

Ausfertigung

Az: 8 V 1813/12

# Finanzgericht München

## Beschluss

In der Streitsache

1.

2.

**Antragsteller**

gegen

Finanzamt Rosenheim  
vertreten durch den Amtsleiter  
Wittelsbacherstr. 25  
83022 Rosenheim  
StNr.: -

**Antragsgegner**

wegen

Aussetzung der Vollziehung i. S.  
Lohnsteuerklassenänderung ab 2012

hat der 8. Senat des Finanzgerichts München durch  
den Vorsitzenden Richter am Finanzgericht Dr. Buyer,  
die Richterin am Finanzgericht Hamster und  
die Richterin am Finanzgericht Peltner  
ohne mündliche Verhandlung am 19. November 2012 beschlossen:

1. Die Vollziehung des Bescheides über die Feststellung der Lohnsteuerklasse I für den **Antragsteller zu 1)** wird mit der Maßgabe aufgehoben bzw. ausgesetzt, dass mit Wirkung ab 1. Januar 2012 bei der Berechnung der Lohnsteuerabzugsbeträge von der Lohnsteuerklasse III auszugehen ist.

Die Aufhebung/Aussetzung der Vollziehung endet:

a) mit Ablauf des 31. Mai eines jeden Jahres, wenn der Antragsteller zu 1) nicht bis dahin seine Einkommensteuererklärung für den vorangegangenen Veranlagungszeitraum beim Antragsgegner eingereicht hat,

b) mit Eintritt der Bestandskraft jedes künftigen Einkommensteuerbescheides für den Antragsteller zu 1) oder

c) mit Ablauf eines Monats nach Bekanntgabe einer den Einkommensteuerbescheid für 2012 für den Antragsteller zu 1) betreffenden Einspruchsentscheidung bzw. Teileinspruchsentscheidung zur Veranlagungsart.

2. Die Vollziehung des Bescheides über die Feststellung der Lohnsteuerklasse I für den **Antragsteller zu 2)** wird mit der Maßgabe aufgehoben bzw. ausgesetzt, dass mit Wirkung ab 1. Januar 2012 bei der Berechnung der Lohnsteuerabzugsbeträge von der Lohnsteuerklasse V auszugehen ist.

3. Die Kosten des Verfahrens trägt der Antragsgegner.

4. Die Beschwerde zum Bundesfinanzhof wird zugelassen.

### **Rechtsmittelbelehrung**

1. Gegen diese Entscheidung steht den Beteiligten die **Beschwerde** an den Bundesfinanzhof in München zu. Die Beschwerde ist beim Finanzgericht München, Ismaninger Str. 95, 81675 München (Briefanschrift: Finanzgericht München, Postfach 86 03 60, 81630 München) oder Außensenate Augsburg, Frohsinnstr. 21, 86150 Augsburg (Briefanschrift: Postfach 10 16 61, 86006 Augsburg) schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle innerhalb von zwei Wochen nach der Bekanntgabe (Zustellung) der Entscheidung einzulegen.

2. Vor dem Bundesfinanzhof müssen sich die Beteiligten durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bundesfinanzhof eingeleitet wird. Als Bevollmächtigte sind nur Rechtsanwälte, niedergelassene europäische Rechtsanwälte, Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, Wirtschaftsprüfer oder vereidigte Buchprüfer zugelassen; zur Vertretung berechtigt sind auch Steuerberatungsgesellschaften, Rechtsanwaltsgesellschaften, Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und Buchprüfungsgesellschaften sowie Partnerschaftsgesellschaften, deren Partner ausschließlich Rechtsanwälte, niedergelassene europäische Rechtsanwälte, Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, Wirtschaftsprüfer oder vereidigte Buchprüfer sind. Ein Beteiligter, der nach Maßgabe des vorhergehenden Satzes zur Vertretung berechtigt ist, kann sich selbst vertreten. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen.

**Gründe:**

**I.**

Die beiden Antragsteller begründeten am 02. Juli 2005 eine eingetragene Lebenspartnerschaft. Sie leben nicht dauernd getrennt und sind unbeschränkt einkommensteuerpflichtig. Beide Antragsteller beziehen Arbeitslohn, der in der Summe den (Jahres-)Betrag von 19.400 € übersteigt. Ihre Lohnsteuerkarten weisen jeweils die Steuerklasse I aus. Zudem ist bei beiden Antragstellern jeweils ein Freibetrag für Verluste aus Vermietung und Verpachtung eingetragen.

Mit Schreiben vom 06. März 2012 beantragten beide Antragsteller die Änderung ihrer Lohnsteuerklassen in die Steuerklasse III für den Antragsteller zu 1) und in die Steuerklasse V für den Antragsteller zu 2). Diesen Antrag lehnte das FA mit Schreiben vom 12. und 27. März 2012 ab. Eine Rechtsbehelfsbelehrung enthielten diese Schreiben nicht. Gegen den Bescheid vom 27. März 2012 legten beide Antragsteller mit Schreiben vom 01. April 2012 Einspruch ein und beantragten Aufhebung der Vollziehung der ablehnenden Entscheidung des FA. Mit Schreiben vom 12. April 2012 teilte das FA beiden Antragstellern mit, dass eine Aussetzung der Vollziehung (AdV) nicht möglich sei. Mit Schreiben vom 17. April 2012 wiederholten die Antragsteller ihren Antrag, die Steuerklassen im Wege der AdV zu ändern. Diesen Antrag lehnte das FA mit Schreiben vom 21. Mai 2012 gegenüber dem Antragsteller zu 1) ab.

Am 08. Juni 2012 ging beim Finanzgericht ein Antrag auf AdV ein. Zur Begründung verweisen die Antragsteller insbesondere auf den Beschluss des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 05. März 2012 III B 6/12, nach dem der Ausschluss der Lebenspartner vom Splittingverfahren rechtlich ernstlich zweifelhaft sei. Das Interesse der Lebenspartner an der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes sei höher zu bewerten als das öffentliche Interesse an der geordneten Haushaltsführung. Durch die Änderung der Lohnsteuerklassen werde die Einkommensteuerveranlagung nicht vorweggenommen. Ggf. könne die Änderung der Lohnsteuerklasse im nachfolgenden Veranlagungsverfahren durch die Festsetzung einer höheren Nachzahlung rückgängig gemacht werden. Es sei auch nicht zu befürchten, dass die Antragsteller einen ungerechtfertigten Steuervorteil erhielten, der etwa mangels Notwendigkeit der Durchführung einer Einkommensteuerveranlagung nicht mehr ausgeglichen werden könne. Denn ggf. könne die zu wenig erhobene Lohnsteuer durch Lohnsteuernachforderungsbescheid geltend gemacht werden.

**Die Antragsteller beantragen** sinngemäß,

die Vollziehung der Bescheide über die Feststellung der Lohnsteuerklassen I mit der Maßgabe auszusetzen bzw. aufzuheben, dass der Berechnung der Lohnsteuerabzugsbeträge ab dem 01. Januar 2012 für den Antragsteller zu 1) die Lohnsteuerklasse III und für den Antragsteller zu 2) die Lohnsteuerklasse V zugrunde zu legen ist.

**Der Antragsgegner beantragt,**

den Antrag abzulehnen.

Wegen des Sachverhalts im Einzelnen wird auf die von den Beteiligten eingereichten Schriftsätze sowie auf die vorgelegten Unterlagen und Akten Bezug genommen.

## II.

1. Der Antrag ist zulässig.

a. Im finanzgerichtlichen Verfahren ist vorläufiger Rechtsschutz entweder durch die Aussetzung oder Aufhebung der Vollziehung eines angefochtenen Verwaltungsakts nach § 69 Finanzgerichtsordnung (FGO) oder durch eine einstweilige Anordnung nach § 114 FGO zu gewähren. Die Abgrenzung der beiden Rechtsschutzmöglichkeiten richtet sich danach, welche Klage in einem Hauptsacheverfahren zu erheben wäre. Ist die zutreffende Klageart die Anfechtungsklage, wird vorläufiger Rechtsschutz durch die Aussetzung oder Aufhebung der Vollziehung gewährt (§ 69 FGO), bei Verpflichtungsklagen ist grundsätzlich eine einstweilige Anordnung (§ 114 FGO) zu beantragen (Beschluss des Bundesfinanzhofs – BFH – vom 05. März 2012 III B 6/12, BFH/NV 2012, 1144).

Diese Differenzierung gilt auch für Grundlagenbescheide wie die hier streitgegenständlichen Eintragungen auf den für 2010 ausgestellten Lohnsteuerkarten der Antragsteller, die gemäß § 39 Abs. 3b Satz 4 Einkommensteuergesetz (EStG) a.F. die gesonderte Feststellung von Besteuerungsgrundlagen i. S. des § 179 Abs. 1 Abgabenordnung (AO) sind und die – unabhängig von der eingetragenen Gültigkeit – auch im Lohnsteuerabzugsverfahren 2012 beachtet werden müssen (Einfügung des § 52b EStG durch Art. 1 Nr. 40 des Gesetzes vom 08. Dezember 2010, BGBl I 2010, 1768; vgl. auch BMF-Schreiben vom 06. Dezember 2011, BStBl I 2011, 1254).

Ist der (erstmalige) Grundlagenbescheid selbst Streitgegenstand des Rechtsbehelfsverfahrens und damit die Möglichkeit zur Anfechtungsklage gegeben, ist einstweiliger Rechtsschutz durch AdV zu gewähren (vgl. zum negativen Grundlagenbescheid Beschluss des Großen Senats des BFH vom 14. April 1987 GrS 2/85, BStBl II 1987, 637 sowie BFH-Beschluss vom 27. März 1991 I B 187/90, BStBl II 1991, 643; BFH-Beschlüsse vom 16. Juni 2011 IX B 72/11, BFH/NV 2011, 1880, vom 12. April 1994 X S 20/93, BFH/NV 1994, 783 und vom 29. April 1992 VI B 152/91, BStBl II 1992, 752 betreffend Ablehnung des Antrags, erstmals einen Freibetrag auf der Lohnsteuerkarte einzutragen). Ist hingegen der Bescheid, mit dem ein Antrag auf Änderung eines Grundlagenbescheides (z.B. nach § 164 Abs. 2 AO) abgelehnt wurde, Gegenstand des Rechtsbehelfsverfahrens, kann hiergegen nur Verpflichtungsklage eingelegt und vorläufiger Rechtsschutz nur im Wege der einstweiligen Anordnung gewährt werden (BFH-Beschluss vom 09. August 1994 IV S 8/94, BFH/NV 1995, 409, zum Bescheid, mit dem der auf § 164 Abs. 2 AO gestützte Antrag auf Aufhebung eines bestandskräftigen Gewerbesteuerermessbetragsbescheides abgelehnt wurde).

Der Einspruch der Antragsteller vom 01. April 2012 richtet sich zwar seinem Wortlaut nach gegen den Bescheid vom 27. März 2012, mit welchem das FA die Änderung der Lohnsteuerklassen abgelehnt hat. Davon ausgehend wäre einstweiliger Rechtsschutz nur im Wege der einstweiligen Anordnung möglich. Denn eine Aussetzung des Ablehnungsbescheides von der Vollziehung könnte die Bindungswirkung des vorangegangenen Grundlagenbescheides (Eintragung der Steuerklasse I auf den fort geltenden Lohnsteuerkarten 2010) nicht beseitigen. Weil die Antragsteller ihren Einspruch aber ausdrücklich mit einem Antrag auf Aufhebung der Vollziehung verbunden haben, sind ihre Erklärungen auslegungsbedürftig (BFH-Beschluss vom 23. April 2009 X B 43/08, BFH/NV 2009, 1443). Dies umso mehr, als die (nicht vertretenen) Antragsteller die verschiedenen Rechtsbehelfsmöglichkeiten mangels entsprechender Belehrung nicht ohne weiteres erkennen konnten.

Der Senat versteht den Einspruch vom 01. April 2012 als (unmittelbar) gegen die Feststellung der Steuerklasse I in den Lohnsteuerkarten 2010 gerichtet. Deren Fortgeltung für das Jahr 2012 hat nach Ansicht des Senats eine neue Anfechtungsmöglichkeit eröffnet. Dabei kann offen bleiben, wann die für 2012 geltenden Lohnsteuerabzugsmerkmale gegenüber den Antragstellern als bekannt gegeben gelten. Denn zum Zeitpunkt der Einspruchseinlegung war jedenfalls die mangels Rechtsbehelfsbelehrung geltende Jahresfrist des § 356 Abs. 2 AO noch nicht abgelaufen.

b. Soweit bei den seit Januar 2012 bis zur Entscheidung über den AdV-Antrag erfolgten Lohnsteueranmeldungen die Steuerklasse I zugrunde gelegt worden ist, ist der angefochtenen Verwaltungsakt bereits vollzogen.

Vollzogen ist ein Verwaltungsakt, wenn sein Regelungsinhalt in irgendeiner Weise verwirklicht bzw. von seinen Wirkungen in irgendeiner Weise Gebrauch gemacht worden ist. Dies ist nicht nur bei Verwaltungsakten der Fall, die dem Adressaten eine Leistungspflicht auferlegen, sondern auch bei Grundlagenbescheiden, deren Bindungswirkung zum Erlass eines Folgebescheides führt (Gräber/Koch, FGO, Kommentar, 7. Auflage, § 69 Rz. 40, 37). Weil die Steuerklasse gemäß § 39b Abs. 2 Satz 8 EStG Grundlage für die Berechnung der Lohnsteuer ist, die der Arbeitgeber bei jeder Lohnzahlung einzubehalten hat (§ 38 Abs. 3 Satz 1 EStG), richtet sich der Antrag – soweit er die zurückliegenden Monate betrifft – auf eine Aufhebung der Vollziehung.

c. Die Zugangsvoraussetzungen für einen gerichtlichen Antrag auf AdV liegen vor, denn der Antragsgegner hat die AdV mit Schreiben vom 12. April 2012 gegenüber beiden Antragstellern und nochmals mit Schreiben vom 21. Mai 2012 gegenüber dem Antragsteller zu 1) abgelehnt (§ 69 Abs. 4 Satz 1 FGO).

d. Obwohl der Antragsteller zu 2) mit der Lohnsteuerklasse V – isoliert betrachtet – eine Schlechterstellung begehrt, kann auch er ein Rechtsschutzinteresse geltend machen. Er hat sich mit dem Antragsteller zu 1) zu einer „Klänergemeinschaft“ zusammengeschlossen, um für ihre Wirtschaftsgemeinschaft eine steuerliche Entlastung zu erstreiten (FG Münster, Beschluss vom 16. Januar 2012 6 V 4218/11 E, EFG 2012, 750, Rz. 26; sowie vergleichbare Fälle z.B. BFH-Beschluss vom 22. Oktober 1980 I S 1/80, BFHE 131, 455, BStBI II 1981, 99; vom 24. Februar 1977 VIII R 178/94, BFHE 125, 104, BStBI II 1978, 510).

2. Der Antrag ist auch begründet.

Die Vollziehung eines angefochtenen Verwaltungsakts soll auf Antrag ausgesetzt werden, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides bestehen (§ 69 Abs. 3 Satz 1 i. V. mit Abs. 2 Satz 2 FGO). Ist der Verwaltungsakt im Zeitpunkt der Entscheidung schon vollzogen, kann das Gericht unter den gleichen Voraussetzungen ganz oder teilweise die Aufhebung der Vollziehung anordnen (§ 69 Abs. 3 Satz 3 FGO). Während sich also die Aussetzung der Vollziehung nur auf Folgen in der Zukunft erstreckt, richtet sich die Aufhebung der Vollziehung auf die einstweilige Rückgängigmachung bereits eingetretener Wirkungen des angefochtenen Verwaltungsakts (Seer in Tipke/Kruse, AO/FGO, Kommentar, § 69 FGO Rz. 177).

Ernstliche Zweifel i. S. d. § 69 Abs. 2 Satz 2 FGO können sich zwar grundsätzlich auch aus der möglichen Verfassungswidrigkeit der konkreten im Streitfall einschlägigen Rechtsnorm ergeben. Im Hinblick auf den Geltungsanspruch eines jeden formell verfassungsmäßig zustande gekommenen Gesetzes ist jedoch nach der ständigen Rechtsprechung des BFH in solchen Fällen zusätzlich ein (besonderes) berechtigtes Interesse des Antragstellers an der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes erforderlich. Bei der Prüfung, ob ein solches berechtigtes Aussetzungsinteresse des Steuerpflichtigen besteht, ist dieses mit den gegen die Gewährung von AdV sprechenden öffentlichen Belangen abzuwägen. Dabei kommt es maßgeblich einerseits auf die Bedeutung und die Schwere des durch die Vollziehung des angefochtenen Steuerbescheids eintretenden Eingriffs beim Steuerpflichtigen und andererseits auf die Auswirkungen einer AdV hinsichtlich des Gesetzesvollzuges und des öffentlichen Interesses an einer geordneten Haushaltsführung an. Das Gewicht der ernstlichen Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der betroffenen Vorschrift ist bei dieser Abwägung nicht von ausschlaggebender Bedeutung (BFH-Beschluss vom 1. April 2010 II B 168/09, BFHE 228, 149, BStBI II 2010, 558).

a. Gleichgeschlechtliche Lebenspartner erfüllen jedenfalls dem Gesetzeswortlaut nach nicht die Voraussetzung für die Einreihung in die Steuerklasse III (vgl. § 38b Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 EStG), bei der die Lohnsteuer nach Maßgabe der sog. Splitting-Tabelle berechnet wird. Allerdings haben bereits mehrere Finanzgerichte verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Ungleichbehandlung von Ehen und eingetragenen Lebenspartnerschaften bei der Anwendung des Splitting-Verfahrens geäußert (FG Münster, Beschluss vom 16. Januar 2012 6 V 4218/11 E, EFG 2012, 750; FG Hamburg, Beschluss vom 29. Februar 2012 5 V 5/12, Juris; FG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 9. Dezember 2011 5 V 213/11, EFG 2012, 463; FG Köln, Beschluss vom 7. Dezember 2011 4 V 2831/11, EFG 2012, 361; FG Niedersachsen, Beschluss vom 7. Dezember 2011 7 V 56/11, Juris; FG Baden-Württemberg, Beschluss vom 2. Dezember 2011 3 V 3699/11, EFG 2012, 461; anders FG Baden-Württemberg, Beschluss vom 7. Dezember 2011 4 V 1910/11, EFG 2012, 459 sowie das FG Düsseldorf, Urteil vom 27. Oktober 2011 14 K 1890/11 E, EFG 2012, 746, Revision anhängig). Diese Bedenken teilt der BFH zwar nicht; im Hinblick auf den offenen Ausgang der beim Bundesverfassungsgericht (BVerfG) anhängigen Verfassungsbeschwerden 2 BvR 909/06, 2 BvR 1981/06 und 2 BvR 288/07 sowie auf den zum Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht ergangenen Beschluss des BVerfG vom 21. Juli 2010 1 BvR 611, 2464/07 (BVerfGE 126, 400) hat der BFH aber ernstliche Zweifel an der Richtigkeit seiner Rechtsauffassung bejaht (BFH-Beschluss vom 05. März 2012 III B 6/12, BFH/NV 2012, 1144).



b. Der Senat ist jedoch der Auffassung, dass im Lohnsteuerabzugsverfahren wegen der faktisch rechtsgestaltenden Wirkung einer im Wege der AdV gewährten Änderung der Lohnsteuerklasse I in III trotz verfassungsrechtlicher Bedenken für jeden Einzelfall gesondert zu überprüfen ist, ob das öffentliche Interesse am Vollzug eines jeden formell verfassungsgemäß zustande gekommenen Gesetzes hinreichend berücksichtigt ist und AdV gewährt werden kann.

Im vorliegenden Fall ist der Senat zu der Auffassung gelangt, dass eine Aussetzung/Aufhebung der Vollziehung im Hinblick darauf, dass die Antragsteller zur Einkommensteuer zu veranlagten sein werden, nicht aus Gründen des öffentlichen Interesses abzulehnen ist.

Dabei verkennt der Senat nicht, dass die Sicherstellung des Lohnsteuerabzugsverfahrens für den Fiskus von besonderer Bedeutung ist (vgl. hierzu auch § 69 Abs. 2 Satz 8 FGO) und die Antragsteller mit ihrem Aussetzungsantrag letztlich die vorläufige Regelung eines streitigen Rechtsverhältnisses erreichen wollen, wie dies in seinen Wirkungen an sich nur im Wege einer einstweiligen Anordnung gem. § 114 Abs. 1 Satz 2 FGO möglich ist. Der Senat sieht auch, dass das FA – sollte sich an das vorliegende Lohnsteuerabzugsverfahren nicht ein Einkommensteuerveranlagungsverfahren anschließen – im Falle einer die derzeitige Gesetzeslage bestätigenden Entscheidung seitens des BVerfG die beim Antragsteller zu 1) zu wenig erhobene Lohnsteuer wohl nur mittels eines Nachforderungsbescheides gem. § 41c Abs. 4 Satz 2 EStG einfordern kann.

Bei dem Nachforderungsverfahren gem. § 41c Abs. 4 Satz 2 EStG handelt es sich um ein gegenüber dem Lohnsteuerabzug eigenständiges Verfahren, das erst durchgeführt werden kann, wenn feststeht, dass tatsächlich zu wenig Lohnsteuer einbehalten wurde (§ 41c Abs. 1, Abs. 4 Satz 1 EStG), und für welches die vierjährige Festsetzungsverjährung für die einzelnen Lohnsteuervoranmeldungszeiträume bereits mit Ablauf des Kalenderjahres beginnt, in dem die Voranmeldungen abgegeben wurden (§ 170 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AO). Da die Bildung der Lohnsteuerabzugsmerkmale mangels einer den § 39b Abs. 2 Satz 8 und Abs. 3 Satz 7 sowie § 39e Abs. 4 Satz 2 EStG entsprechenden gesetzlichen Regelung keine Grundlagenbescheidsfunktion für einen evtl. Nachforderungsbescheid gegenüber dem Arbeitnehmer gem. § 41c Abs. 4 Satz 2 EStG hat (§ 179 Abs. 1 AO), kann nach Auffassung des Senats nach dem Ablauf der regulären Festsetzungsfrist durch eine erneute Änderung der Lohnsteuerklasse von III in I keine Ablaufhemmung gem. § 171 Abs. 10 AO erreicht werden (das noch anders lautende BFH-Urteil vom 24. September 1982 VI R 64/79, BStBl II 1983, 60, ist durch die neuere Rechtsprechung des BFH zu § 179 Abs. 1 AO überholt, vgl. Beschluss des Großen Senats des BFH vom 11. April 2005 GrS 2/02, BStBl II 2005, 679).

Wird daher die Lohnsteuer im Wege der AdV vorläufig nach Steuerklasse III (anstelle von I) berechnet und stellt sich nachträglich heraus (z.B. nach einer Entscheidung des BVerfG), dass die Lohnsteuerklasse I zutreffend eingetragen war, kann das FA sowohl aus tatsächlichen Gründen (z.B. weil die für die im Nachforderungsverfahren durchzuführende Schattenveranlagung --LStR R 41c.3-- erforderlichen Unterlagen nicht mehr vorhanden sind) wie auch rechtlich (wegen Eintritts der Festsetzungsverjährung) an der Nachforderung der zu wenig erhobenen Lohnsteuer gem. § 41c Abs. 4 Satz 2 EStG gehindert sein. Durch den dann unmöglich gewordenen Gesetzesvollzug würde die einstweilige Regelung den Rechtsstreit faktisch endgültig zu Gunsten des Antragstellers zu 1) erledigen. Hinzu kommt, dass ein evtl. Nachforderungsbetrag weder nach § 233a AO noch nach § 237 AO zu verzinsen ist.

Diese verfahrensrechtliche Schlechterstellung des FA bei Abänderung der Lohnsteuerklasse zu Gunsten eines Arbeitnehmers von z.B. I in III im Wege der AdV endet jedoch, sobald dieser zur Einkommensteuer veranlagt werden kann. Das FA kann dann die Einkommensteuer entsprechend seiner Auffassung festsetzen und im Rechtsbehelfsverfahren die Aussetzung der Vollziehung des Steuerbescheides (ggf. gegen Sicherheitsleistung) verfügen. Ist daher bei der im vorläufigen Rechtsschutzverfahren zwar gebotenen, aber auch ausreichenden summarischen Überprüfung der vorliegenden Unterlagen und des Sachvortrags der Beteiligten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass es zur Einkommensteuerveranlagung kommen wird, ist nach Auffassung des Senats entsprechend dem BFH-Beschluss vom 05. März 2012 III B 6/12 (BFH/NV 2012, 1144), auf den zur weiteren Begründung Bezug genommen wird, bereits für das Lohnsteuerabzugsverfahren AdV zu gewähren. Nur so ist gewährleistet, dass die eingetragenen Lebenspartner, die dem Lohnsteuerabzug unterliegen, gegenüber den Einkommensteuervorauszahlern nicht schlechter gestellt werden (BFH-Urteil vom 27. Juni 1995 VI R 93/93, BFH/NV 1995, 1058).

c. Für das vorliegende summarische Verfahren kann nach Auffassung des Senats mit hinreichender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass die Antragsteller für das Streitjahr zur Einkommensteuer veranlagt werden. Sie haben angegeben, dass auf ihren Lohnsteuerkarten Freibeträge für Verluste aus Vermietung und Verpachtung eingetragen sind und der von ihnen insgesamt erzielte Arbeitslohn die Grenze des § 46 Abs. 2 Nr. 4 EStG übersteigt. Das FA hat bestätigt, dass nach derzeitigem Kenntnisstand eine Pflicht zur Veranlagung besteht.

d. Nach Auffassung des Senats war der Ablauf der AdV zum 31. Mai eines jeden Jahres anzuordnen, falls der Antragsteller zu 1) nicht bis dahin seine Einkommensteuererklärung für das Vorjahr abgeben sollte. Diese Nebenbestimmung erscheint notwendig und sachgerecht. Nur so kann sichergestellt werden, dass das FA – falls es doch nicht zur Einkommensteuer-  
veranlagung kommen sollte – zeitnah die wegen der AdV nicht erhobene Lohnsteuer nachfordern kann.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 1 FGO.

4. Die Beschwerde war nach § 128 Abs. 3 i. V. mit § 115 Abs. 2 Nr. 1 und 2 FGO zuzulassen.

Dr. Buyer

Hamster

Peltner



Ausgefertigt  
Geschäftsstelle 5  
München, den 23. Nov. 2012  
stellvertretende Urkundsbeamtin