in DStJG 9 [1986], 141 [163]). Beim LStAbzug durch einen Dritten hat die Inanspruchnahme des ArbG zu unterbleiben, wenn eine Nach-

forderung beim ArbN unzulässig ist, weil der Mindestbetrag des § 42d Abs. 5 nicht überschritten wird (R 42d.3 Satz 4 LStR).

Einstweilen frei.

112–114

H. Erläuterungen zu Abs. 6: Haftung des Entleihers für Lohnsteuer

Schrifttum: GOYDKE, Lohnsteuerhaftung des Entleihers bei Arbeitnehmerüberlassung nach dem StBereinG 1986, DStZ 1986, 68; REINHART, Haftung bei Arbeitnehmerüberlassung für Lohnsteuer der Leiharbeitnehmer, Neuregelung durch das StBereinG 1986, BB 1986, 500; WURSTER, Die Lohnsteuerhaftung bei Arbeitnehmerüberlassungen, StBp. 1986, 97; THOMAS, Leiharbeitsverhältnis und ähnliche Rechtsverhältnisse im Steuerrecht, DStR 1991, 768; HERFF, Steuerprobleme durch Zahlungen an „Scheinfirmen“ und die Haftung des Entleihers von Arbeitnehmern für deren Lohnsteuer, KÖSDI 1996, 10713; MÖSBAUER, Zur Haftung des Entleihers von Arbeitnehmern für deren Lohnsteuer, FR 1996, 281; HEUSSNER, Bekämpfung illegaler Beschäftigung – Ertragsteuerliche Probleme bei der Zwischenschaltung ausländischer Domizilgesellschaften, RIW/AWD 1997, 678; KUNDE, Lohnsteuerhaftung bei grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung, SteuStud. 2000, 276; DE WEERTH, Lohnsteuerabzug bei grenzüberschreitendem Arbeitnehmerverleih, zugleich Anmerkung zu BFH, EuGH-Vorlagebeschluss v. 4.9.2002, I R 21/01, IStR 2003, 128, Rs. C 450/02, Qualitair Engineering Services Ltd. ./ FA Kassel-Goerthestraße, IStR 2003, 123; ECKERT/HAAAS, Blick ins Arbeitsrecht, DStR 2011, 2100; EISMANN, Lohnsteuerrechtliche Arbeitgeberpflichten nach Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, DStR 2011, 2381; BRAND, Die Novellierung des AÜG, ZTR 2013, 59; THÜSING, AÜG, München, 4. Aufl. 2018.

Verwaltungsanweisungen: R 42d.2 LStR.

I. Voraussetzungen und Umfang der Entleiherhaftung (Abs. 6 Satz 1)

115

Grundsatz: Bei einer ArbN-Überlassung haftet der Entleiher neben dem Verleiher (ArbG) für LSt, falls eine nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG erlaubnispflichtige ArbN-Überlassung vorliegt und kein Haftungsausschluss gem. § 42d Abs. 6 Satz 2 gegeben ist. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG in der seit 2013 geltenden Fassung betrifft die Überlassung von Arbeitskräften im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit des Verleihers zwecks Arbeitsleistung bei einem Dritten. Die Haftung des Entleihers nach Abs. 6 Satz 1 setzt voraus, dass der Verleiher ArbG gem. § 38 Abs. 1 ist. Das gilt auch für ausländ. Verleiher. Ausgenommen von der LStHaftung sind die Fälle, in denen eine ArbN-Überlassung nach § 1 Abs. 3 AÜG vorliegt (erlaubnisfreie ArbN-Überlassung, zB im Konzern, s. Anm. 116). Zwischen der Haftung des ArbG/Verleihers und der des Entleihers besteht Akzessorietät.

Arbeitnehmerüberlassung: Ein Leiharbeitsverhältnis setzt voraus, dass der ArbG/Verleiher einen ArbN zu dem Zweck eingestellt hat, ihn einem Dritten zwecks Arbeitsleistung zu überlassen. Eine ArbN-Überlassung kann gem. § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG in Bezug auf die einzelne Überlassung nur vorübergehend sein. Es ist im AÜG eine Höchstdauer von 18 zusammenhängenden Monaten festgelegt. Der Verleiher kann sowohl eine private als auch eine juristische Person sein. Auf die Bezeichnung des Rechtsgeschäfts zwischen Verleiher und Entleiher kommt es nicht entscheidend an, sondern auf das Gesamtbild der rechtl.

und tatsächlichen Umstände des Einzelfall (vgl. BFH v. 20.4.1988 – X R 40/81, BStBl. II 1988, 804; BFH v. 18.1.1991 – VI R 122/87, BStBl. II 1991, 409; Hess. FG v. 14.11.1997 – 2 U 4096/97, EFG 1998, 484, rkr.): Keine ArbN-Überlassung liegt (mehr) vor, wenn der Entleiher den Lohn in eigenem Namen und für eigene Rechnung auszahlt, da er dann aus der Sicht der ArbN zum ArbG geworden ist (§ 38 Abs. 1 Satz 2; BFH v. 24.3.1999 – I R 64/98, BStBl. II 2000, 41; BFH v. 13.7.2011 – VI R 84/10, BStBl. II 2011, 986). Die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen einer ArbN-Überlassung trägt die FinVerw. Bei Irrtum des Entleihers über haftungsbegründende Voraussetzungen ist Abs. 6 Satz 3 zu beachten. Zur Abgrenzung zum Werkvertragsrecht vgl. BFH (BFH v. 18.1.1991 – VI R 122/87, BStBl. II 1991, 409; R 42d.2 Abs. 3 LStR). Eine ArbN-Überlassung liegt auch nicht vor, wenn ein ArbG aus einem anderen Mitgliedsstaat des Europäischen Wirtschaftsraums ArbN im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft zur Herstellung eines Werks nach Deutschland entsendet, sofern die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 4 AÜG erfüllt sind. Eine Vermutung, nach der Arbeitsvermittlung statt ArbN-Überlassung vorliegt, enthält § 1 Abs. 2 AÜG. Im Übrigen ist die ArbN-Überlassung auch gegen den Abschluss von Werkverträgen abzugrenzen. Abgrenzungskriterien auch bei R 42d.2 LStR; danach ist von der FinVerw. auch die Auffassung der Bundesagentur für Arbeit zu berücksichtigen.

Nur die Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit des Verleihers führt zur Haftung des Entleihers gem. Abs. 6. Wann die Überlassung von Arbeitskräften „im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit“ geschieht, ist weder im deutschen Recht noch in der Richtlinie, auf die die Änderung des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG zurückgeht, explizit geregelt. Die neue Definition wird jedoch als weiter empfunden, da es im Gegensatz zur vorherigen Fassung nur auf eine wirtschaftliche Tätigkeit des Verleihers ankommt und nicht darauf, ob der Verleiher Erwerbszwecke verfolgt oder nicht (BTDrucks. 17/4804, 1, 8). Als wirtschaftliche Tätigkeit ist alles anzusehen, was in irgendeiner Form mit dem Angebot von Waren und Dienstleistungen zu tun hat (ECKERT/Hass, DStR 2011, 2100 [2101]; EuGH v. 1.7.2008 – C-49/07 – MOTOE, Slg. I 2008, 4892 Rz. 22). Darunter fällt auch die Tätigkeit von stbegünstigten Körperschaften. Im Gegensatz zum früheren Recht benötigen zB auch Personalservicegesellschaften eines Konzerns, die ArbN-Überlassungen im Konzern zum Selbstkostenpreis ermöglichen, eine Genehmigung und fallen damit in den Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG (BTDrucks. 17/4804, 8). Auch stbegünstigte Körperschaften unterfallen dem AÜG. Dagegen stellt die hoheitliche Tätigkeit keine wirtschaftliche Tätigkeit dar (BMI v. 21.9.2011 – D 5-220 110/7, unter Berufung auf EuGH v. 26.3.2009 – C-113/07, Slg. 2000, 2207 Rz. 70).

Ausnahme § 1 Abs. 3 AÜG: Die Haftung des Entleihers für LSt ist ausgeschlossen, wenn eine – erlaubnisfreie – ArbN-Überlassung iSv. § 1 Abs. 3 AÜG vorliegt. Andere Ausnahmen von der Haftung des Entleihers sieht § 42d Abs. 6 Satz 1 nicht vor. Erlaubnisfrei sind dabei folgende Fälle von ArbN-Überlassungen:

- zwischen ArbG desselben Wirtschaftszweigs zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen, wenn ein für den Entleiher und Verleiher geltender Tarifvertrag dies vorsieht,
- zwischen Konzernunternehmen iSd. § 18 AktG, wenn der ArbN nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird (sog. Konzernprivileg),

- zwischen ArbG, wenn die Überlassung nur gelegentlich erfolgt und der ArbN nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird,
- ins Ausland, wenn der Leiharbeitnehmer in ein auf der Grundlage zwischenstaatlicher Vereinbarungen begründetes deutsch-ausländ. Gemeinschaftsunternehmen verliehen wird, an dem der Verleiher beteiligt ist.

§ 1 Abs. 3 AÜG idF des Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze v. 21.2.2017 (BGBl. I 2017, 258) kennt noch zwei weitere erlaubnisfreie ArbN-Überlassungen, auf die der im Dezember 2017 geltende Gesetzestext (noch) nicht verweist. Danach ist das AÜG nicht anzuwenden

- zwischen ArbG, wenn Aufgaben eines ArbN vom bisherigen zum anderen ArbG verlagert werden und aufgrund eines Tarifvertrags des öffentlichen Dienstes das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen ArbG weiter besteht oder die Arbeitsleistung zukünftig bei dem anderen ArbG erbracht wird,
- zwischen ArbG, wenn diese Personen des öffentlichen Rechts sind und Tarifverträge des öffentlichen Dienstes oder Regelungen der öffentlich-rechtl. Religionsgesellschaften anwenden.

Das Kriterium der „nur gelegentlichen Überlassung“ ist eng auszulegen (BTDrucks. 17/4804, 8). Eine Überlassung ist gelegentlich, wenn sie zeitlich begrenzt und nicht als endgültig geplant ist. Nicht unter diese Ausnahme fallen Personalserviceunternehmen im Konzern (BRDrucks. 847/10, 7; Anm. 115). Ein ArbN, der von einem Unternehmer nicht zu dem Zweck eingestellt wurde, anderen Unternehmen zur Arbeitsleistung überlassen zu werden, ist von Gesetzes wegen kein „Leiharbeitnehmer“ (BTDrucks. 17/4804, 8, 9, 14; BRDrucks. 847/10, 7f.). Zu Einzelheiten des § 1 Abs. 3 AÜG s. zB AMBS in ERBS/KOHLHAAS, § 1 AÜG Rz. 29 ff. (6/2017).

Einstweilen frei.

116

II. Haftungsausschlüsse nach Abs. 6 Sätze 2 und 3

1. Haftungsausschluss bei legaler Arbeitnehmerüberlassung (Abs. 6 Satz 2)

117

Abs. 6 Satz 2 enthält einen absoluten Haftungsausschlussgrund zugunsten des Entleihers. Die Haftung entfällt danach, wenn

- eine erlaubte ArbN-Überlassung iSv. § 1 AÜG vorliegt und
- der Entleiher die ihm nach § 51 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. d vorgesehenen Mitwirkungspflichten nachweislich erfüllt hat.

Verwiesen wird ausdrücklich auf die jeweils geltende Fassung des § 1 AÜG. Gemeint sein muss die jeweils geltende Fassung zum Zeitpunkt des vom Gesetz vorgeschriebenen LStAbzugs. Damit ist auch die Änderung durch das Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze v. 21.2.2017 (BGBl. I 2017, 258) eingeschlossen. Fehlt die gem. § 1 AÜG notwendige Genehmigung, so haftet der Entleiher wegen der Fiktion des § 10 AÜG wie ein ArbG (FG Berlin-Brandenb. v. 20.1.2011 – 9 K 9217/08, EFG 2011, 1682, rkr.).

Die Mitwirkungspflichten, die durch § 51 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. d vorgezeichnet sind, können durch eine Rechtsverordnung geregelt werden.

118 2. Haftungsausschluss bei schuldlosem Irrtum über das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung (Abs. 6 Satz 3)

Nach Abs. 6 Satz 3 haftet der Entleiher nicht, wenn er ohne Verschulden über das Vorliegen einer ArbN-Überlassung irrte. Dieser Haftungsausschluss erfasst auch und insbes. den Bereich, in dem die ArbN-Überlassung unerlaubt ist. Die amtliche Begr. nennt in diesem Zusammenhang ausdrücklich den Fall, dass im Baugewerbe, in dem eine ArbN-Überlassung gem. § 12a AFG generell unerlaubt ist, zB Werkverträge abgeschlossen werden, die in Wirklichkeit eine unerlaubte ArbN-Überlassung darstellen (BRDrucks. 391/85, 13; BTDrucks. 10/4119, 8). Für die Anwendung des Abs. 6 Satz 3 ist es unerheblich, ob eine Erlaubnis nach § 1 AÜG vorgelegen hat (so ausdrücklich die amtliche Begr., BRDrucks. 391/85, 13, gegen das vor Inkrafttreten des Abs. 6 ergangene Urteil des FG Münster v. 17.12.1980 – II-IX-V 2509/77 L, EFG 1981, 468, rkr.).

Schuldlos muss der Rechtsirrtum des Entleihers sein. Das bedeutet, dass schon leichte Fahrlässigkeit bei der Beurteilung der rechtl. Verhältnisse den Haftungsbefreiungstatbestand nicht erfüllt. Es besteht damit keine Übereinstimmung mit dem „entschuldbaren Rechtsirrtum“ des ArbG (s. Anm. 60). Auf der anderen Seite zeigen Gesetz und Gesetzesbegründung selbst, dass die Anforderungen an die Schuldlosigkeit nicht überspannt werden dürfen (so auch HERFF, KÖSDI 1996, 10713 [10720]; MÖSBAUER, FR 1996, 281), denn danach soll der Haftungsausschluss ua. auch im Baugewerbe zum Zuge kommen, wo ArbN-Überlassungen gesetzlich ausgeschlossen sind. Raum für einen schuldlosen Irrtum ist auch, wenn die Erlaubnis zur ArbN-Überlassung widerrufen wurde und der Entleiher davon nichts weiß. Ausgeschlossen ist die Haftung, wenn der Abzugsbetrag gem. § 48 Abs. 1 einbehalten oder wegen einer Freistellungsbescheinigung nicht einbehalten wurde (§§ 48 Abs. 4, 48b Abs. 5).

III. Inhalt und Umfang der Entleiherhaftung (Abs. 6 Sätze 4 bis 6)

119 1. Umfang der Haftung des Entleihers (Abs. 6 Satz 4)

Obergrenze der Haftung: Das Gesetz beschränkt den gegen den Entleiher gerichteten Haftungsanspruch entsprechend der zeitlichen Überlassung. Obergrenze des Haftungsanspruchs ist danach der Anspruch auf LSt, der auf Arbeitslohn in der Zeit entfällt, für die der ArbN dem Entleiher überlassen worden ist.

Allerdings lässt sich die LSt für die Zeit, für die der ArbN dem Entleiher überlassen worden ist, nur für das laufende Kj. entsprechend dem Lohnzahlungszeitraum feststellen. Für abgelaufene Kj. besteht Jahressteuerpflicht, in der die Steuer für einzelne Zeitabschnitte aufgeht.

Die gesetzliche Regelung berücksichtigt nicht, dass der so nach einzelnen Lohnzahlungszeiträumen festgestellte LStAnspruch für abgelaufene Kj. nicht identisch ist mit dem StAnspruch, der im Verhältnis zum Leiharbeiter besteht und für den auch nur der Verleiher/ArbG (s. Anm. 20, 74) und entsprechend auch der Entleiher haften. Es ist anzunehmen, dass die Haftungsansprüche gegen den Entleiher für abgelaufene Kj. regelmäßig zu hoch berechnet werden.

Dies mag dem gesetzpolitischen Zweck entsprechen. Es ist jedoch fraglich, ob eine Haftungsvorschrift in dieser Weise zur Grundlage für eine „Strafsteuer“ gemacht werden darf, insbes. wenn die Haftung verschuldensunabhängig begrün-

det werden soll. Will man dieses Erg. vermeiden, muss notfalls geschätzt werden.

Maßgeblicher Zeitraum ist die tatsächliche Tätigkeitsdauer, falls sie von der vereinbarten abweicht (so WURSTER, StBp. 1986, 97 [101]). Auch Zeiträume, in denen die Tätigkeit unterbrochen ist (zB durch Krankheit, Urlaub) zählen nicht mit.

2. Gesamtschuldnerschaft (Abs. 6 Satz 5)

120

ArbG, Entleiher und ArbN sind Gesamtschuldner, soweit die Haftung des Entleihers reicht. Diese Regelung entspricht Abs. 3 Satz 1 (s. Anm. 70 ff.). Ergänzend sind gem. Abs. 6 Satz 8, soweit Sinn und Zweck der Entleiherhaftung es zulassen (s. Anm. 7), Abs. 3 sowie § 44 AO zur Regelung in § 42d Abs. 6 Satz 5 heranzuziehen. Gesamtschuldnerschaft bedeutet insbes., dass Steuer- und Haftungsobjekt gleich sind (§ 44 Abs. 1 AO: „... nebeneinander dieselbe Leistung ... schulden oder für sie haften ...“).

3. Subsidiäre Haftung des Entleihers (Abs. 6 Satz 6)

a) Voraussetzungen der Inanspruchnahme des Entleihers auf Zahlung

121

Auf Zahlung darf der Entleiher nur sekundär nach dem ArbG unter den Voraussetzungen einer der beiden Alternativen des Satzes 6 in Anspruch genommen werden. Abs. 6 Satz 6 betrifft nicht den Erlass des Haftungsbescheids nach pflichtgemäßem Ermessen, sondern die Durchsetzung der so festgesetzten Haftungsforderung. Die Regelung lehnt sich inhaltlich an § 219 Satz 1 AO an. Gedanklich setzt sie jedenfalls bei Alt. 1 (erfolglose Vollstreckung beim ArbG) voraus, dass der Haftungsanspruch auch im Verhältnis zum ArbG (Verleiher) festgesetzt ist, da sonst eine Vollstreckung beim ArbG nicht möglich wäre.

► 1. *Alternative: Eine fehlgeschlagene Vollstreckung* in das inländ. bewegliche Vermögen des Verleihers (ArbG) ist regelmäßig Voraussetzung für die Zahlungsaufforderung an den Entleiher. Ein fehlgeschlagener Vollstreckungsversuch ist ausreichend.

► 2. *Alternative: Eine wahrscheinlich aussichtslose Vollstreckung* in das inländ. bewegliche Vermögen des Verleihers reicht ebenfalls aus, um eine Zahlungsaufforderung an den Entleiher zu richten. Es muss keine aussichtslose Vollstreckung versucht werden. Hat der Verleiher nur ausländ. Vermögen und ist eine Vollstreckung in dieses kaum möglich, ist eine Inanspruchnahme des Entleihers vertretbar (vgl. BFH v. 20.7.1988 – I R 61/85, BStBl. II 1989, 99). Die beiden Alternativen des Satzes 6 stehen dem Wortlaut nach in keinem Rangverhältnis zueinander. Abs. 6 Satz 6 ist keine Ermessensvorschrift; es müssen objektive Umstände festgestellt werden, nach denen eine Vollstreckung aussichtslos ist (so auch WURSTER, StBp. 1986, 97 [101]).

b) Entsprechende Anwendung des § 219 Satz 2 AO

122

Die entsprechende Anwendung des § 219 Satz 2 AO hebt die Einschränkungen des § 42d Abs. 6 Satz 6 zT auf. Als ArbG kann der Verleiher gem. § 219 Satz 2 AO im Verhältnis zum ArbN sofort, dh. ohne vorherigen Vollstreckungsversuch beim ArbN, auf Zahlung der LSt in Anspruch genommen werden. Durch die entsprechende Anwendung des § 219 Satz 2 AO wird der Entleiher dem

ArbG (Verleiher) gleichgestellt. Im Verhältnis zum Leiharbeitnehmer ist die Haftung des Entleihers daher nicht subsidiär (so ausdrücklich BTDrucks. 10/4119, 8).

IV. Pauschale Festsetzung der Haftungsforderung (Abs. 6 Satz 7)

123 1. Voraussetzung der Pauschalierung

Abs. 6 Satz 7 lässt eine pauschale Festsetzung der Haftungsforderung zu, sofern die LSt durch die Umstände der ArbN-Überlassung schwer zu ermitteln ist. Nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut müssen sich die Schwierigkeiten gerade „durch die Umstände der Arbeitnehmerüberlassung“ ergeben. Die Tatsache allein, dass der Entleiher die Höhe der Arbeitslöhne nicht kennt und er von sich aus auch sonst keine Angaben über die Höhe der LStBeträge machen kann, rechtfertigt eine Pauschalierung noch nicht (mit dieser Tendenz aber REINHART, BB 1986, 500 [504]); denn diese Umstände sind für eine ArbN-Überlassung typisch. Abs. 6 Satz 7 ist jedoch eine Ausnahmenvorschrift, die nur unter den dort genannten Voraussetzungen anwendbar ist.

124 2. Höhe der Pauschalierung

Die pauschale Haftungsforderung beträgt 15 % des zwischen Ver- und Entleiher vereinbarten Entgelts ohne USt. Der Prozentsatz ist so festgelegt worden, dass die Belastung den Durchschnittsverhältnissen im Baugewerbe entspricht (BTDrucks. 10/4119, 8f.; vgl. auch BGH v. 13.1.1983 – 4 StR 578/82, NJW 1983, 1334).

Im Einzelfall kann die pauschale Haftungsforderung die an sich individuell zu berechnende Haftungsforderung übersteigen. Das FA braucht in dieser Richtung aber nicht zu ermitteln, solange der Entleiher nicht glaubhaft macht, dass die LSt, für die er haftet, niedriger ist (Abs. 6 Satz 7 aE). Es genügt, wenn die LSt nach seinem Vortrag höchstwahrscheinlich niedriger ist. Regelmäßig wird der Entleiher, da er nicht ArbG ist und nicht über Personaldaten der Leiharbeitnehmer verfügt, einen vollen Nachweis auch gar nicht führen können, während das FA weiterreichende Ermittlungsmöglichkeiten hat. Außerdem ist durch die Pauschalierung ein Rückgriff bei den Leiharbeitnehmern ebenso ausgeschlossen wie eine Anrechnung der Haftungssumme auf deren LSt. Aus rechtsstaatlichen Gründen werden die Anforderungen an die Glaubhaftmachung durch den Entleiher nicht zu hoch geschraubt werden dürfen (ebenso WURSTER, StBp. 1986, 97 [101]).

125 V. Entsprechende Anwendung der Abs. 1 bis 5 (Abs. 6 Satz 8)

Die Verweisung auf Abs. 1 und 2 passt nicht, da der Entleiher – abgesehen von der Anordnung gem. Abs. 8 – als Dritter keine Beziehung zum LStAbzugsverfahren hat. Haftet der Verleiher nicht nach § 42d, so kommt schon aus Gründen der Akzessorietät eine Haftung des Entleihers nicht in Betracht. Denkbar ist aber zB, dass die Haftung des Entleihers aufgrund einer vom ihm eingeholten LStAnrufungsauskunft ausgeschlossen ist.

Die Verweisung auf Abs. 3 ist als Hinweis darauf aufzufassen, dass auch der Entleiher nur nach pflichtgemäßem Ermessen für die LSt der Leiharbeitnehmer haftet. Der Ermessensspielraum ist hier insofern noch enger, als der Entleiher regelmäßig erst nach dem ArbG in Anspruch genommen werden soll.

Die Verweisung auf Abs. 4 und 5: Abs. 4 kann mit Einschränkungen (s. Anm. 90), Abs. 5 in vollem Umfang entsprechend herangezogen werden.

VI. Zuständigkeit des Finanzamts für die Entleiherhaftung (Abs. 6 Satz 9) und Form der Inanspruchnahme bei Arbeitnehmerüberlassung 126

Das Betriebsstättenfinanzamt des ArbG/Verleihers (§ 41 Abs. 2 Satz 1) ist nach Abs. 6 Satz 9 auch das örtlich zuständige FA, das befugt ist, alle Ansprüche gegen den Entleiher geltend zu machen. In Sonderfällen ist § 41 Abs. 2 Satz 2 zu beachten, insbes. wenn der Verleiher ein ausländ. Verleiher gem. § 38 Abs. 1 Nr. 2 ist.

Haftungsbescheid: Verleiher und Entleiher sind durch Haftungsbescheid in Anspruch zu nehmen. In verfahrensrechtl. Hinsicht gilt hier dasselbe wie für die Haftung des ArbG (s. Anm. 95 ff.).

Einstweilen frei. 127

I. Erläuterungen zu Abs. 7: Haftung des Verleihers entsprechend Abs. 6 128

Ist bei einer ArbN-Überlassung der Entleiher der ArbG, so haftet der Verleiher wie ein Entleiher nach § 42d Abs. 6. Der Entleiher muss ArbG iSd. § 38 Abs. 1 sein. Entscheidend sind die tatsächliche Gestaltung und das von Ver- und Entleiher verfolgte wirtschaftliche Erg. (§ 38 Abs. 1 Satz 2; BFH v. 2.4.1982 – VI R 34/79, BStBl. II 1982, 502; FG Münster v. 22.9.1978 – III 2990/76 L, EFG 1979, 254, rkr.). Der Entleiher ist ArbG, wenn er den Lohn in eigenem Namen und für eigene Rechnung auszahlt, unabhängig vom abgeschlossenen Arbeitsvertrag (FG Nürnberg v. 22.12.2011 – 4 K 643/10, EFG 2012, 1191, rkr.).

Einstweilen frei. 129

J. Erläuterungen zu Abs. 8: Anordnung zur Sicherung der Lohnsteuer der Leiharbeitnehmer

Schrifttum: REINHART, Haftung bei Arbeitnehmerüberlassung für Lohnsteuer der Leiharbeitnehmer, Neuregelung durch das StBereinG 1986, BB 1986, 500; WURSTER, Die Lohnsteuerhaftung bei Arbeitnehmerüberlassungen, StBp. 1986, 97.

130 **I. Voraussetzungen und Inhalt des Sicherungsanspruchs**

Bedeutung: Gem. Abs. 8 darf das FA anordnen, dass der Entleiher einen bestimmten Teil des mit dem Verleiher vereinbarten Entgelts zur Sicherung der von dem Leih-ArbN geschuldeten LSt einzubehalten und abzuführen hat. Abs. 8 ist kein Teil der Haftungsnorm, sondern eine eigenständige vorläufige Vollstreckungsmaßnahme (ähnlich § 50a Abs. 7). Sie kann unabhängig vom Haftungsanspruch gegen Verleiher und Entleiher angeordnet und durchgesetzt werden. Gesichert wird die LSt der Leiharbeitnehmer durch einen Teil des Entgelts, das der Entleiher schuldet.

Die Notwendigkeit der Sicherungsanordnung ist Voraussetzung für den Erlass einer Sicherungsanordnung und ergibt sich aus den objektiven Umständen des Einzelfalls, etwa aus der Art, wie der Verleiher seine Pflichten erfüllt. Zweckmäßigkeitserwägungen allein machen die Sicherung nicht „notwendig“ (so auch REINHART, BB 1986, 500 [506]). Liegt eine Notwendigkeit vor, so entscheidet das FA nach pflichtgemäßem Ermessen, ob die Sicherungsanordnung ergeht und wie hoch das einzubehaltende Entgelt ist.

Ausschluss: Sind die Voraussetzungen des § 48 Abs. 4 Nr. 2 erfüllt, ist § 42d Abs. 8 nicht mehr anwendbar.

131 **II. Verfahrensrechtliche Besonderheiten**

Rechtsnatur und Verfahren: Die Sicherungsanordnung ist ein Verwaltungsakt mit Drittwirkung (kein StBescheid) und kann von Entleiher und Verleiher angefochten werden. Der Verzicht auf die Schriftform gem. § 42d Abs. 8 Satz 2 (ggf. mit schriftlicher Bestätigung gem. § 119 Abs. 2 Satz 2 AO) ist eine Ausnahme. Ebenso bedarf es nur ausnahmsweise keiner Begr. gem. § 121 AO, falls die Höhe des durch die Sicherungsanordnung festgesetzten Betrags nicht mehr als 15 % des zwischen Ver- und Entleiher vereinbarten Entgelts ohne USt überschreitet.

Zuständigkeit: Ob Abs. 6 Satz 9 auch für die Anordnung der Sicherungsmaßnahme gilt, ist streitig. Nach einer Auffassung ist dafür jedes FA gem. §§ 24, 29 AO zuständig, in dessen Bezirk – insbes. bei Gefahr im Vollzug – Anlass für die Anordnung des Quellenabzugs besteht (so REINHART, BB 1986, 500 [506]). Nach anderer Auffassung ist dafür das BSFA des Verleihers zuständig (WURSTER, StBp. 1986, 97 [103]). Abs. 6 Satz 9 bezieht sich nicht ausdrücklich auf Abs. 8. Die in Abs. 6 getroffene Regelung soll aber gewährleisten, dass über die Haftung von Ver- und Entleiher nur ein einziges FA entscheidet. Dieses vom Gesetz angestrebte Ziel würde man missachten, wenn – außer in Fällen des § 29 AO – jedes FA zuständig wäre. R 42d.2 Abs. 10 LStR präferiert das BSFA des Verleihers.

132–134 Einstweilen frei.

**K. Erläuterungen zu Abs. 9:
Haftung eines Dritten für Lohnsteuer**

Schrifttum: EISMANN, Lohnsteuerrechtliche Arbeitgeberpflichten nach Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, DStR 2011, 2381.

Verwaltungsanweisungen: R 42d.1, 3 LStR.

I. Bedeutung des Abs. 9

135

Seit VZ 2004 sieht § 38 Abs. 3a vor, dass ein Dritter den LStAbzug anstelle des ArbG unter den dort geregelten Voraussetzungen vornimmt. Abs. 9 dehnt den Haftungsanspruch gem. § 42d auf den Dritten aus und regelt dessen Umfang.

**II. Haftung des Arbeitgebers neben dem Dritten
(Abs. 9 Satz 1)**

136

Nicht eingeschränkt wird die Haftung des Arbeitgebers nach dem Gesetzestext dadurch, dass der Dritte an seiner Stelle den LStAbzug durchführt. Zwischen den beiden Fällen des § 38 Abs. 3a – Verpflichtung des Dritten zum LStAbzug durch Gesetz (§ 38 Abs. 3a Satz 1) und Übertragung der Pflicht zum LStAbzug auf den Dritten durch den ArbG (§ 38 Abs. 3a Satz 3) – wird in § 42d Abs. 9 Satz 1 kein Unterschied gemacht (so auch BFH v. 20.3.2014 – VI R 43/13, BStBl. II 2014, 592). In beiden Fällen soll der ArbG ungeachtet der Tatsache haften, dass nicht er, sondern der Dritte den LStAbzug vornimmt.

Stellungnahme: Diese Regelung behandelt den Dritten zu Unrecht wie einen Erfüllungsgehilfen des ArbG. Sie beachtet nicht, dass der ArbG in beiden Fällen nicht in den LStAbzug eingeschaltet ist. Es ist ihm zB nicht möglich, Berechnungsfehler zu erkennen und zu korrigieren. Dies widerspricht dem hier vertretenen Grundsatz, dass eine Haftung des ArbG nur dann in Betracht kommen kann, wenn er schuldhaft gegen eine ihm beim LStAbzug auferlegte Pflicht verstoßen hat. Dem ArbG ist nicht einmal vorzuwerfen, er habe sich schuldhaft dem LStAbzug entzogen, denn im Fall des § 38 Abs. 3a Satz 1 wird der Dritte von Gesetzes wegen zum LStAbzug verpflichtet, im Fall des § 38 Abs. 3a Satz 2 darf der Dritte nur mit Zustimmung des BSFA den LStAbzug vornehmen. Des Weiteren kennt der ArbG im Fall des § 38 Abs. 3a Satz 1 nicht einmal die Höhe des Arbeitslohns, der vom Dritten gezahlt wird. Dies widerspricht auch dem von der Rspr. erkannten Grundsatz, dass ein ArbG nur dann für die LSt haften kann, wenn er in die Lohnzahlung eingeschaltet ist, weil von ihm nichts Unmögliches gefordert werden kann (BFH v. 24.10.1997 – VI R 23/94, BStBl. I 1999, 474). Die Regelung, dass es bei der Haftung des ArbG auch dann bleibt, wenn ein Dritter gem. § 38 Abs. 3a den LStAbzug anstelle des ArbG vornimmt, wirkt überzogen. Den fiskalischen Interessen ist genügt, wenn der Dritte wie ein ArbG haftet, wenn er den LStAbzug übernimmt. Das gilt insbes. für die Fälle des § 38 Abs. 3a Satz 1, in denen das Gesetz den ArbG von der Pflicht zum LStAbzug befreit. Aufgrund verfassungskonformer Auslegung haftet der ArbG daher nicht nach § 42d, falls und soweit ein Dritter gem. § 38 Abs. 3a den LStAbzug vornimmt. Auf jeden Fall aber ist seine Inanspruchnahme ermessensfehlerhaft.

§ 42d Anm. 137–139 K. Abs. 9: Haftung eines Dritten für Lohnsteuer

137 **III. Voraussetzungen für die Haftung des Dritten (Abs. 9 Satz 2)**

Die Haftung des Dritten nach § 42d ist an die Voraussetzung geknüpft, dass er den LStAbzug gem. § 38 Abs. 3a durchführt. Nicht erfasst werden die Fälle, in denen ein Dritter Arbeitslohn zuwendet, ohne zum LStAbzug verpflichtet zu sein. Der Haftungsanspruch setzt voraus, dass der Dritte die LSt nicht vorschriftsmäßig vom Arbeitslohn einbehalten hat (BFH v. 20.3.2014 – VI R 43/13, BStBl. II 2014, 592).

138 **IV. Gesamtschuld bei Haftung eines Dritten
(Abs. 9 Sätze 3 und 4)**

Gesamtschuldverhältnis: Das gem. Abs. 3 zwischen ArbG und ArbN bestehende Gesamtschuldverhältnis wird durch Abs. 9 Satz 3 auf den Dritten ausgedehnt. Der Dritte haftet bzw. haftet nicht in demselben Umfang wie der ArbG (BFH v. 20.3.2014 – VI R 43/13, BStBl. II 2014, 592). Zum Inhalt des Gesamtschuldverhältnisses gilt grds. nichts anderes als beim Gesamtschuldverhältnis zwischen ArbG und ArbN. Auch hinsichtlich der Form der Inanspruchnahme des Dritten gilt dasselbe wie gegenüber dem ArbG; auch die Regelung in Abs. 4 gilt ausdrücklich hinsichtlich des Dritten.

Ermessensentscheidung bei Haftung des Dritten: Hinsichtlich des Entschließungsermessens s. Anm. 78 ff. Zuständig für die Ausübung des Ermessens ist das BSFA des Dritten (Abs. 9 Satz 8) mit der Folge, dass nur dessen Ermessensentscheidung rechtmäßig sein kann. Beim Auswahlermessen hat die FinVerw. zu prüfen, ob vorrangig der Dritte, der ArbN oder der ArbG in Anspruch zu nehmen ist. Nach Auffassung der FinVerw. soll bei der Wahl zwischen Drittem und ArbG entscheidend sein, wer den Fehlbetrag zu vertreten hat.

Stellungnahme: Da der ArbG den LStAbzug nicht selbst vornimmt und er in den Fällen des § 38 Abs. 3a Satz 1 als nur früherer ArbG auch nicht in die Gewährung der Zuwendung des Arbeitslohns eingeschaltet ist, dürfte seine Inanspruchnahme idR ermessenswidrig sein (falls seine Haftung überhaupt in Betracht kommt, s. Anm. 80). Ein Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber diese Auffassung teilt, kann darin gesehen werden, dass nicht das BSFA des ArbG, sondern das des Dritten für die Geltendmachung des Steuer- oder Haftungsanspruchs zuständig ist. Im Übrigen gelten die Erläuterungen zu Abs. 3 (s. Anm. 77 ff.) entsprechend.

139 **V. Umfang der Haftung des Dritten, der den Lohnsteuerabzug
übernommen hat (Abs. 9 Satz 5)**

Der Umfang der Haftung des Dritten, der durch Vertrag den LStAbzug übernommen hat, beschränkt sich auf die LSt, die in dem Zeitraum zu erheben war, für den er sich zum Abzug der LSt verpflichtet hat. Der Zeitraum endet nicht mit der Beendigung der Tätigkeit für den ArbG, sondern erst, wenn diese Beendigung dem BSFA des Dritten angezeigt worden ist. Verzögert sich die Anzeige und hat der ArbG den LStAbzug wieder selbst übernommen, könnte die vorrangige Inanspruchnahme des Dritten für die Zeit zwischen Beendigung und Anzeige ermessensfehlerhaft sein.

VI. Umfang der Haftung im Fall des § 38 Abs. 3a Satz 7 (Abs. 9 Satz 6) 140

§ 38 Abs. 3a Satz 7 erlaubt die Zusammenrechnung der Arbeitslöhne eines ArbN aus mehreren Dienstverhältnissen, falls der Dritte den LStAbzug gleichzeitig für mehrere ArbG durchführt. Die Haftungssumme beträgt in diesem Fall die Differenz zwischen der insgesamt geschuldeten LSt und der tatsächlich einbehaltenen.

VII. Aufteilung der Haftungsschuld bei mehreren Arbeitgebern (Abs. 9 Satz 7) 141

Die Regelung geht von einer Gestaltung aus, bei der der Dritte LSt in Bezug auf einen „Gesamtlohn“ für mehrere ArbG einbehält (§ 38 Abs. 3a Satz 7). Die Haftungsforderung gegen den einzelnen ArbG ist auf seinen verhältnismäßigen Anteil am Gesamtlohn begrenzt.

VIII. Zuständigkeit für die Durchsetzung des Haftungsanspruchs gegen Dritte (Abs. 9 Satz 8) 142

Abweichend vom Regelfall ist das BSFA des Dritten im Rahmen des Abs. 9 für die Geltendmachung von Steuer- und Haftungsanspruch zuständig. Dies wirkt sich auch auf die Rechtmäßigkeit der Ermessensentscheidung aus, da regelmäßig nur die Entsch. der zuständigen Behörde rechtmäßig sein kann (§ 5 AO). Nach FG Sachsen ist das BSFA des Dritten gegenüber allen potentiell Haftenden zuständig, damit eine umfassende Ermessensentscheidung möglich ist (FG Sachsen v. 23.5.2013 – 2 K 473/13, EFG 2013, 1524, rkr., offen gelassen in BFH v. 20.3.2014 – VI R 43/13, BStBl. II 2014, 592). Nach R 42d.2 LStR ist das BSFA des Entleihers zuständig, muss aber das BSFA des Verleihers einschalten, wenn auch dessen Haftung in Betracht kommt.

§ 42d