

Ihre Steuerkanzlei informiert.

# SCHAUFENSTER STEUERN 10/2017

## Termine

Steuern und Sozialversicherung

## Außergewöhnliche Belastungen

Änderung bei Ermittlung zumutbarer Belastung

## Nachzahlungszinsen

Höhe ist verfassungsgemäß



Sehr geehrte Mandanten,

immer wieder hört man von dem Vorurteil, dass es in der Finanzverwaltung chaotisch zugeht und es an der nötigen Abstimmung fehlt. Aber machen Sie sich selber ein Bild:

In 11/2014 wurde im Rahmen einer parlamentarischen Anfrage gefragt, wie bei Fahrzeugen mit Wechselkennzeichen die private Nutzungsbesteuerung zu erfolgen hat.

Die Antwort des BMF: "Kann ein Gesellschafter-Geschäftsführer als Arbeitnehmer gleichzeitig mehrere Dienstwagen (...) privat nutzen, so ist (...) grundsätzlich für jedes Fahrzeug ein pauschaler Nutzungswert anzusetzen. Ausnahmen hiervon sind nur dann möglich, wenn die zur Verfügung gestellten Kraftfahrzeuge durch Personen, die zur Privatsphäre des Arbeitnehmers gehören, nicht genutzt werden. Diese Ausnahmen können auch in Fällen der Nutzung eines Wechselkennzeichens vorliegen."

Im Ergebnis eine sehr logische Auffassung, denn wenn ein Fahrzeug das Wechselkennzeichen gerade nicht trägt, kann es schließlich auch nicht privat genutzt werden. Dennoch sieht es die OFD Frankfurt/Main in einem Erlass vom 18.5.2017 anders. Darin heißt es: "Gehören zum Betriebsvermögen eines Steuerpflichtigen mehrere Kraftfahrzeuge, die dieser alle auch für private Zwecke nutzt, ist für jedes dieser Kraftfahrzeuge eine Entnahme anzusetzen. Dies gilt auch bei Einsatz eines Wechselkennzeichens."

Zugegebenermaßen handelt es sich einmal um einen Arbeitnehmer und einmal um einen Unternehmer, jedoch kann dies aus unserer Sicht nicht eine solche Ungleichbehandlung rechtfertigen. Wahrscheinlicher ist, dass nicht genau genug recherchiert wurde - und prompt hat man zwei gegenläufigen Meinungen aus der Finanzverwaltung.

Eine informative Lektüre wünscht Ihnen

Daniel Buchholz  
Steuerberater

Daniel Buchholz  
Mühlweg 1, 63755 Alzenau  
Telefon: 06023/9188-500 | Telefax: 06023/9188-499  
www.buchholz-steuerberatung.com | info@buchholz-  
steuerberatung.com

# Inhalt

## Hinweis:

*Haftungsausschluss: Die Inhalte dieses Mandantenbriefes wurden mit größtmöglicher Sorgfalt ausgewählt und zusammengestellt. Beachten Sie bitte, dass dieser Mandantenbrief rein informativen Charakter hat und eine individuelle und persönliche Beratung nicht ersetzen kann! Bitte haben Sie Verständnis dafür, dass wir keine Gewährleistung für die Richtigkeit und/oder die Aktualität der hier wiedergegebenen Informationen übernehmen.*

## Alle Steuerzahler 4

- Termine: Steuern und Sozialversicherung
- Außergewöhnliche Belastungen: Änderung bei Ermittlung zumutbarer Belastung
- Nachzahlungszinsen: Höhe ist verfassungsgemäß
- Aufteilung der Gesamtschuld: Antrag kann nicht zurückgenommen werden

## Unternehmer 6

- Gewinnneutrales Ausscheiden aus Personengesellschaften künftig weitergehend als bisher
- Betriebsübergabe bei Fortführung bisheriger gewerblicher Tätigkeit durch Übergeber nicht steuerneutral möglich
- Künftige Zusatzbeiträge zur Handelskammer: Keine Rückstellung möglich

## Kapitalanleger 8

- Phishing: Weitergabe einer TAN per Telefon steht Haftung der Bank entgegen
- Investmentfonds: Grundlegende Änderung der Besteuerung ab 2018
- Sparkasse: Mehrere Entgeltklauseln sind unwirksam

## Immobilienbesitzer 10

- Wohnungseigentümergeinschaft: Glashaus auf Dachterrasse ist zustimmungspflichtig
- Zweckentfremdungsverbot für Wohnraum darf mit Ersatzzwanghaft durchgesetzt werden
- "Gemeinschaftlicher" Rauchmelder: Beschluss der Eigentümergemeinschaft in der Regel nicht ermessensfehlerhaft

## Angestellte 12

- Atemwegserkrankung eines Karosseriemeisters wird als Berufskrankheit entschädigt

- Arbeitgeber übernimmt Steuer aufgrund Vereinbarung mit Finanzamt: Kein Rückgriff beim Arbeitnehmer
- Optionsrecht: Wann fließt der geldwerte Vorteil zu?
- Betriebsfeier: Auch freigestellter Arbeitnehmer darf teilnehmen

## Familie und Kinder 14

- Betreuungsplatz für unter dreijähriges Kind darf rund 7,5 Kilometer von Wohnort der Eltern entfernt sein
- Nießbrauchsbestellung zugunsten studierenden Kindes: Kein Gestaltungsmissbrauch
- Kurzzeitpflege eines Kindes begründet keinen Kindergeldanspruch

## Arbeit, Ausbildung & Soziales 16

- Isolierter Tinnitus kann nicht Folge eines Arbeitsunfalls sein
- Taxifahrer: Signalisierung der Arbeitsbereitschaft im Drei-Minuten-Takt unzumutbar
- Bauhelfertätigkeit: Vorwiegend eigenwirtschaftliche Motive schließen Unfallversicherungsschutz aus
- Bei der Entsendung ins Ausland kann der Chef den Steuerberater übernehmen
- Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: Wer nicht arbeiten, aber doch kassieren will

## Bauen & Wohnen 18

- Blendendes Nachbar-Solardach muss nicht hingenommen werden
- Nachbarrecht: Heckenhöhe bei Grundstücken in Hanglage
- Entgelte für Abwasser und Abfall unterliegen auch künftig nicht der Mehrwertsteuer
- Nachbarrecht: Ein Zentimeter Dämmung kann es bis zum Bundesgerichtshof schaffen

## Ehe, Familie & Erben 20

- Künftiger Pflichtteilsanspruch: Abfindung für zu Lebzeiten des Erblassers erklärten Verzicht unterliegt Steuerklasse II

- Unterbringung eines Angehörigen in Pflegeheim: Aufwendungen können abzugsfähig sein
- Künstliche Befruchtung: ICSI unter Umständen abziehbar
- Nachlass: Erbschaftsannahme bei Irrtum über Werthaltigkeit anfechtbar

## Medien & Telekommunikation

22

- Microsoft gibt Unterlassungserklärung zu Windows-Update ab
- Eltern dürfen nicht auf Facebook-Account ihres verstorbenen Kindes zugreifen
- Urheberrecht: Cooler Spruch ist nicht zwingend schützenswert

## Staat & Verwaltung

24

- Bereitstellung von Akten im Gewahrsam Privater: Verfassungsbeschwerde mangels Rechtswegerschöpfung erfolglos
- "Stuttgart 21": Baden-Württembergs Staatsministerium muss Umweltinformationen herausgeben

## Bußgeld & Verkehr

26

- MPU-Pflicht nach Alkoholfahrt entfällt nicht bei Erneuerung spanischer Fahrerlaubnis

- Dashcam-Aufnahme kann vor Gericht verwertbar sein
- Helmpflicht beim Motorradfahren: Turban tragender Sikh hat keinen strikten Anspruch auf Befreiung
- Helmpflicht beim Motorradfahren: Turban tragender Sikh hat keinen strikten Anspruch auf Befreiung

## Verbraucher, Versicherung & Haftung

28

- Gebrauchtwagenkauf: Falscher Tachostand kann Verkäufer bei Zusicherung zu Rücknahme verpflichten
- Ruckeliges Wohnmobil: Kaufvertrag kann rückabgewickelt werden
- Hausrat in Sammelgarage: Ausschluss von Versicherungsschutz nicht überraschend
- Internet: Sofortüberweisung darf nicht einzige angebotene Zahlungsmethode sein

## Wirtschaft, Wettbewerb und Handel

30

- Online-Erwerb von Veranstaltungstickets: AGB dürfen keine besonderen Entgelte für Versand vorsehen
- Onlineapotheken dürfen Widerrufsrecht nicht generell ausschließen
- Flaschenrücknahme gegen Losausgabe nicht umsatzsteuerbefreit

# Alle Steuerzahler

## Termine: Steuern und Sozialversicherung

10.10.

- Umsatzsteuer
- Lohnsteuer
- Kirchensteuer zur Lohnsteuer

Die dreitägige Zahlungsschonfrist endet am 13.10. für den Eingang der Zahlung.

Zahlungen per Scheck gelten erst drei Tage nach Eingang des Schecks bei der Finanzbehörde (Gewerbsteuer und Grundsteuer: bei der Gemeinde- oder Stadtkasse) als rechtzeitig geleistet. Um Säumniszuschläge zu vermeiden, muss der Scheck spätestens drei Tage vor dem Fälligkeitstag vorliegen

Fälligkeit der Sozialversicherungsbeiträge Oktober 2017

Die Beiträge sind in voraussichtlicher Höhe der Beitragsschuld spätestens am drittletzten Bankarbeitstag eines Monats fällig. Für Oktober ergibt sich demnach als Fälligkeitstermin der 26.10.2017.

Anmerkung: Anlässlich des Lutherjahres ist der 31.10. ausnahmsweise in ganz Deutschland Feiertag.

## Außergewöhnliche Belastungen: Änderung bei Ermittlung zumutbarer Belastung

Abweichend von der bisherigen, durch die Rechtsprechung gebilligten Verwaltungsauffassung hat der Bundesfinanzhof (BFH) in seinem Urteil vom 19.01.2017 (VI R 75/14) entschieden, die Regelung des § 33 Absatz 3 Satz 1 Einkommensteuergesetz (EStG) sei so zu verstehen, dass die bei den außergewöhnlichen Belastungen zu berücksichtigende zumutbare Belastung stufenweise zu berechnen ist. Hierauf weist das Bundesfinanzministerium (BMF) hin.

Abhängig von der Höhe des Gesamtbetrags der Einkünfte, der in § 33 Absatz 3 Satz 1 EStG in drei Stufen gestaffelt ist, werde die zumutbare Belastung anhand eines Prozentsatzes ermittelt, schreibt das Ministerium weiter. Bislang werde die zumutbare Belastung bei Überschreiten einer dieser Stufen immer unter Zugrundelegung des Prozentsatzes der höheren Stufe berechnet. Künftig werde bei der Berechnung der zumutbaren Belastung nur noch der Teil des Gesamtbetrags der Ein-

künfte mit dem höheren Prozentsatz belastet, der die jeweilige Stufe übersteigt.

Durch die stufenweise Berechnung sei insgesamt eine niedrigere zumutbare Belastung von den geltend gemachten außergewöhnlichen Belastungen abzuziehen. Im Ergebnis könne diese Berechnung auf der Grundlage des BFH-Urteils zu einem höheren steuerlichen Abzug der außergewöhnlichen Belastungen – und damit zu einer niedrigeren Einkommensteuer – führen.

Die geänderte Berechnungsweise soll laut BMF möglichst umgehend schon im Rahmen der automatisierten Erstellung der Einkommensteuerbescheide Berücksichtigung finden. Sollte die geänderte Berechnungsweise im Einzelfall noch nicht berücksichtigt worden sein, empfehle sich gegebenenfalls das Einlegen eines Einspruchs.

Bundesfinanzministerium, PM vom 01.06.2017

## Nachzahlungszinsen: Höhe ist verfassungsgemäß

Das Finanzgericht (FG) Münster hält die Höhe der Nachzahlungszinsen von sechs Prozent in den Jahren 2012 bis 2015 für noch verfassungsgemäß.

Die Kläger sind Eheleute. Für das Streitjahr 2011 wurden sie im Dezember 2013 zur Einkommensteuer veranlagt, nachdem sie die Steuererklärung im Februar desselben Jahres abgegeben hatten. Bezüglich des Streitjahres 2010 änderte das Finanzamt die Steuerfestsetzung im Januar 2016, nachdem ihm weitere Beteiligungseinkünfte des Klägers mitgeteilt worden waren. Aus beiden Einkommensteuerbescheiden ergab sich eine nachzuzahlende Einkommensteuer, für die das Finanzamt jeweils (Nachzahlungs-)Zinsen festsetzte. Insgesamt waren von den Klägern für die Monate April 2012 bis Dezember 2015 Zinsen zu zahlen. Die Kläger legten gegen die Zinsfestsetzungen Einspruch ein und machten unter anderem geltend, die Höhe der Verzinsung sei angesichts der andauernden Niedrigzinsphase fernab der Realität und damit verfassungswidrig. Das Finanzamt wies die Einsprüche zurück.

Die hiergegen erhobene Klage hatte keinen Erfolg. Die gesetzliche Verzinsungsregelung sei verfassungsgemäß. Mit der Festlegung eines festen Zinssatzes von 0,5 Prozent pro Monat beziehungsweise sechs Prozent pro Jahr für Steuernachzahlungen und Steuererstattungen



habe der Gesetzgeber den Rahmen für eine verfassungsrechtlich zulässige Typisierung nicht überschritten, meint das FG. Die Marktzinsen hätten sich in den Jahren 2012 bis 2015 auch nicht in einer Weise entwickelt, dass der Zinssatz nicht mehr als hinreichend realitätsgerecht anzusehen sei. Denn in diesem Zeitraum hätten die Mittelwerte aus den Marktzinsen für Darlehen sowie für Anlagen zwischen 4,49 Prozent und 3,66 Prozent gelegen. Es handele sich um eine Typisierung über einen sehr langen Zeitraum. Der Gesetzgeber habe den Zinssatz seit seiner Einführung trotz erheblicher Zinsschwankungen in beide Richtungen nicht geändert.

Wegen grundsätzlicher Bedeutung der Streitfrage hat das FG die Revision zum Bundesfinanzhof zugelassen.

Finanzgericht Münster, Urteil vom 17.08.2017, 10 K 2472/16

### **Aufteilung der Gesamtschuld: Antrag kann nicht zurückgenommen werden**

Ein Antrag auf Aufteilung der Einkommensteuerschuld kann bis zum Eintritt der Bestandskraft des Aufteilungsbescheids nicht zurückgenommen werden. Dies stellt das Finanzgericht (FG) Baden-Württemberg klar.

Der Kläger und seine zum Verfahren beigelegene (Ex-)Frau leben seit Juni 2011 getrennt und sind seit Februar 2013 geschieden. Beide Eheleute erzielten im Streitjahr 2010 Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit und wurden zusammen zur Einkommensteuer veranlagt. Im Rahmen der Zusammenveranlagung stellte der Kläger mit Zustimmung der Beigeladenen einen Antrag auf Aufteilung der Steuerschuld nach §§ 268 ff. der Abgabenordnung (AO). Die Gesamtschuld aus der Einkommensteuerfestsetzung 2010 teilte das beklagte Finanzamt mit Aufteilungsbescheid nach dem Verhältnis der Beträge auf, die sich bei getrennter Veranlagung zur Einkommensteuer ergeben hätten. Dies führte dazu, dass die Steuerschuld in voller Höhe auf den Kläger entfiel. Gegen den Aufteilungsbescheid legte der Kläger Einspruch ein und erklärte, er nehme mit Zustimmung der Beigeladenen seinen Antrag auf Aufteilung der Steuerschuld zurück. Das Finanzamt wies den Einspruch als unbegründet zurück, da die Vorschriften über die Aufteilung einer Gesamtschuld nach §§ 268ff. AO die Möglichkeit, dass der Schuldner den Aufteilungsantrag zurücknehme, nicht vorsähen.

Die hiergegen erhobene Klage blieb erfolglos. Das FG verneinte die höchstrichterlich noch nicht geklärte Frage, ob ein einmal gestellter Antrag auf Aufteilung der Steuerschuld im Sinne des § 268 AO bis zum Eintritt der Bestandskraft des Aufteilungsbescheids vom Steuerpflichtigen wieder zurückgenommen werden könne. Es folgte damit der Auffassung des Niedersächsischen FG (Urteil vom 05.11.2013, 15 K 14/13). Die Vorschriften über die Aufteilung einer Gesamtschuld (§§ 268 bis 280 AO) sähen die Möglichkeit, dass der Schuldner den Aufteilungsantrag zurücknimmt, nicht vor. Unter welchen Voraussetzungen ein Aufteilungsbescheid geändert werden könne, sei abschließend in § 280 Absatz 1 AO geregelt, der vorliegend unstreitig nicht erfüllt sei. § 280 AO sei eine für den Bereich der Aufteilungsbescheide insgesamt abschließende Korrektornorm, die als einzige Ausnahme Änderungen wegen offenkundiger Unrichtigkeiten (§ 129 AO), nicht jedoch die Rücknahme des Antrags auf Aufteilung vorsehe. Der Anwendungsbereich des § 280 AO sei dabei nicht auf bestandskräftige Aufteilungsbescheide beschränkt. Beim Antrag auf Aufteilung der Gesamtschuld nach § 268 AO handele es sich zudem um die Ausübung eines verwaltungsrechtlichen Gestaltungsrechts, das sich ebenso wie die Ausübung schuldrechtlicher Gestaltungsrechte unmittelbar rechtsgestaltend auf das Steuerschuldverhältnis auswirke, was es rechtfertige, wie bei diesen (zum Beispiel der Aufrechnung nach § 226 AO) von einer Unwiderruflichkeit und Unwiederholbarkeit der Gestaltungserklärung auszugehen.

Gegen das Urteil hat der Kläger Revision beim Bundesfinanzhof eingelegt (VI R 14/17).

Finanzgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 14.02.2017, 11 K 370/15

# Unternehmer

## Gewinnneutrales Ausscheiden aus Personengesellschaften künftig weitergehend als bisher

Gesellschafter können künftig weitergehend als bisher aus ihren Personengesellschaften gewinnneutral und damit ohne Aufdeckung stiller Reserven ausscheiden. Wie der Bundesfinanzhof (BFH) mit zwei Urteilen entschieden hat, liegt eine so genannte gewinnneutrale Realteilung in allen Fällen der Sachwertabfindung eines ausscheidenden Gesellschafters vor, wenn er die erhaltenen Wirtschaftsgüter weiter als Betriebsvermögen verwendet.

So wird eine Buchwertfortführung auch dann ermöglicht, wenn der ausscheidende Gesellschafter lediglich Einzelwirtschaftsgüter ohne so genannte Teilbetriebsseigenschaft erhält. Damit wendet sich der BFH ausdrücklich gegen die Ansicht der Finanzverwaltung (Schreiben des Bundesfinanzministeriums vom 20.12.2016, IV C 6 S 2242/07/10002:004, BStBl I 2017, 36), die eine Gewinnneutralität nur dann gewähren will, wenn der ausscheidende Gesellschafter einen Teilbetrieb oder einen Mitunternehmeranteil erhält.

Der Auflösung der Gesellschaft mit anschließender Verteilung der Wirtschaftsgüter des Gesellschaftsvermögens unter den Gesellschaftern wird damit das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer fortbestehenden Gesellschaft gleichgestellt. Den ersten Fall bezeichnet der BFH als „echte Realteilung“, beim Ausscheiden aus der fortbestehenden Gesellschaft gegen Abfindung mit Gesellschaftsvermögen handelt es sich um eine „unechte Realteilung“.

Im Fall IV R 11/15 hatte ein Gesellschafter seinen Anteil an einer KG zunächst in eine neu gegründete Ein-Mann-GmbH & Co. KG eingebracht, die dann sogleich unter demselben Datum aus der KG ausschied. Zur Abfindung erhielt die ausscheidende neue Gesellschaft alle Wirtschaftsgüter eines nicht als Teilbetrieb organisierten Geschäftsbereichs der KG, den sie anschließend fortführte. Der BFH hielt diesen Vorgang für eine gewinnneutrale unechte Realteilung und bestätigte damit im Ergebnis das erstinstanzliche Urteil des Finanzgerichts (FG). Die Finanzverwaltung, die im entschiedenen Fall unter Einbeziehung einer kurz zuvor vorgenommenen Übertragung vom Gesellschafter auf die Gesellschaft ein gewinnrealisierendes Tauschgeschäft angenommen hatte, ist bislang mit der Anwendung von Realteilungsgrundsätzen auf Fälle des Ausscheidens gegen Abfindung mit einzelnen Wirt-

schaftsgütern nicht einverstanden. Negative Auswirkungen kann die Handhabung der Finanzverwaltung laut BFH insbesondere dann haben, wenn der ausscheidende Gesellschafter mit den erhaltenen Wirtschaftsgütern verbundene Schulden oder sonstige Verpflichtungen übernimmt.

Das Urteil IV R 31/14 betraf einen Fall, in dem eine von Vater und Sohn betriebene GmbH & Co. KG aufgelöst worden war. Von den Wirtschaftsgütern des Gesellschaftsvermögens erhielt der Vater nur einen geringen Teil, während der Sohn mit dem wesentlichen Teil des ehemaligen Gesellschaftsvermögens weiter alleine betrieblich tätig blieb. Das Finanzamt hatte eine gewinnneutrale Realteilung abgelehnt, weil die betriebliche Tätigkeit fortgesetzt worden sei. Der BFH stützte sich demgegenüber ebenso wie zuvor das FG darauf, dass die Tätigkeit der Gesellschaft infolge ihrer Auflösung und Vollbeendigung eingestellt worden sei. Es habe deshalb eine echte gewinnneutrale Realteilung stattgefunden.

BFH, Urteile vom 30.3.2017, IV R 11/15 und vom 16.03.2017, IV R 31/14

## Betriebsübergabe bei Fortführung bisheriger gewerblicher Tätigkeit durch Übergeber nicht steuerneutral möglich

Ein Gewerbetreibender kann seinen Betrieb nicht steuerneutral an seinen Nachfolger übergeben, wenn er sich den Nießbrauch vorbehält und seine bisherige gewerbliche Tätigkeit fortführt. Dies hat der Bundesfinanzhof (BFH) zu § 6 Absatz 3 Satz 1 des Einkommensteuergesetzes entschieden. Diese Vorschrift erlaubt es, einen Betrieb ohne die Aufdeckung stiller Reserven zu übertragen. Nach dem Urteil des BFH setzt dies allerdings voraus, dass der Übertragende seine bisherige gewerbliche Tätigkeit einstellt. Daran fehlt es, wenn die einzige wesentliche Betriebsgrundlage aufgrund des vorbehaltenen Nießbrauchs vom bisherigen Betriebsinhaber weiterhin gewerblich genutzt wird.

Im Streitfall hatte die Klägerin das Grundstück, auf dem sich eine von ihr verpachtete Gaststätte befand, auf ihren Sohn übertragen, sich aber gleichzeitig den Nießbrauch vorbehalten und in der Folgezeit die Gaststätte weiter verpachtet. Das Finanzamt und ihm folgend das Finanzgericht (FG) waren der Auffassung, sie habe durch die Übertragung des Grundstücks, das die einzige wesentliche Betriebsgrundlage



war, einen steuerpflichtigen, wenn auch steuerbegünstigten Gewinn erzielt. Mit ihrer Revision wehrte sich die Klägerin gegen ihre Steuerpflicht.

Der BFH gab Finanzamt und FG Recht. Die Klägerin habe zwar unentgeltlich einen Betrieb übertragen, für eine steuerneutrale Übertragung sei aber zusätzlich erforderlich, dass dem Erwerber die betriebliche Tätigkeit ermöglicht werde und sich der Übertragende gleichzeitig einer weiteren Tätigkeit im Rahmen des übertragenen Gewerbebetriebes enthalte. Dabei mache es keinen Unterschied, ob ein aktiv betriebener oder ein verpachteter Betrieb übertragen werde.

Mit diesem Urteil bestätigt der BFH seine bisherige, für die Übertragung von Gewerbebetrieben geltende Rechtsprechung. Hiervon ist die Judikatur zu unterscheiden, die eine steuerneutrale Übertragung eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs unter Nießbrauchsvorbehalt erlaubt. Diese sei, so der BFH, auf den Streitfall nicht übertragbar. Entscheidend sei, dass der Begriff „Gewerbebetrieb“ eine tätigkeitsbezogene Komponente aufweist. Daher sei Voraussetzung einer Betriebsübergabe, dass der Gewerbetreibende nicht nur die Betriebsmittel überträgt, sondern auch seine durch den betrieblichen Organismus bestimmte gewerbliche Tätigkeit aufgibt.

Bundesfinanzhof, Urteil vom 25.01.2017, X R 59/14

### **Künftige Zusatzbeiträge zur Handelskammer: Keine Rückstellung möglich**

Der Inhaber eines Handwerksbetriebs kann keine Rückstellung für seine künftig zu erwartenden Zusatzbeiträge zur Handwerkskammer bilden. Wie der Bundesfinanzhof (BFH) entschieden hat, gilt dies auch dann, wenn diese in der Vergangenheit jeweils nach dem Gewerbebeitrag bereits abgelaufener Wirtschaftsjahre berechnet worden sind und eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass die Zusatzbeiträge auch künftig in der geltend gemachten Höhe entstehen und er hierfür in Anspruch genommen werden wird.

Im Streitfall war der Kläger Mitglied einer Handwerkskammer, einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, die nach ihrer Beitragsordnung einen Grund- und einen Zusatzbeitrag erhebt. Bemessungsgrundlage des Zusatzbeitrags war in der Vergangenheit jeweils der Gewerbebeitrag des drei Jahre vor dem Beitragsjahr liegenden Steuerjahres. In der

Bilanz zum 31.12.2009 passivierte der Kläger seine zu erwartenden Zusatzbeiträge für die Jahre 2010, 2011 und 2012 aufgrund seiner Gewerbebeiträge der Jahre 2007, 2008 und 2009 unter „sonstige Rückstellungen“.

Nach einer Betriebsprüfung erkannte das Finanzamt die Rückstellung nicht an. Die Zusatzbeiträge seien erst im jeweiligen Beitragsjahr wirtschaftlich verursacht. Anders als das Finanzgericht gab der BFH dem Finanzamt Recht. Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten setzten entweder das Bestehen einer ihrer Höhe nach ungewissen Verbindlichkeit oder die hinreichende oder überwiegende Wahrscheinlichkeit des Entstehens einer Verbindlichkeit dem Grunde nach voraus. Der Steuerpflichtige müsse ernsthaft mit seiner Inanspruchnahme rechnen. Besteht die Verbindlichkeit rechtlich noch nicht, sei ein wirtschaftlicher Bezug zum Zeitraum vor dem jeweiligen Bilanzstichtag erforderlich.

Rückstellungen für Verpflichtungen aus öffentlichem Recht können laut BFH nur dann gebildet werden, wenn die Verpflichtung bereits konkretisiert, das heißt inhaltlich hinreichend bestimmt, in zeitlicher Nähe zum Bilanzstichtag zu erfüllen sowie sanktionsbewehrt sind (ständige Rechtsprechung, vgl. zum Beispiel Urteil vom 09.11.2016, I R 43/15). Der rechtliche und wirtschaftliche Bezugspunkt der Verpflichtung müsse in der Vergangenheit liegen; die Verbindlichkeit müsse nicht nur an Vergangenes anknüpfen, sondern auch Vergangenes abgeben.

Im Streitfall dürfe keine Rückstellung für ungewisse Verbindlichkeiten gebildet werden. Zum Bilanzstichtag 2009 seien die Beitragspflichten des Klägers für die Jahre 2010, 2011 und 2012 rechtlich noch nicht entstanden. Weder seien sie durch Verwaltungsakt festgesetzt worden noch seien die Merkmale des gesetzlichen Tatbestands erfüllt. Die Beitragspflicht sei zudem zwingend an die Kammerzugehörigkeit im Beitragsjahr geknüpft. Gebe der Kläger seinen Handwerksbetrieb auf, entfalle diese und er schulde weder den Grund- noch den Zusatzbeitrag.

Bundesfinanzhof, Urteil vom 05.04.2017, X R 30/15

Kapitalanleger

# Kapital- anleger

## Phishing: Weitergabe einer TAN per Telefon steht Haftung der Bank entgegen

Die Weitergabe einer TAN in einem Telefongespräch begründet den Vorwurf der groben Fahrlässigkeit, sodass eine Bank nicht verpflichtet ist, das über Phishing ergaunerte Geld zu erstatten. Dies hat das Amtsgericht (AG) München entschieden.

Ein Ehepaar unterhält bei der beklagten Bank ein Girokonto. Beide nutzten für das Konto das Direct B@nking-Angebot der Bank im Internet. Am 12.05.2014 erhielt die Ehefrau eine Phishing-E-Mail, die als Absender „HypoVereinsbank [mailto:direct-b@hypovereinsbank]“ auswies und mitteilte, dass der Zugang zum „Direct B@nking“ bald ablaufe, sofern die Synchronität der SEPA-Umstellung im Zugang nicht aktualisiert werde. Es wurde aufgefordert, auf einen Link zur manuellen Aktualisierung des Zugangs zu klicken.

Die Ehefrau klickte auf diesen Link und gab dort ihren Namen, ihre Kontonummer sowie ihre Festnetznummer an. Am 13.05.2014 rief eine weibliche Person die Ehefrau des Klägers an und gab sich als Mitarbeiterin der Bank aus. Von dieser wurde die Ehefrau gebeten, sich Nummern zu notieren und diese mit den Nummern zu vergleichen, die ihr sogleich in einer SMS mitgeteilt werden würden. Falls die Buchstaben/Ziffern übereinstimmen würden, sollte sie die letzte Ziffernfolge in der SMS der Anruferin mitteilen. Nach Erhalt der SMS mit dem Inhalt „Die mobile TAN für Ihre Überweisung von 4.444,44 Euro auf das Konto ES (...) mit BIC (...) lautet: 253844“ teilte die Ehefrau die Ziffernfolge 253844 der Anruferin mit.

In der Folge wurde ein Betrag von 4.444,44 Euro auf das Konto ES (...) mit BIC (...) überwiesen. Die Ehefrau ließ das Konto am 18.05.2014 sperren und stellte am 19.05.2014 Strafanzeige gegen Unbekannt. Versuche, den Betrag von diesem Konto zurückzuerlangen, blieben ohne Erfolg. Die Bank weigerte sich, den Schaden zu ersetzen. Daraufhin erhob das Ehepaar Klage auf Zahlung von 4.444,44 Euro zum AG München.

Der zuständige Richter wies die Klage ab. Die Weitergabe der TAN im Telefongespräch begründe den Vorwurf der groben Fahrlässigkeit, so das Urteil. Beim mobilen TAN-Verfahren werde eine TAN stets für eine konkrete Aktion, vor allem für eine konkrete Überweisung erzeugt und per SMS auf das Mobiltelefon des Kunden verschickt. Die SMS enthalte

aber gerade nicht nur die TAN, sondern laute wie hier: „Die mobile TAN für Ihre Überweisung von 4.444,44 Euro auf das Konto...“. Damit würde dem Kunden noch einmal vor Augen geführt, dass es sich nicht um eine beliebige TAN handelt, sondern auch, für welchen konkreten Vorgang diese TAN geschaffen worden sei, etwa für eine Überweisung und ferner, auf welches Konto und mit welchem Betrag diese Überweisung erfolgen solle. Beachte ein Kunde diese deutlichen Hinweise nicht und gebe die TAN sodann an einen Dritten weiter, der damit dann eine Überweisung durchführt, liege hierin kein bloß einfach fahrlässiger Pflichtverstoß mehr. Denn in diesem Fall müsse es im Allgemeinen jedem einleuchten, dass es sich um eine TAN handelt, deren Weitergabe nach § 675I Bürgerliches Gesetzbuch wie auch nach den vertraglichen Bedingungen nicht zulässig ist und die die Gefahr mit sich bringt, eine missbräuchliche Überweisung auszulösen.

Amtsgericht München, Urteil vom 05.01.2017, 132 C 49/15, rkr

## Investmentfonds: Grundlegende Änderung der Besteuerung ab 2018

Über eine grundlegende Änderung der Besteuerung für Investmentfonds ab dem 01.01.2018 unterrichtet das Bundeszentralamt für Steuern (BZSt) aktuell auf seinen Internetseiten. So unterlägen Investmentfonds aufgrund des am 01.01.2018 in Kraft tretenden Investmentsteuerreformgesetzes (InvStRefG) vom 19.07.2016 ab 2018 mit ihren inländischen Dividenden, inländischen Immobilienerträgen sowie sonstigen inländischen Einkünften der Körperschaftsteuer.

Die Höhe des Steuerabzugs kann laut BZSt auf 15 Prozent des Kapitalertrages reduziert werden, wenn der zum Abzug der Kapitalertragsteuer verpflichteten Person (Entrichtungspflichtiger) eine Bescheinigung vorliegt, in der die zuständige Finanzbehörde den Status als Investmentfonds bestätigt (so genannte Statusbescheinigung). Die Erteilung von Statusbescheinigungen für ausländische Investmentfonds, die keine inländischen Immobilienerträge erzielen, falle in die Zuständigkeit des BZSt. Der Antrag auf Erteilung einer Statusbescheinigung stehe auf dem Formularserver der Bundesfinanzverwaltung ab sofort zur Verfügung. Auch für ausländische Investmentfonds gelte, dass die Kapitalertragsteuer (inklusive Solidaritätszuschlag) mit rechtzeitiger Vorlage der Statusbescheinigung beim Entrichtungspflichtigen (letz-





te inländische auszahlende Stelle) nur mit einem Steuersatz von 15 Prozent erhoben wird. Dies entspreche der Steuerbelastung, die in den meisten Doppelbesteuerungsabkommen für Dividenden aus Streubesitz vorgesehen ist. Die Erstattung der Kapitalertragsteuer an ausländische Investmentfonds nach § 50d Einkommensteuergesetz sei in diesen Fällen meist nicht mehr erforderlich.

Einkünfte eines Investmentfonds unterlägen nicht der Besteuerung, soweit bei Zufluss der Einkünfte Anleger beteiligt sind, die steuerbegünstigt sind, fährt das BZSt fort. Die Vergleichbarkeit steuerbegünstigter ausländischer Anleger sei durch eine vom BZSt auszustellende Bescheinigung (Befreiungsbescheinigung) nachzuweisen. Der Antrag auf Erteilung einer Befreiungsbescheinigung stehe auf dem Formularserver der Bundesfinanzverwaltung ab sofort zur Verfügung.

Gegenüber Spezial-Investmentfonds und deren Anlegern seien die Besteuerungsgrundlagen gesondert und einheitlich festzustellen. Handelt es sich um ausländische Spezial-Investmentfonds, hätten diese nach Ablauf des Geschäftsjahres beim BZSt eine Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung abzugeben.

Bundeszentralamt für Steuern, PM vom 04.09.2017

### Sparkasse: Mehrere Entgeltklauseln sind unwirksam

Mehrere vorformulierte Entgeltklauseln einer Sparkasse sind unwirksam und dürfen deshalb gegenüber Verbrauchern nicht mehr verwendet werden. Dies hat der Bundesgerichtshof (BGH) entschieden.

Der Kläger, ein Verbraucherschutzverein, machte die Unwirksamkeit verschiedener Klauseln geltend, die die beklagte Sparkasse in ihrem Preis- und Leistungsverzeichnis verwendet beziehungsweise verwendet hat. Im Einzelnen beanstandete der Kläger folgende Regelungen:

- Klausel 1: eine Klausel, mit der die Beklagte für die berechtigte Ablehnung der Einlösung einer SEPA-Lastschrift ein Entgelt in Höhe von fünf Euro erhebt,
- Klauseln 2 und 3: zwei Klauseln, mit denen an zwei unterschiedlichen Stellen im Preis- und Leistungsverzeichnis die jeweils inhaltsgleiche Regelung getroffen wird, dass für die Unterrichtung über die berechtigte Ablehnung der Ausführung einer Einzugsermächtigungs-/Abbuchungsauftragslastschrift bei fehlender Deckung ein Entgelt in Höhe von fünf Euro anfällt,

- Klausel 4: eine Klausel, mit der die Beklagte bei Überweisungen innerhalb Deutschlands und in andere Staaten des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR) in Währungen eines Staates außerhalb des EWR (Drittstaatenwährung) sowie bei Überweisungen in Staaten außerhalb des EWR (Drittstaaten) für die Unterrichtung über die berechtigte Ablehnung der Ausführung eines Überweisungsauftrages bei fehlender Deckung ein Entgelt in Höhe von fünf Euro berechnet,

- Klausel 5: eine mit der Klausel 4 wortgleiche Regelung betreffend Überweisungen innerhalb Deutschlands und in andere Staaten des EWR in Euro oder in anderen EWR-Währungen,

- Klausel 6: eine Klausel, mit der die Beklagte unter anderem für die Aussetzung und die Löschung eines Dauerauftrages bis zum 01.07.2013 auch von Verbrauchern ein Entgelt in Höhe von zwei Euro erhoben hat,

- Klausel 7: eine von der Beklagten bis zum 13.12.2012 verwendete Klausel, wonach für die Führung eines Pfändungsschutzkontos ein monatliches Entgelt in Höhe von sieben Euro anfiel sowie

- Klausel 8: eine Klausel, mit der die Beklagte für die Änderung oder Streichung einer Wertpapierorder ein Entgelt in Höhe von fünf Euro in Rechnung stellt.

Der Kläger ist der Ansicht, dass die Klauseln 1 bis 5 und 7 insgesamt, die Klausel 6 hinsichtlich der Varianten „Aussetzung“ und „Löschung“ sowie die Klausel 8 bezüglich der Alternative „Streichung einer Order“ gegen § 307 Bürgerliches Gesetzbuch verstoßen, und nimmt die Beklagte insoweit darauf in Anspruch, deren Verwendung gegenüber Privatkunden zu unterlassen.

Der BGH gab der Klage, wie bereits die Vorinstanz, vollumfänglich statt.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 12.09.2017, XI ZR 590/15

# Immobilien- besitzer

## Wohnungseigentümergeinschaft: Glashaus auf Dachterrasse ist zustimmungspflichtig

Ein Anlehnengewächshaus auf der Dachterrasse ist in der Regel eine bauliche Veränderung des Gemeinschaftseigentums, die der Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer bedarf. Dies hebt das Amtsgericht (AG) München hervor.

Die Klägerin ist eine Wohnungseigentümergeinschaft. Dem beklagten Ehepaar gehört dort eine Eigentumswohnung. Die Beklagten haben auf ihrer Dachterrasse ein so genanntes Anlehnengewächshaus aufgestellt. Dieses besteht aus Aluminiumprofilen sowie seitlichen Glaselementen und einem Kunststoffdach. Das Glashaus wiegt circa 265 Kilogramm und ist nicht mit der Fassade verbunden.

In der Teilungserklärung ist geregelt, dass bauliche Veränderungen, soweit sie das Gemeinschaftseigentum betreffen, nur mit schriftlicher Einwilligung des Verwalters vorgenommen werden dürfen. Hierdurch werde das einstimmige Beschlusserfordernis der Eigentümerversammlung ersetzt. Änderungen an der äußeren Gestaltung und der Farbe des Gebäudes – einschließlich Balkone – können laut Teilungserklärung nur mit qualifizierter Mehrheit von 2/3 der Stimmen aller Miteigentümer beschlossen werden.

Die Eigentümergeinschaft verlangt von dem Ehepaar die Entfernung des Glashauses. Das Ehepaar ist der Ansicht, dass das Gewächshaus keine bauliche Veränderung sei, da es nicht befestigt sei. Außerdem existiere ein „Wildwuchs“ an vielerlei baulichen Veränderungen in der gesamten Wohnanlage.

Das AG München verurteilte das Ehepaar dazu, das Glashaus zu entfernen. Es handele sich dabei um eine bauliche Veränderung des Gemeinschaftseigentums, für die die Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer erforderlich gewesen wäre. Bauliche Veränderung sei jede Umgestaltung des Gemeinschaftseigentums, die vom Aufteilungsplan oder früheren Zustand des Gebäudes nach Fertigstellung abweicht und über die ordnungsgemäße Instandhaltung und Instandsetzung hinausgeht, so das Urteil. Unerheblich sei, ob eine Befestigung vorhanden sei. Angesichts der Tatsache, dass das Anlehnengewächshaus der Beklagten von außen deutlich sichtbar sei, liege schon deshalb eine deutliche Veränderung des optischen Erscheinungsbildes des Gemeinschaftseigentums vor.

Der Einwand, dass auch in anderen Bereichen des Gemeinschaftseigentums bauliche Veränderungen von anderen Wohnungseigentümern vorgenommen worden seien, habe nicht zur Folge, dass die Qualifizierung der Errichtung des Anlehnengewächshauses durch die Beklagten als bauliche Veränderung entfielen, betont das Gericht.

Amtsgericht München, Urteil vom 09.11.2016, 481 C 26682/15 WEG, rechtskräftig

## Zweckentfremdungsverbot für Wohnraum darf mit Ersatzzwangshaft durchgesetzt werden

Wer dem Zweckentfremdungsverbot für Wohnraum widersetzt, muss unter Umständen in Ersatzzwangshaft. Dies verdeutlicht ein vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (BayVGh) entschiedener Fall, in dem das Verwaltungsgericht München auf einen Antrag der Landeshauptstadt München zur Durchsetzung eines Verbots der Zweckentfremdung von Wohnraum Ersatzzwangshaft von längstens einer Woche angeordnet hatte. Der BayVGh bestätigte diese Vorgehensweise als rechtmäßig.

Die Landeshauptstadt München hatte den Antragsgegner mit bestandskräftigem Bescheid vom 02.06.2016 unter Androhung von Zwangsgeldern verpflichtet, die zweckfremde Nutzung einer Wohnung in München unverzüglich zu beenden und den Wohnraum nach Beendigung der zweckfremden Nutzung unverzüglich wieder Wohnzwecken zuzuführen. Eine Androhung weiterer Zwangsgelder gegenüber dem Antragsgegner erfolgte mit Bescheid vom 10.11.2016.

Nach Ansicht des BayVGh ist dem Bescheid der Landeshauptstadt München vom 02.06.2016 das vom Antragsgegner geschuldete Verhalten in unmissverständlicher Weise zu entnehmen. Dennoch habe der Antragsgegner seine Verpflichtung nicht rechtzeitig erfüllt, sondern setze sein rechtswidriges Nutzungskonzept unverändert fort, wie die zahlreichen Ermittlungen der Landeshauptstadt München belegen. Relevante Hinderungsgründe, welche der geforderten Unterlassung entgegenstehen könnten, seien nicht ersichtlich.

Ferner habe die Landeshauptstadt München sämtliche ihr zur Verfügung stehenden mildereren Zwangsmittel bereits ausgeschöpft, sodass die Anordnung der Ersatzzwangshaft, die nur ausnahmsweise zulässig sei und einer besonderen Abwägung aller Umstände des konkreten



Einzelfalls bedürfe, auch verhältnismäßig sei. Insbesondere habe den Antragsgegner selbst die mehrfache Androhung von Zwangsgeldern nicht zu beeindrucken vermocht; alle Vollstreckungsversuche zur Einbringung der Zwangsgelder seien erfolglos geblieben.

Sollte der Antragsgegner der angeordneten Verpflichtung nachkommen, müsste die Anwendung von Zwangsmitteln jedoch eingestellt werden, hebt der BayVGh hervor. Zudem könne der Antragsgegner die Vollstreckung der Ersatzzwangshaft noch durch Entrichtung der fälligen Zwangsgelder abwenden. Grund hierfür ist laut Gericht, dass die Ersatzzwangshaft – anders als die vom Gesetzgeber nicht vorgesehene Erzwingungshaft – nur ein subsidiäres Vollstreckungsmittel darstellt, das lediglich an die Stelle des (zunächst) uneinbringlichen Zwangsgeldes tritt. Wird das Zwangsgeld nachträglich noch beglichen, entfielen damit die Voraussetzungen für die Ersatzzwangshaft und die Vollstreckung müsse unterbleiben.

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 29.08.2017, 12 C 17.1544

### **„Gemeinschaftlicher“ Rauchmelder: Beschluss der Eigentümergeinschaft in der Regel nicht ermessensfehlerhaft**

Der Beschluss einer Eigentümergeinschaft über die einheitliche Anschaffung und Wartung von Rauchwarnmeldern ist in der Regel nicht ermessensfehlerhaft. Dies hebt das Amtsgericht (AG) München hervor. Der Kläger arbeitet als Rechtsanwalt in Berlin und ist Eigentümer einer Drei-Zimmer-Wohnung, die nicht genutzt wird. Die Wohnung ist mit Rauchwarnmeldern ausgestattet.

Die Eigentümerversammlung fasste am 03.06.2016 unter anderem folgenden Beschluss:

„In 2017 erfolgt die Beauftragung der Firma A.(...) für die Wartung und Prüfung von Rauchwarnmeldern (...). Die Finanzierung der umlagefähigen Maßnahme in Höhe von circa 3,33 Euro je Rauchwarnmelder – insgesamt circa 1.255 Euro jeweils inkl. MwSt. und Jahr erfolgt über laufendes Budget. Die Kostenverteilung erfolgt nach Anzahl pro Wohnung.“

Der Kläger focht diesen Beschluss seine Wohnung betreffend an. Er ist der Meinung, dass die Eigentümer ihr Ermessen falsch ausgeübt hätten, da das Interesse der Wohnungseigentümergeinschaft mit dem Interesse des einzelnen Eigentümers hätte abgewogen werden müssen. Die Eigentümergeinschaft handle nicht vernünftig, wenn sie ohne Not bereits gekaufte und angebrachte Rauchmelder durch gleichartige Geräte ersetze. Die beklagte Eigentümergeinschaft, vertreten durch die Hausverwalterin, ist der Ansicht, der Beschluss sei rechtmäßig.

Das AG München gab der Eigentümergeinschaft Recht. Ihr Beschluss sei nicht zu beanstanden. Er beinhalte keinen Eingriff in das Sondereigentum des Klägers, da die Rauchmelder nicht im Sondereigentum des Klägers, sondern im Gemeinschaftseigentum stünden. Der Beschluss, dass der Verband den Einbau und die Wartung der Rauchwarnmelder an sich ziehe, sei zulässig, da die Pflichterfüllung durch die Eigentümergeinschaft auch förderlich sei. Die einheitliche Ausstattung mit Rauchwarnmeldern sowie deren einheitliche Wartung führe zu einem hohen Maß an Sicherheit. Die Verpflichtung zur Ausrüstung des Objekts mit Rauchwarnmeldern und deren Wartung betreffe primär die Verkehrssicherungspflicht des gesamten Objekts.

Nicht entscheidungserheblich sei, ob der Kläger in seiner Wohnung bereits Rauchwarnmelder fachgerecht installiert hat und diese ausreichend wartet. Selbst in diesem Fall sei der Beschluss nicht zu beanstanden. Denn die Wohnungseigentümer seien nicht gehalten, die Wohnung des Klägers von der Maßnahme auszunehmen. Ihnen stehe vielmehr ein Ermessensspielraum zu, ob und inwieweit sie eine einheitliche Ausrüstung und Wartung beschließen oder nicht, so das Urteil. Amtsgericht München, Urteil vom 08.02.2017, 482 C 13922/16 WEG, rechtskräftig

# Angestellte

## Atemwegserkrankung eines Karosseriemeisters wird als Berufskrankheit entschädigt

Berufskrankheiten stehen unter dem Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung. Eine solche Berufskrankheit ist unter anderem eine durch chemisch-irritativ oder toxisch wirkende Stoffe verursachte obstruktive Atemwegserkrankung. Bei der Prüfung der Kausalität zwischen Schadstoffexposition und Atemwegserkrankung ist zu berücksichtigen, dass die Versicherten in dem gesundheitlichen Zustand geschützt sind, in dem sie mit dem gefährdenden Stoff konfrontiert werden. Eine vorliegende Krankheitsanlage des Versicherten stehe daher der Ursächlichkeit der Gefahrstoffexposition nicht entgegen, so das LSG Hessen.

Nachdem es in dem Berufungsverfahren eines Karosserie- und Fahrzeugmeisters einen entsprechenden Hinweis erteilt hatte, erkannte die Berufsgenossenschaft die Atemwegserkrankung des mittlerweile erwerbsunfähigen Mannes – der beruflich über viele Jahre entsprechenden Gefahrstoffen ausgesetzt war – als Berufskrankheit Nr. 4302 an.

Der 1967 geborene Mann war seit seinem 16. Lebensjahr als Karosserie- und Fahrzeugmeister im Karosseriebau tätig. Dabei war er unter anderem Lösungsmitteldämpfen, Motorenabgasen und Stäuben ausgesetzt. Bereits im Alter von 37 Jahren wurde bei ihm eine schwere obstruktive Atemwegserkrankung mit Lungenemphysem diagnostiziert. Ferner wurde bei ihm ein Alpha-1-Antitrypsin-Mangel festgestellt. Dieser genetisch bedingte Enzym-Mangel bewirkt, dass die körpereigene Abwehr nicht nur eindringende Bakterien zerstört, sondern auch das umgebende gesunde Gewebe.

Die Berufsgenossenschaft lehnte den Antrag des Mannes auf Anerkennung einer Berufskrankheit ab. Die Atemwegserkrankung sei nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit ursächlich auf seine berufliche Tätigkeit zurückzuführen. Der zeitliche Bezug zwischen der beruflichen Tätigkeit und der Erkrankung sei nicht dokumentiert. Ferner seien der Enzym-Mangel und der Nikotinkonsum des Klägers konkurrierende Faktoren hinsichtlich der Atemwegserkrankung. Das Sozialgericht wies – nach Einholung von Sachverständigengutachten – die Klage ab. Es sei nicht hinreichend wahrscheinlich, dass die berufliche Exposition die Atemwegserkrankung verursacht habe. Der Mann legte hiergegen Berufung ein.

Im Verfahren vor dem LSG erfolgten weitere Ermittlungen insbesondere zur Gefahrstoffexposition und deren Auswirkung auf den an

Alpha-1-Antitrypsin-Mangel erkrankten Kläger. Dabei wurde festgestellt, dass der erkrankte Mann mehr als 18 Jahre chemisch-irritativen oder toxisch wirkenden Stoffe knapp unterhalb des MAK-Grenzwertes (= maximale Arbeitsplatzkonzentration in der Luft am Arbeitsplatz) ausgesetzt war. Am Arbeitsplatz des Mannes habe keine adäquate Absaugung bestanden, Atemschutz sei nicht getragen worden. Zudem würden die MAK-Grenzwerte nur für gesunde, nicht aber für kranke Personen gelten. Die Gefahrstoffexposition sei zumindest als gleichwertig mit dem Zigarettenkonsum des Mannes anzusehen.

Das LSG wies die Beteiligten sodann darauf hin, dass nach dem Recht der gesetzlichen Unfallversicherung der Versicherte in dem gesundheitlichen Zustand geschützt sei, in dem er mit dem gefährdenden Stoff konfrontiert werde. Daher könne die Kausalität zwischen der berufsbedingten Gefahrstoffexposition und der Atemwegserkrankung nicht unter Verweis auf die beim Kläger festgestellte Krankheitsanlage – den Enzymmangel – verneint werden. Die Gefahrstoffexposition sowie der Zigarettenrauch seien zudem für die Atemwegserkrankung gleichermaßen (mit)ursächlich gewesen, sodass auch der Tabakkonsum der Anerkennung der Berufskrankheit nicht entgegenstehe.

Zudem machte das LSG deutlich, dass hinsichtlich der Berufskrankheit Nr. 4302 keine Mindestdosis festgeschrieben sei, welche für die Anerkennung überschritten sein müsse. Ferner hätten nach den Feststellungen der Sachverständigen aufgrund des genetisch bedingten Enzymmangels des Klägers die beruflichen Gefahrstoffeinwirkungen auch ohne den Tabakkonsum zu dessen Atemwegserkrankung geführt. Nach diesen gerichtlichen Ausführungen habe die Berufsgenossenschaft die Atemwegserkrankung des Klägers als Berufskrankheit Nr. 4302 anerkannt. Der inzwischen erwerbsunfähige Mann werde nunmehr von der Berufsgenossenschaft mit einer Rente entschädigt. Damit habe das Verfahren ohne gerichtliche Entscheidung beendet werden können, so das LSG abschließend.

Landessozialgericht Hessen, PM vom 18.07.2017 zu L 3 U 59/13

## Arbeitgeber übernimmt Steuer aufgrund Vereinbarung mit Finanzamt: Kein Rückgriff beim Arbeitnehmer

Hat ein Arbeitgeber sich mit dem Finanzamt zur Abwendung eines Strafverfahrens darauf verständigt, eine Steuer, die eigentlich seine Ar-



beitnehmer betroffen hätte, zu übernehmen, so kann er sodann keinen Rückgriff bei den Arbeitnehmern nehmen. Dies zeigt ein vom Arbeitsgericht (ArbG) Siegburg entschiedener Fall.

Der Arbeitgeber, ein gemeinnütziger Verein, hatte jahrelang Arbeitnehmer neben ihrer offiziellen Tätigkeit unter dem Namen von Strohmännern, so im Fall des Beklagten unter dem seines Sohnes, mit Nachtschichten beschäftigt. Die Vergütung hatte er steuerfrei nach § 3 Nr. 26 EStG auf das Konto des Sohnes gezahlt. Nach Abkehr von dieser illegalen Praxis hatte der Arbeitgeber zur Abwendung eines Strafverfahrens gegen seinen Vorstand eine «tatsächliche Verständigung» mit dem Finanzamt dahingehend getroffen, dass er als Arbeitgeber die pauschal ermittelte Steuer übernahm. Nun wollte er beim Arbeitnehmer Rückgriff nehmen.

Das ArbG hat die Klage des Vereins abgewiesen. Ein Rückgriffsanspruch gegen den Arbeitnehmer sei nicht gegeben. Durch die Vereinbarung mit dem Finanzamt sei der Arbeitgeber gemäß § 40 Absatz 3 Satz 2 EStG Steuerschuldner geworden, auch wenn es sich um eine vom Arbeitnehmer abgeleitete Steuerschuld handele.

Die Entscheidung ist nicht rechtskräftig. Gegen das Urteil kann Berufung beim Landesarbeitsgericht Köln eingelegt werden.

ArbG Siegburg, Urteil vom 25.08.2017, 3 Ca 1304/17, nicht rkr

### Optionsrecht: Wann fließt der geldwerte Vorteil zu?

Einem Arbeitnehmer wird im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses ein nicht handelbares Optionsrecht auf den späteren Erwerb von Aktien zu einem bestimmten Übernahmepreis gewährt. Wann fließt hier der geldwerte Vorteil zu? Die Richter entschieden: Wird einem Arbeitnehmer im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses ein nicht handelbares Optionsrecht auf den späteren Erwerb von Aktien zu einem bestimmten Übernahmepreis gewährt, fließt ein geldwerter Vorteil dem Berechtigten erst zu, wenn dieser die Option ausübt und der Kurswert der Aktien den Übernahmepreis (Ausübungspreis) übersteigt.

Dabei errechnet sich der Vorteil aus der Differenz zwischen dem üblichen Endpreis der Aktien am Verschaffungstag und den diesbezüglichen Aufwendungen des Arbeitnehmers.

Da geldwerte Vorteile aus der Ausübung von Aktienoptionen Anreizlohn für die Laufzeit der Option bis zu ihrer Erfüllung bilden, sind die

entsprechenden Vorteile als Vergütungen für mehrjährige Tätigkeiten anzusehen, wenn die Laufzeit zwischen Einräumung und Ausübung der Option mehr als zwölf Monate betragen hat und der Arbeitnehmer in dieser Zeit auch bei seinem Arbeitgeber beschäftigt war.

Dadurch, dass bei den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit die Einnahmen (die geldwerten Vorteile) mit dem niedrigsten Börsenkurs am Tag der Ausübung der Option bewertet werden und dieser Wert nicht identisch ist mit dem bei der Veräußerung der Aktien an der Börse erzielten Verkaufspreisen, entsteht in Höhe des Differenzbetrags ein Gewinn bei den Einkünften aus privaten Veräußerungsgeschäften.

FG München, Urteil vom 29.05.2017, Az. 12 K 930/14

### Betriebsfeier: Auch freigestellter Arbeitnehmer darf teilnehmen

Ein Mitarbeiter darf auch dann, wenn er während der laufenden Kündigungsfrist nicht mehr arbeitet, an Betriebsfeiern teilnehmen. .

Der klagende Arbeitnehmer war langjährig in leitender Position beim beklagten Unternehmen beschäftigt. Ende 2015 vereinbarten die Parteien seine Freistellung ab Jahresbeginn 2016 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Renteneintritt. Mündlich wurde dem Kläger zugesichert, er könne auch weiterhin an betrieblichen Weihnachts- und Karnevalsfeiern sowie Betriebsausflügen teilnehmen. Nachdem er zum Betriebsausflug 2016 zunächst eingeladen worden war, ließ der neue Vorstandsvorsitzende ihm mitteilen, dass seine Teilnahme am Betriebsausflug unerwünscht sei. Dies wollte sich der Kläger nicht gefallen lassen. Mit seiner Klage macht er die Teilnahme an den künftigen planmäßig stattfindenden betrieblichen Veranstaltungen bis zum Renteneintritt geltend.

Das ArbG nahm ein solches Recht zur Teilnahme aufgrund der mündlichen Zusage sowie des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes an. Der Arbeitgeber benötige einen Sachgrund, wenn er einzelne Arbeitnehmer von der Teilnahme an derartigen betrieblichen Veranstaltungen ausschließen wolle. Ein solcher Sachgrund bestehe zum Beispiel, wenn sich der Arbeitnehmer bereits in der Vergangenheit bei derartigen Veranstaltungen störend verhalten hätte, was vorliegend aber nicht der Fall sei. Die einvernehmliche Freistellung reiche dagegen als Sachgrund nicht aus.

ArbG Köln, Urteil vom 22.06.2017, 8 Ca 5233/16, nicht rechtskräftig

# Familie und Kinder

## Betreuungsplatz für unter dreijähriges Kind darf rund 7,5 Kilometer von Wohnort der Eltern entfernt sein

Eine Entfernung von circa 7,5 Kilometern vom Wohnort zur Tagespflegeperson ist für Eltern, die über einen Pkw verfügten, zumutbar. Mit dieser Begründung hat das Verwaltungsgericht (VG) Osnabrück den Erlass einer einstweiligen Anordnung gegenüber dem Landkreis Osnabrück abgelehnt. Der Antragsteller, ein unter dreijähriges Kind, hatte – vertreten durch seine Eltern – beantragt, den Landkreis zu verpflichten, ihm einen ganztägigen und wohnortnahen Betreuungsplatz (Tageseinrichtung oder Kindertagespflege) zur Verfügung zu stellen.

Es liege bereits kein Anordnungsgrund in Form der Eilbedürftigkeit vor, so das VG. Zwar habe der Antragsteller nach den Vorschriften des Achten Sozialgesetzbuches grundsätzlich einen Anspruch auf frühkindliche Förderung in einer Tageseinrichtung oder Kindertagespflege. Der Antragsgegner habe dem jedoch bereits dadurch Rechnung getragen, dass er ihm einen Platz bei einer Tagespflegeperson in Bad Laer angeboten habe.

Entgegen der Ansicht des Antragstellers sei dieser Platz auch nicht unzumutbar weit von seinem Wohnort entfernt. Nach der hier gebotenen Einzelfallbetrachtung sei eine Entfernung von circa 7,5 Kilometern vom Wohnort zur Tagespflegeperson für Eltern, die über einen Pkw verfügten, zumutbar. Für diese Entfernung benötige man mit dem Pkw circa zehn bis zwölf Minuten pro Strecke.

Andere Anhaltspunkte, die die Betreuung bei der Tagespflegeperson in Bad Laer unzumutbar erscheinen ließen, seien nicht vorgetragen worden.

Verwaltungsgericht Osnabrück, Beschluss vom 04.08.2017, 4 B 10/17

## Nießbrauchsbestellung zugunsten studierenden Kindes: Kein Gestaltungsmissbrauch

Es stellt keinen Gestaltungsmissbrauch dar, wenn eine Mutter ihrer Tochter zur Finanzierung des Studiums den Nießbrauch an einem vermieteten Grundstück bestellt. Dies hat das Finanzgericht (FG) Baden-Württemberg entschieden.

Die verheirateten Kläger haben eine Tochter, die seit Oktober 2011 studiert. Um ihrer Tochter die Mittel zur Bestreitung ihres Lebensun-

terhalts während des Studiums bereitzustellen, räumte die Mutter (Klägerin) mit notariell beurkundetem Vertrag ihrer Tochter ab dem 01.01.2013 einen bis zum 31.12.2017 befristeten, unentgeltlichen Nießbrauch an einem bebauten Grundstück ein. Alleineigentümerin dieses Grundstücks ist die Klägerin, die es seit 1996 an ihren Mann (Kläger) für dessen Handwerksbetrieb vermietet hatte. Seit dem 01.01.2013 vermietet die Tochter das Betriebsgebäude an ihren Vater, der es unverändert für seine gewerbliche Tätigkeit nutzt und die Mietzahlungen als Betriebsausgaben geltend macht. Die Mieteinnahmen stehen in voller Höhe der Tochter zu, die alle Lasten des Grundstücks trägt. Im Rahmen der Einkommensteuerveranlagung der Kläger für das Jahr 2013 erkannte das Finanzamt die Bestellung des Nießbrauchs zugunsten der Tochter steuerlich nicht an, da insoweit ein Gestaltungsmissbrauch im Sinne des § 42 der Abgabenordnung (AO) vorliege.

Die hiergegen erhobene Klage hatte Erfolg. Das FG entschied, dass die Einkünfte aus der Vermietung des Betriebsgrundstücks der Tochter und nicht der Klägerin zuzurechnen sind. Die im Streitjahr 2013 bereits volljährige Tochter habe auf der Grundlage des zivilrechtlich wirksam begründeten Nutzungsrechts (Nießbrauch) die rechtliche Macht, das Grundstück entgeltlich auf Zeit zur Nutzung zu überlassen. Sie sei während des Zeitraums, für den der Nießbrauch bestellt wurde (fünf Jahre), in der Disposition über den Gegenstand des Nutzungsrechts in keiner Weise beschränkt. Am 01.01.2013 habe sie auf der Grundlage dieses Nutzungsrechts einen – ebenfalls zivilrechtlich wirksamen – Mietvertrag über die gewerblichen Räume mit dem Kläger geschlossen.

Diese zivilrechtliche Gestaltung sei nicht im Sinne des § 42 AO missbräuchlich und daher auch steuerrechtlich anzuerkennen. Ziel der Gestaltung sei es, die Tochter während ihres Studiums mit den nötigen finanziellen Mitteln auszustatten. Bereits vor Bestellung des Nießbrauchs seien die Kosten für Miete und Nebenkosten sowie Studiengebühren von dem Konto der Klägerin beglichen worden, auf dem auch die Mietzahlungen für die Gewerbeimmobilie eingingen. Nach Bestellung des Nießbrauchs und Abschluss des Mietvertrages mit der Tochter erhalte diese die Mieteinnahmen direkt. Es stehe den Eltern frei, zu entscheiden, ob sie zum Zwecke der Gewährung von Unterhalt dem Kind Barmittel überlassen oder ob sie ihm – auch befristet – die Einkunftsquelle selbst übertragen. Wenn sie sich aus steuerlichen Gründen für Letzteres entscheiden, führe allein dies nicht dazu, dass



die zugrunde liegende rechtliche Gestaltung als unangemessen anzusehen wäre. Auch Angehörigen dürften ihre Rechtsverhältnisse untereinander steuerlich möglichst günstig gestalten.

Der steuerliche Vorteil der Gestaltung bestehe hier im Wesentlichen darin, dass die Vermietungseinkünfte unter Berücksichtigung der steuerlichen Progression niedriger oder – falls der Grundfreibetrag nicht überschritten werden sollte – überhaupt nicht besteuert werden. Die Verlagerung von Einkünften aus einem Wirtschaftsgut auf Familienangehörige mit geringerem Steuersatz widerspreche allerdings nicht den Wertungen des Gesetzgebers. Die Mietaufwendungen seien bereits in der Vergangenheit beim Kläger als Betriebsausgaben steuerlich abzugsfähig gewesen. Mit der gewählten Gestaltung seien daher keine steuerlich nicht abzugsfähigen Unterhaltsaufwendungen in den Bereich des Betriebsausgabenabzugs verlagert worden.

Finanzgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 13.12.2016, 11 K 2951/15, rechtskräftig

### **Kurzzeitpflege eines Kindes begründet keinen Kindergeldanspruch**

Wird ein Kind im Rahmen der Kurzzeitpflege einer Familie zugewiesen, so hat diese mangels Unterbringung „auf längere Dauer“ keinen Anspruch auf Kindergeld für das Kind. Das gilt selbst dann, wenn das Kind zuvor bereits längere Zeit bei der Familie in Pflege war, wie das Finanzgericht (FG) Köln klarstellt.

Im zugrunde liegenden Fall war ein Anspruch auf Kindergeld für ein Kind streitig, das bei der klagenden Familie im Rahmen einer Kurzzeitpflege nach § 33 Sozialgesetzbuch VIII (SGB VIII) untergebracht war. Bereits zuvor war es über mehrere Jahre hinweg bei der Klägerin untergebracht gewesen, zwischendurch aber wegen Schwierigkeiten in einer anderen Einrichtung. Das Kind sollte nun solange bei der Klägerin bleiben, bis eine andere Unterbringung für es gefunden wurde.

Das FG Köln lehnte einen Anspruch auf Kindergeld ab. Dieses werde gezahlt für ein Kind im Sinne des § 32 Absatz 1 Einkommensteuergesetz (EStG), also gemäß Absatz 1 Nr. 2 der Vorschrift auch für ein Pflegekind. Pflegekinder seien nach der Legaldefinition Personen, mit denen derjenige, der das Kindergeld begehrt, durch ein familienähnliches, auf längere Dauer berechnetes Band verbunden ist, sofern er nicht das

Kind zu Erwerbszwecken in seinen Haushalt aufgenommen hat und das Obhuts- und Pflegeverhältnis zu den Eltern nicht mehr besteht.

Die Annahme eines Pflegekindverhältnisses scheidet laut FG Köln im Streitfall bereits daran, dass das Kind nur für eine Kurzzeitpflege bei der Klägerin eingewiesen wurde und zwar so lange, bis für das Kind, das offensichtlich bei der ihm zugedachten Erziehung problembelastetes Verhalten gezeigt hat, eine andere Unterbringungsmöglichkeit gefunden werde. Die Einweisung des Kindes in die Familie der Klägerin sei daher nicht „auf längere Dauer“ erfolgt, das heißt mit dem Ziel der Entstehung einer dauerhaften Beziehung, sondern lediglich zwecks vorübergehender Unterbringung in einem dem Kind nicht unbekanntem Haushalt.

Dass das Kind bereits in vorangegangenen Jahren im Haushalt der Klägerin gelebt hat, erachtet das FG für unbeachtlich. Denn das damalige Pflegeverhältnis sei, offenbar bedingt durch Erziehungsprobleme, beendet worden. Die erneute Unterbringung des Kindes bei der Klägerin unterliege daher der selbstständigen Prüfung gemäß § 32 Absatz 1 Nr. 2 EStG.

Unbeachtlich sei auch der Umstand, dass es offenbar bis heute nicht gelungen sei, das Kind, wie geplant, in einer anderen Einrichtung unterzubringen. Denn tatsächliche Probleme bei der Umsetzung der Jugendhilfemaßnahme änderten nichts an der rechtlichen Qualität der auf § 33 SGB VIII gestützten Maßnahme, die eben keine dauerhafte, sondern eine Kurzzeitpflege zum Ziel hatte. Jedenfalls habe sich die zuständige Stadt bisher nicht dazu geäußert, dass die von ihr veranlasste Unterbringung bei der Klägerin nunmehr als auf Dauer angelegte Integration des Kindes in den Haushalt der Klägerin behandelt werden muss. Das FG gehe daher davon aus, dass das Kind auch weiterhin nicht „auf längere Dauer“ im Haushalt der Klägerin untergebracht ist. Ein Pflegeverhältnis im Sinne des § 32 Abs. 1 Nr. 2 EStG sei daher nicht gegeben, sodass ein Anspruch auf Kindergeld nicht besteht.

Finanzgericht Köln, Urteil vom 20.02.2017, 5 K 2087/16

# Arbeit, Ausbildung & Soziales

## Isolierter Tinnitus kann nicht Folge eines Arbeitsunfalls sein

Ein beschwerdefreies Intervall von rund drei Wochen zwischen einem Unfall und dem erstmaligen Vorbringen des Verunfallten zu bestimmten Beschwerden (hier: Ohrgeräusche) sprechen gegen den Unfall als Ursache der Beschwerden. Unter anderem mit dieser Begründung hat das Sozialgericht (SG) Karlsruhe die Anerkennung eines „isolierten traumatischen Tinnitus“ als Folge eines Arbeitsunfalls abgelehnt.

Der Kläger erlitt am 20.10.2014 als Fahrer eines Motorrollers auf einer Fahrt für seinen Arbeitgeber einen Verkehrsunfall mit Prellung der rechten Knie, Verstauchung und Zerrung des rechten Sprunggelenks und oberflächlichen Schürfwunden. Der erstversorgende Arzt verneinte eine Gehirnerschütterung. Erstmals rund drei Wochen nach dem Unfall gab der Kläger seit dem Unfall bestehende Ohrgeräusche und Schwindelerscheinungen an. Nach medizinischer Sachaufklärung lehnte die beklagte Berufsgenossenschaft die Zahlung von Verletztengeld über den 31.03.2016 hinaus ab, weil die orthopädisch-chirurgischen Unfallfolgen bereits seit November 2015 folgenlos ausgeheilt seien. Die fortbestehende Tinnitusproblematik sei nicht mit Wahrscheinlichkeit auf das Unfallereignis zurückzuführen.

Die deswegen zum SG Karlsruhe erhobene Klage hatte keinen Erfolg. Ein Anspruch auf Zahlung von Verletztengeld aus Mitteln der gesetzlichen Unfallversicherung setzte unter anderem voraus, dass der Versicherte „infolge“ eines Arbeitsunfalls arbeitsunfähig krank sei. Nach dem Ergebnis der vom Gericht eingeholten medizinischen Sachverständigengutachten seien die Ohrgeräusche, weswegen der Kläger weiterhin arbeitsunfähig krank sei, nicht mit Wahrscheinlichkeit ursächlich auf den Arbeitsunfall vom Oktober 2014 zurückzuführen.

Dagegen spreche bereits das beschwerdefreie Intervall von rund drei Wochen zwischen dem Unfall und dem erstmaligen Beschwerdevorbringen des Klägers in Bezug auf Ohrgeräusche. Außerdem setze ein traumatischer Tinnitus nach medizinisch-wissenschaftlichem Erkenntnisstand zwingend den hier nicht gegebenen Nachweis weiterer unfallbedingter Störungen des Innenohrs in Form von Hörminderung oder einer Schädigung des Gleichgewichtsorgans voraus. Den isolierten traumatischen Tinnitus gebe es nicht.

Es sei auch keine unfallbedingte psychische Ursache der geklagten Ohrgeräusche erwiesen.

Sozialgericht Karlsruhe, Urteil vom 28.07.2017, S 1 U 2602/16, nicht rechtskräftig

## Taxifahrer: Signalisierung der Arbeitsbereitschaft im Drei-Minuten-Takt unzumutbar

Ein Taxiunternehmen darf von einem bei ihm als Arbeitnehmer beschäftigten Taxifahrer nicht verlangen, während des Wartens auf Fahrgäste alle drei Minuten eine Signaltaste zu drücken, um seine Arbeitsbereitschaft zu dokumentieren. Das hat das Arbeitsgericht (ArbG) Berlin entschieden.

Ein Taxifahrer hatte seinen Arbeitgeber auf Arbeitsvergütung in Höhe des Mindestlohns für so genannte Standzeiten verklagt. Das Taxameter des vom Taxifahrer genutzten Taxis hat die Besonderheit, dass nach einer Standzeit von drei Minuten ein akustisches Signal ertönt. Der Fahrer hat nach dem Ertönen des Signals zehn Sekunden Zeit, eine Taste zu drücken. Tut er dies, wird seine Standzeit vom Taxameter als Arbeitszeit aufgezeichnet. Drückt er den Knopf nicht, wird die darauf folgende Standzeit nicht als Arbeits-, sondern als unbezahlte Pausenzeit erfasst.

Der Taxifahrer meint, ihm sei das Betätigen der Signaltaste nicht zumutbar und auch nicht immer möglich gewesen. Das verklagte Taxiunternehmen war nur bereit, die vom Zeiterfassungssystem als Arbeits- oder Bereitschaftszeit erfasste Zeit zu vergüten.

Das ArbG hat dem Taxifahrer überwiegend Recht gegeben. Standzeiten und sonstige Zeiten, in denen ein Taxifahrer bereit sei, einen Fahrauftrag auszuführen, seien Arbeitsbereitschaft oder jedenfalls Bereitschaftsdienst und deshalb mindestlohnpflichtig. Die vom Taxiunternehmen getroffene Regelung bezüglich des Signalknopfes verstöße gegen das Bundesdatenschutzgesetz. Dieses verbiete eine unverhältnismäßige Erfassung von Daten des Taxifahrers. Das Interesse des Arbeitgebers, die Arbeitsbereitschaft des Taxifahrers zu kontrollieren, erfordere keine so enge zeitliche Überwachung.

Abgewiesen hat das ArbG die Klage allerdings im Umfang der gesetzlich vorgeschriebenen Ruhepausen. Der Taxifahrer sei verpflichtet





gewesen, diese einzuhalten. Dies sei ihm auch möglich gewesen, da er den Beginn und die Dauer der Ruhepausen selbst bestimmen habe können.

Gegen das Urteil kann das Taxiunternehmen Berufung beim Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg einlegen.

Arbeitsgericht Berlin, Urteil vom 10.08.2017, 41 Ca 12115/16, nicht rechtskräftig

### **Bauhelfertätigkeit: Vorwiegend eigenwirtschaftliche Motive schließen Unfallversicherungsschutz aus**

Eine Bauhelfertätigkeit unterliegt nicht dem Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung, wenn eigenwirtschaftliche Motive (hier Erlangung von Bauholz) im Vordergrund stehen. Dies hat das Landessozialgericht (LSG) Thüringen entschieden und ein entsprechendes Urteil des Sozialgerichts Altenburg bestätigt.

Dem Fall lag ein Ereignis vom 09.03.2014 zugrunde. An diesem Tag hatte sich der Kläger zusammen mit der Beigeladenen, die zu diesem Zeitpunkt seit mehreren Jahren Partnerin seines Stiefsohnes war und seit Sommer 2013 diverse Umbauarbeiten auf einem Grundstück in Jena durchführte, auf die Baustelle. Beim Verladen von Bauholz auf seinen privaten Pkw-Anhänger knickte der Kläger mit dem rechten Fuß um und zog sich eine Fraktur des rechten Sprunggelenkes zu. Das Thüringer LSG hat die Auffassung der Bauberufgenossenschaft, dass hierfür kein Unfallversicherungsschutz nach § 2 Absatz 2 Satz 1 Sozialgesetzbuch VII (SGB VII) besteht, bestätigt.

Zwar könne auch für unentgeltliche Hilfstätigkeiten im Rahmen nicht gewerbsmäßiger Bauarbeiten nach § 2 Absatz 2 Satz 1 SGB VII Unfallversicherungsschutz bestehen, wenn nach der erforderlichen Gesamtbetrachtung nicht nur eine grundsätzlich unversicherte Gefälligkeitsleistung ausgeübt wird. Vorliegend sei das Vorliegen von Versicherungsschutz aber daran gescheitert, dass das Einsammeln des Bauholzes zwar objektiv nützlich für die Beigeladene/Bauherrin war, hier aber nach Auffassung des LSG die eigenwirtschaftliche Handlungstendenz – die Erlangung des Bauholzes – im Vordergrund stand.

Landessozialgericht Thüringen, Urteil vom 22.06.2017, L 1 U 118/17

### **Bei der Entsendung ins Ausland kann der Chef den Steuerberater übernehmen**

Werden von einem Unternehmer häufig Mitarbeiter ins Ausland entsandt, vereinbart er mit ihnen einen Nettoverdienst und trägt er für sie die Steuerberatungskosten hinsichtlich der steuerlichen Auswirkungen, so handelt es sich dabei – steuerlich gesehen – um einen Vorteil der Arbeitnehmer.

Der wird allerdings überlagert durch das Interesse des Arbeitgebers, das sich unter anderem darin widerspiegelt, Arbeitnehmer „für die aus betrieblichen Erwägungen erforderliche Auslandstätigkeit zu motivieren“. Die Übernahme der Steuerberatungskosten für die Erstellung der Einkommensteuererklärung diene der Ermittlung des zutreffenden Arbeitslohns, da die Einkommensteuererstattung in die Ermittlung des steuerpflichtigen Arbeitslohns einbezogen werde. Die Ermittlung des zutreffenden Arbeitslohns sei unzweifelhaft Aufgabe des Arbeitgebers, sagt das FG Rheinland-Pfalz.

FG Rheinland-Pfalz, 1 K 1605/14 vom 21.12.2016

### **Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: Wer nicht arbeiten, aber doch kassieren will**

Steht fest, dass es einem Stellenbewerber gar nicht darum geht, die von einem Unternehmen angebotene Stelle zu besetzen, sondern dass er, weil er mit einer Ablehnung rechnet, viel lieber ein „Schadenersatz“ vom Unternehmer kassieren möchte, so hat er sich geschnitten.

Der Arbeitgeber braucht diese aufgrund des Allgemeinen Gleichstellungsgesetzes (AGG) praktizierte Finte nicht zu entgelten, obwohl der Unternehmer im hier entschiedenen Fall tatsächlich gegen die Regeln des AGG verstoßen hatte, da er nur eine „nette weibliche Stelle“ ausgeschrieben hatte. Da der Mann aber weder nach seiner beruflichen Qualifikation noch nach seinem unqualifizierten „Bewerbungsschreiben“ als neutraler Bewerber für die Stelle geeignet erschien und bei weiterer Prüfung vergleichbare Verfahren mit seiner Beteiligung nachgewiesen werden konnten, ging er leer aus.

AmG München, 173 C 8860/16 vom 24.11.2016

# Bauen und Wohnen

## Blendendes Nachbar-Solardach muss nicht hingenommen werden

Ein Grundstückseigentümer muss Blendwirkungen von einer das Sonnenlicht reflektierenden Photovoltaikanlage des Nachbarn nicht hinnehmen. Dies hat das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf zugunsten eines Eigentümers entschieden, der wegen des stark blendenden Sonnenlichts vom Nachbardach die Nutzungsmöglichkeiten seines Grundstückes ganz erheblich beeinträchtigt gesehen hatte.

Das OLG folgte der Argumentation des Klägers und stellte eine wesentliche Beeinträchtigung durch das reflektierte Sonnenlicht fest. Es träten, wie der gerichtlich bestellte Sachverständige bestätigt habe, an mehr als 130 Tagen im Jahr erhebliche Blendwirkungen (zum Teil als „Absolut“-Blendung, zum Teil jedenfalls als Blendung mit Nachbildern) auf. Die Blendwirkungen erstreckten sich zeitweise über die gesamte Grundstücksbreite und dauerten bis zu zwei Stunden am Tag an. Diese Beeinträchtigung müsse der Kläger nicht dulden.

Die gesetzgeberische Wertentscheidung zugunsten der Förderung von Photovoltaikanlagen, wie sie im Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) zum Ausdruck komme, führe zu keiner grundsätzlichen Duldungspflicht, betont das OLG. Auch wenn der Gesetzgeber Photovoltaikanlagen fördere, dürften diese nicht ohne Rücksicht auf die Belange der Nachbarschaft errichtet werden. Die Blendung der Nachbarschaft durch Photovoltaikanlagen sei auch nicht als ortsüblich hinzunehmen. Der Nachbar mit der reflektierenden Photovoltaikanlage ist nun verpflichtet, die Blendungen durch geeignete Maßnahmen zu reduzieren. In der ersten Instanz vor dem Landgericht (LG) Duisburg hatte der Kläger mit seinem Begehren noch keinen Erfolg gehabt. Das LG hatte die Klage des Eigentümers abgewiesen. Vor dem Hintergrund der gesetzgeberischen Wertung im EEG hatte es eine grundsätzliche Duldungspflicht angenommen, unabhängig vom konkreten Ausmaß der Beeinträchtigung. Nach Auffassung des OLG kommt es jedoch auf eine Einzelfallprüfung und die jeweilige konkrete Beeinträchtigung für die Nachbarschaft an.

Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig. Das OLG hat die Revision zwar nicht zugelassen. Hiergegen kann jedoch eine so genannte Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt werden.

Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 21.07.2017, I-9 U 35/17

## Nachbarrecht: Heckenhöhe bei Grundstücken in Hanglage

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass bei einer Grenzbeplantung eines Grundstücks, das tiefer liegt als das Nachbargrundstück, die nach den nachbarrechtlichen Vorschriften (hier: Art. 47 Abs. 1 BayAGBGB) zulässige Pflanzenwuchshöhe von dem höheren Geländeniveau des Nachbargrundstücks aus zu messen ist.

Die Parteien sind Eigentümer aneinandergrenzender Grundstücke in Hanglage in Bayern. Das Grundstück des Klägers liegt höher als das der Beklagten. Zwischen den Grundstücken befindet sich eine ca. 1 m bis 1,25 m hohe Geländestufe, an der eine Mauer verläuft. Auf dem Grundstück der Beklagten steht entlang der Geländestufe eine 6 m hohe Thujenhecke. Sie wurde zuletzt 2009 oder 2010 auf eine Höhe von ca. 2,90 m geschnitten, gemessen von ihrer Austrittsstelle. Der Kläger verlangt von der Beklagten, die Hecke zweimal jährlich mit Ausnahme des Zeitraums vom 1. März bis 30. September auf eine Höhe von 2 m, gemessen ab dem oberen Ende der Mauer zwischen den Grundstücken der Parteien zurückzuschneiden. Die Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung.

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landgericht ihr stattgegeben.

Der unter anderem für das Nachbarrecht zuständige V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat die Revision der Beklagten zurückgewiesen.

Nach Art. 47 Abs. 1 BayAGBGB kann der Eigentümer eines Grundstücks verlangen, dass u.a. Bäume, Sträucher und Hecken, die in einer geringeren Entfernung als 2 m von der Grenze seines Grundstücks gehalten werden, nicht höher als 2 m sind. Anderenfalls kann er den Rückschnitt der Pflanzen verlangen. Die zulässige Höhe der Pflanzen ist grundsätzlich von der Stelle aus zu messen, an der diese aus dem Boden austreten. Das gilt aber nicht, wenn die Pflanzen auf einem Grundstück stehen, das tiefer als das Nachbargrundstück liegt. In diesem Fall ist eine Beeinträchtigung des höher gelegenen Grundstücks erst möglich, wenn die Pflanzen dessen Höhenniveau erreichen. Die zulässige Pflanzenwuchshöhe ist deshalb nicht von der Austrittsstelle der Pflanzen, sondern von dem Bodenniveau des höher gelegenen Grundstücks aus zu bestimmen.



Das führt hier dazu, dass Verjährung nicht eingetreten ist. Nach Art. 52 Abs. 1 Satz 2 BayAGBG verjährt der Anspruch auf Rückschnitt in fünf Jahren. Der Anspruch des Klägers auf Rückschnitt ist entstanden, als die Thujenhecke zuletzt eine Höhe von 2 m, gemessen von der ca. 1 m hohen Geländestufe, und damit eine absolute Höhe von 3 m überschritten hat. Das war frühestens 2009 der Fall. Der zu diesem Zeitpunkt begonnene Lauf der Verjährungsfrist ist rechtzeitig gehemmt worden.

Nicht Gegenstand der Entscheidung war die Frage, wie die Messung im umgekehrten Fall zu erfolgen hat, also bei einer Grenzbepflanzung des höher gelegenen Nachbargrundstücks.

BGH, Pressemitteilung vom 02.06.2017 zum Urteil V ZR 230/16 vom 02.06.2017

### Entgelte für Abwasser und Abfall unterliegen auch künftig nicht der Mehrwertsteuer

Auch weiterhin müssen auf die Entgelte für Abwasser und Abfall keine 19 Prozent Mehrwertsteuer zugeschlagen werden. Auf Antrag des Landes Berlin haben die Finanzminister der Bundesländer am 22.06.2017 mehrheitlich gegen den Bund entschieden, dass die Endverbraucher auch künftig nicht zusätzlich belastet werden.

Das Bundesfinanzministerium hatte vorgesehen, dass ab 2021 immer dann Umsatzsteuer auf die bislang steuerfreien Entgelte für Abwasser und Abfall hätte aufgeschlagen werden müssen, wenn die betreffenden Gemeinden zivilrechtliche „Preise“ in Rechnung stellen statt öffentlich-rechtlicher „Gebühren“ per Gebührenbescheid zu erheben. Hätte sich der Bund durchgesetzt, wäre nach Angaben der Berliner Senatsverwaltung für Finanzen in ganz Deutschland das System ins Rutschen gekommen, weil Unternehmen geringfügig entlastet worden wären. Denn die Abwasser- beziehungsweise Müllentsorgungsbetriebe wären dann vorsteuerabzugsberechtigt geworden. Dadurch wäre der Nettopreis geringfügig gesunken. Dies hätte dazu geführt, dass in vielen Gemeinden Druck entstanden wäre, auf zivilrechtliche Preise umzustellen. Die privaten Endverbraucher aber wären dann durch 19 Prozent Umsatzsteuer zusätzlich belastet worden.

Berlin habe aber durchsetzen können, dass weiterhin der Anschluss- und Benutzungszwang im Mittelpunkt der rechtlichen Einordnung stehen muss. Denn dadurch gebe es keinen Wettbewerb zwischen privaten und öffentlichen Anbietern. Deshalb könne es auch keine Marktverzerrung geben, wenn keine Umsatzsteuer anfällt.

Ob öffentlich-rechtliche Gebühren erhoben oder zivilrechtliche Preise berechnet werden, entschieden in den meisten Bundesländern die Kommunen allein, erläutert die Berliner Senatsverwaltung für Finanzen. Entscheide sich eine Gemeinde für Gebühren, sei der Aufwand größer. Deshalb hätten viele Kommunen – einschließlich Berlins – schon vor längerer Zeit auf zivilrechtliche Preise umgestellt. Nachteile für die Kunden sollten damit nicht verbunden sein. Durch die aktuelle Entscheidung bleibe es jetzt auch dabei.

Senatsverwaltung für Finanzen Berlin, PM vom 22.06.2017

### Nachbarrecht: Ein Zentimeter Dämmung kann es bis zum Bundesgerichtshof schaffen

Ein Hausbesitzer muss es grundsätzlich nicht dulden, wenn ein Nachbar durch eine nachträglich angebrachte Wärmedämmung ein paar Zentimeter die Grundstücksgrenze überschreitet.

Das gelte auch dann, wenn es nur deswegen zur Überschreitung gekommen ist, weil der Nachbar seine Fassade nachträglich gedämmt hatte, um die Vorschriften der Energieeinsparverordnung einzuhalten, sagt der BGH. Diese waren aber auch schon zu dem Zeitpunkt bekannt, als er das Haus errichten ließ. Dass er seinerzeit bereits ohne Dämmung die Grundstücksgrenze erreicht hatte, sei allein sein Verschulden. Das Verputzen und Streichen muss der eingeeengte Nachbar nicht dulden. Und das auch dann nicht, wenn es sich um eine „Vergrößerung“ von nicht einmal einen Zentimeter handelt.

Anders hätte die Entscheidung für ein Haus ausgesehen, das vor Inkrafttreten der Energieeinsparverordnung gebaut und nachträglich gedämmt worden ist.

BGH, V ZR 196/16

# Ehe, Familie und Erben

## Künftiger Pflichtteilsanspruch: Abfindung für zu Lebzeiten des Erblassers erklärten Verzicht unterliegt Steuerklasse II

Verzichtet ein gesetzlicher Erbe gegen eine von seinen Geschwistern zu zahlende Abfindung auf seinen Pflichtteilsanspruch, ist künftig danach zu unterscheiden, ob der Verzicht bereits zu Lebzeiten oder erst nach dem Tod des Erblassers vereinbart wird. Wie der Bundesfinanzhof (BFH) unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung entschieden hat, unterliegt der Verzicht zwischen Geschwistern zu Lebzeiten des Erblassers nunmehr der Steuerklasse II, sodass die für den Steuerpflichtigen günstigere Steuerklasse I dann nur noch bei einem Verzicht nach dem Tod des Erblassers anzuwenden ist.

Der Kläger verzichtete 2006 für den Fall, dass er durch letztwillige Verfügung von der Erbfolge nach seiner Mutter ausgeschlossen sein sollte, gegenüber seinen drei Brüdern auf die Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs gegen eine von diesen jeweils zu zahlende Abfindung in Höhe von 150.000 Euro. 2002 hatte er von der Mutter bereits Schenkungen im Wert von 1.056.232 Euro erhalten.

Zu diesem Streitfall hatte der BFH bereits in einem ersten Verfahren entschieden, dass die Zahlung der Abfindungen an den Kläger nicht als Schenkung der Mutter an diesen, sondern als drei freigebige Zuwendungen der Brüder an ihn getrennt zu besteuern sind (Urteil vom 16.05.2013, II R 21/11).

Das Finanzamt erließ daraufhin für die Zuwendungen der Brüder getrennte Schenkungsteuerbescheide gegen den Kläger. Die Besteuerung erfolgte ähnlich wie bei einer Zuwendung durch die Mutter. Das Finanzamt rechnete dabei der Abfindung von 150.000 Euro je Bruder jeweils den vollen Wert der im Jahr 2002 erfolgten Schenkungen der Mutter an den Kläger hinzu. Davon zog es den seinerzeit für Erwerbe von Kindern von ihren Eltern zustehenden Freibetrag von 205.000 Euro (heute: 400.000 Euro) ab. Es wandte zudem den Steuersatz der Steuerklasse I für Kinder an (19 Prozent) und zog von der so ermittelten Steuer den gesetzlichen Anrechnungsbetrag für die Steuer für die Vorschenkungen ab. Hieraus ergab sich eine Steuer von 28.405 Euro. Das Finanzgericht (FG) gab der Klage statt. Es rechnete die Vorschenkungen den Abfindungen nicht hinzu und berücksichtigte dem Antrag des Klägers entsprechend lediglich den für die „übrigen Personen der

Steuerklasse I" vorgesehenen Freibetrag in Höhe von seinerzeit 51.200 Euro (heute: 100.000 Euro). Damit setzte das FG die Schenkungsteuer auf 10.810 Euro herab.

Dem folgte der BFH nicht. Nach seinem Urteil handelt es sich um eine Zuwendung zwischen Geschwistern und nicht um eine Zuwendung an ein Kind. Damit hatte das FG zwar zu Recht entschieden, dass die Vorschenkungen der Mutter bei der Berechnung der Steuer nicht zu berücksichtigen sind; denn sie stammten nicht wie erforderlich von den Schenkern, den Brüdern. Entgegen der Auffassung des FG war aber die im Verhältnis des Klägers zu seinen Brüdern geltende Steuerklasse II zwischen Geschwistern anzuwenden, und zwar sowohl hinsichtlich des anwendbaren Freibetrags (10.300 Euro, heute 20.000 Euro) als auch des Steuersatzes (17 Prozent). Unter Berücksichtigung von Schenkungskosten war daher laut BFH die Schenkungsteuer im Streitfall auf 23.647 Euro festzusetzen.

Darin liege eine Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung, betont der BFH. Er sei bisher davon ausgegangen, dass in solchen Fällen für die Besteuerung der Abfindungen nicht das Verhältnis des Zuwendungsempfängers (Verzichtenden) zum Zahlenden, sondern dasjenige zum künftigen Erblasser maßgebend sei. Dem habe das Ziel zugrunde gelegen, den gegen Abfindung vereinbarten Pflichtteilsverzicht sowohl vor als auch nach dem Eintritt des Erbfalls im Ergebnis gleich zu behandeln. Dieses Ziel könne aber insbesondere dann nicht erreicht werden, wenn der Pflichtteilsverzicht gegenüber mehreren Personen erklärt wird und/oder Vorschenkungen des (künftigen) Erblassers an den Verzichtenden vorliegen. Bei einem vor Eintritt des Erbfalls vereinbarten Pflichtteilsverzicht gegen Abfindung seien daher die erbschaftsteuerrechtlichen Vorschriften anwendbar, die im Verhältnis des Zahlungsempfängers zu den Zahlenden gelten.

Die geänderte Rechtsprechung führe bei Pflichtteilsverzicht zwischen Geschwistern gegen Abfindung, die noch zu Lebzeiten des Erblassers vereinbart werden, im Regelfall zu einer höheren Steuerbelastung als bei einer Vereinbarung nach dem Erbfall. Die Vereinbarung zu Lebzeiten begründet laut BFH die Anwendung der Steuerklasse II, die Vereinbarung nach dem Erbfall die der Steuerklasse I. Bei einem nach Abzug des Freibetrags von heute 20.000 Euro je Zahlenden bei Steuerklasse II und von 400.000 Euro bei Steuerklasse I verbleibenden steuerpflichtigen Erwerb von zum Beispiel über 75.000 Euro bis zu



300.000 Euro belaufe sich dann der Steuersatz heute auf 20 Prozent anstelle von elf Prozent.

Bundesfinanzhof, Urteil vom 10.05.2017, II R 25/15

### **Unterbringung eines Angehörigen in Pflegeheim: Aufwendungen können abzugsfähig sein**

Die Steuerermäßigung gemäß § 35a Absatz 2 Satz 1 EStG für haushaltsnahe Dienstleistungen kann auch für Pflege- und Betreuungsleistungen, die in einem Seniorenwohnheim erbracht werden, gelten. Voraussetzung ist allerdings, dass dort ein eigener Haushalt des Bewohners gegeben ist, wie das FG Hessen entschieden hat.

Ein solch eigener Haushalt liege vor, wenn die Räumlichkeiten von ihrer Ausstattung her für eine eigenständige abgeschlossene Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bewohners geeignet sind. Dazu müsse die Wohnung im Seniorenwohnheim über ein Bad, eine Küche sowie einen Wohn- und Schlafbereich verfügen, individuell genutzt werden können und abschließbar sein.

Finanzgericht Hessen, Urteil vom 28.02.2017, 9 K 400/16

### **Künstliche Befruchtung: ICSI unter Umständen abziehbar**

Aufwendungen für eine künstliche Befruchtung nach der ICSI-Methode können als außergewöhnliche Belastungen abziehbar sein, entschied der BFH. Voraussetzung ist, dass die Behandlung nach inländischen Maßstäben mit dem Embryonenschutzgesetz (ESchG) oder anderen Gesetzen vereinbar ist.

Umstritten ist in diesem Zusammenhang oft, wie viele Eizellen befruchtet und wie viele Eizellen der Frau innerhalb eines Zyklus übertragen werden: § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG verbietet es, mehr Eizellen zu befruchten, als übertragen werden sollen. Diese Regelung soll dem Entstehen „überzähliger“ Embryonen entgegenwirken, die nicht innerhalb eines Zyklus auf die Frau übertragen werden können, von der die befruchteten Eizellen stammen: Außerdem will die Vorschrift eine künstliche Befruchtung „auf Vorrat“ verhindern.

§ 1 Abs 1 Nr 3 ESchG verbietet es zudem, innerhalb eines Zyklus mehr als drei Embryonen auf eine Frau zu übertragen.

Die BFH-Richter erklärten jetzt, dass kein Verstoß gegen § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG vorliegt, wenn zwar mehr als drei Eizellen befruchtet werden, aber lediglich ein oder zwei entwicklungsfähige Embryonen zum Zwecke der Übertragung entstehen sollen und der Behandlung eine vorherige sorgfältige individuelle Prognose zugrunde liegt (sog. deutscher Mittelweg).

BFH-Urteil vom 17.5.2017, VI R 34/15

### **Erbschaftsannahme bei Irrtum über Werthaltigkeit anfechtbar**

Die Erbschaft eines überschuldeten Nachlasses kann unter bestimmten Umständen angefochten werden, wenn der Erbe sich über die Werthaltigkeit des Nachlasses getäuscht hat. Dies zeigt ein vom OLG Köln entschiedener Fall.

Da die Erblasserin kein Testament verfasst hatte, waren der Ehemann und die beiden Geschwister der Verstorbenen als gesetzliche Erben berufen. Während die Schwester die Erbschaft direkt ausgeschlagen hatte, ließ der Bruder die sechswöchige Frist zur Ausschlagung der Erbschaft verstreichen. Damit galt die Erbschaft für ihn als angenommen (§ 1943 BGB). Danach erklärte der Bruder die Anfechtung der Annahme der Erbschaft wegen Irrtums. Er habe nicht gewusst, dass der Nachlass überschuldet sei.

Das OLG Köln hat entschieden, dass der Irrtum über die Überschuldung des Nachlasses zur Anfechtung gemäß § 119 Absatz 2 BGB berechtigte, weil er auf falschen Vorstellungen hinsichtlich der Zusammensetzung des Nachlasses beruht habe. Der Erbe habe gewusst, dass die Erblasserin ein Jahr vor ihrem Tod eine Abfindung in Höhe von rund 100.000 Euro erhalten habe und dass ein Kontoauszug einige Monate vor dem Tod einen Kontoguthaben von circa 60.000 Euro ausgewiesen habe. Angesichts dieser konkreten Anhaltspunkte habe er erwarten dürfen, dass der Nachlass werthaltig sei. Diese Erwartung habe sich nicht erfüllt. Sein Bemühen, von dem Ehemann Auskünfte über den Verbleib der Abfindungssumme zu erhalten, sei erfolglos gewesen. Mangels Informationen zum Verbleib der Abfindung und angesichts einer an ihn adressierten Krankenhausrechnung über die Behandlung der Erblasserin habe der Bruder die Annahme der Erbschaft anfechten können.

Oberlandesgericht Köln, Beschluss vom 15.05.2017, 2 Wx 109/17

# Medien & Telekommunikation

## Microsoft gibt Unterlassungserklärung zu Windows-Update ab

Für viel Aufregung sorgte die Vorgehensweise von Microsoft bei der Vermarktung des neuen Betriebssystems Windows 10: Auch wer dem kostenlosen Upgrade nicht zugestimmt hatte, bekam die bis zu 6 Gigabyte großen Installationsdateien auf seinem Rechner aufgespielt. Gegen diesen ungefragten und aus Verbrauchersicht oftmals unerwünschten „Zwangsdowload“ ging die Verbraucherzentrale gerichtlich vor. Das Landgericht München I hatte die Klage zunächst wegen angeblicher Zustellungsmängel abgewiesen. Auf die Berufung der Verbraucherzentrale stellte das Oberlandesgericht München jedoch klar, dass die Unterlassungsklage an die deutsche Tochtergesellschaft von Microsoft wirksam zugestellt worden war und verwies den Rechtsstreit an das LG München I zurück. Zu einer Sachentscheidung wird es nun aber nicht kommen, nachdem Microsoft inzwischen die geforderte Unterlassungserklärung abgegeben hat. Mit der Unterlassungserklärung ist der Konzern verpflichtet, künftig keine Installationsdateien für neue Betriebssysteme mehr ohne Zustimmung auf die Festplatte von Windows-Nutzern aufzuspielen.

Microsoft hat sich mit der Abgabe einer Unterlassungserklärung viel Zeit gelassen und damit eine schnelle gerichtliche Klärung unnötig verhindert. „Wir hätten uns ein früheres Einlenken gewünscht, dennoch ist die Abgabe ein Erfolg für mehr Verbraucherrechte in der digitalen Welt“, sagt Cornelia Tausch, Vorstand der Verbraucherzentrale Baden-Württemberg. Auch der späte Zeitpunkt der Abgabe der Unterlassungserklärung macht diese nicht überflüssig: „Wir gehen davon aus, dass Microsoft und andere Softwarehersteller in Zukunft genauer darauf achten werden, welches Vorgehen zulässig ist und welches nicht. Das ungefragte Aufspielen von Installationsdateien von mehreren Gigabyte gehört sicher nicht dazu“, so Tausch weiter.

VZ Baden-Württemberg, Pressemitteilung vom 21.08.2017

## Eltern dürfen nicht auf Facebook-Account ihres verstorbenen Kindes zugreifen

Eltern dürfen nicht auf das Facebook-Konto ihres verstorbenen Kindes zugreifen. Dies hat das Kammergericht (KG) Berlin unter Verweis auf

das Fernmeldegeheimnis entschieden. Die Klage einer Mutter, die sich zusammen mit dem Vater ihrer verstorbenen Tochter auf ihre Erbenstellung berufen hatte, wies das KG ab. Der Schutz des Fernmeldegeheimnisses stehe dem Anspruch der Erben entgegen, Einsicht in die Kommunikation der Tochter mit Dritten zu erhalten.

Das KG ließ offen, ob die Klägerin und der Kindesvater als Erben in den Vertrag eingerückt seien, den die verstorbene Tochter mit Facebook geschlossen hatte. Es sei zwar grundsätzlich möglich, dass die Erben in die Rechte und Pflichten dieses Vertrages eingetreten seien, und zwar nicht im Sinne der aktiven Fortführung dieses Vertrages, sondern um passive Leserechte zu erhalten. In den von Facebook gestellten Nutzungsbedingungen sei nicht geregelt, ob Rechte aus dem Vertrag im Fall des Todes des Nutzers auf seine Erben übergehen könnten. Auch der Grundgedanke des Vertrages spreche nicht generell dagegen, dass er nicht vererblich sei. Facebook wolle den Nutzern nur eine Kommunikationsplattform zur Verfügung stellen und Inhalte vermitteln. Durch eine Änderung in der Person des Vertragspartners würden die Leistungen in ihrem Charakter nicht verändert. Andererseits regule das BGB nicht, ob höchstpersönliche Rechtspositionen (ohne vermögensrechtliche Auswirkungen) vererblich seien, sondern setze für eine Vererbung voraus, dass sie in irgendeiner Form im Eigentum des Verstorbenen verkörpert seien und nicht nur virtuell existierten. Die Klärung, ob es sich bei – nicht verkörperten – E-Mails um solche handele, die aufgrund ihres höchstpersönlichen Inhalts nicht vererblich seien, oder um solche, die aufgrund ihres wirtschaftlichen Bezuges vererblich seien, würde in der Praxis erhebliche Probleme und Abgrenzungsschwierigkeiten bereiten. Das KG müsse jedoch die Frage der Vererbbarkeit des Facebook-Accounts nicht entscheiden. Selbst wenn man davon ausgehe, dass der Account in das Erbe falle und die Erbengemeinschaft Zugang zu den Account-Inhalten erhalten müsse, stehe das Fernmeldegeheimnis nach dem Telekommunikationsgesetz entgegen. Dieses Gesetz sei zwar ursprünglich für Telefonanrufe geschaffen worden. Das Fernmeldegeheimnis werde jedoch in Artikel 10 Grundgesetz geschützt und sei damit eine objektive Wertentscheidung der Verfassung. Daraus ergebe sich eine Schutzpflicht des Staates. Auch die privaten Diensteanbieter müssten das Fernmeldegeheimnis achten. Nach einem Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 16.06.2009 (2 BvR 902/06) erstreckte sich das Fernmeldegeheimnis auch auf E-Mails, die auf den



Servern von einem Provider gespeichert seien. Denn der Nutzer sei schutzbedürftig, da er nicht die technische Möglichkeit habe, zu verhindern, dass die E-Mails durch den Provider weitergegeben würden. Dies gelte entsprechend für sonstige bei Facebook gespeicherten Kommunikationsinhalte, die nur für Absender und Empfänger oder jedenfalls einen beschränkten Nutzerkreis bestimmt sind.

Die nach dem Telekommunikationsgesetz vorgesehenen Ausnahmen griffen nicht, so das KG weiter. Zwar sehe das Gesetz vor, dass einem Dritten Kenntnisse vom Inhalt der Kommunikation verschafft werden dürfe, wenn dies erforderlich sei. Als erforderlich könne jedoch nur angesehen werden, was dazu diene, den Dienst technisch zu ermöglichen oder aufrecht zu erhalten. Da Facebook jedoch seine Dienste nur beschränkt auf die Person des Nutzers angeboten habe, sei es auch aus der Sicht der ebenfalls schutzbedürftigen weiteren Beteiligten am Kommunikationsvorgang (Chat) in technischer Hinsicht nicht erforderlich, einem Erben nachträglich Zugang zum Inhalt der Kommunikation zu verschaffen.

Ebenso wenig existiere eine andere gesetzliche Vorschrift, die erlaube, von dem Schutz des Fernmeldegeheimnisses eine Ausnahme zu machen (so genanntes kleines Zitiergebot). Insbesondere das Erbrecht nach dem BGB lasse nicht erkennen, dass der Gesetzgeber den Willen gehabt habe, das Fernmeldegeheimnis einzuschränken. Auch aus sonstigen Gründen sei es nicht geboten, ohne gesetzliche Regelung Ausnahmen zuzulassen und vom „kleinen Zitiergebot“ abzuweichen.

Auch der Vortrag der klagenden Mutter, die Zugangsdaten von der Tochter überlassen bekommen zu haben, der zwischen den Parteien streitig sei, könne keinen Zugangsanspruch begründen. Insofern habe sich eine Beweisaufnahme erübrigt, so das KG. Denn gegebenenfalls hätten nicht nur die Verstorbene als Nutzerin des Accounts und Vertragspartnerin von Facebook, sondern zumindest auch alle diejenigen, die in einem Zwei-Personen-Verhältnis mit der Verstorbenen kommuniziert haben, auf den Schutz des Fernmeldegeheimnisses verzichten müssen. Aus der Rechtsprechung des BVerfG (vgl. insbesondere Urteil vom 27.02.2008, 1 BvR 370/07) folge für den vorliegenden Fall im Endergebnis nichts Abweichendes. Die somit erforderliche Zustimmung dieser anderen Kommunikationspartner liege jedoch nicht vor.

Das KG hat ferner geprüft, ob zugunsten der Klägerin außerhalb des Erbrechts ein Anspruch auf Zugang zu dem Account bestehe, verneinte dies aber. Insbesondere das Recht der elterlichen Sorge ver helfe nicht

zu einem solchen Anspruch. Denn es erlösche mit dem Tod des Kindes. Das den Eltern noch zufallende Totenfürsorgerecht könne nicht dazu dienen, einen Anspruch auf Zugang zu dem Social-Media-Account des verstorbenen Kindes herzuleiten. Auch das eigene Persönlichkeitsrecht der Mutter sei nicht geeignet, einen Anspruch auf diesen Zugang zu begründen. Trotz des verständlichen Wunsches der Eltern, die Gründe für den tragischen Tod ihres Kindes näher zu erforschen, lasse sich hieraus kein Recht auf Zugang zu dem Account ableiten. Zwar könne eine verbleibende Unkenntnis darüber die Persönlichkeitsentfaltung der Eltern massiv beeinträchtigen. Die gleiche Wirkung könnten aber auch vielfältige andere Ereignisse haben. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht würde zu einem konturenlosen und nicht mehr handhabbaren Grundrecht. Der Senat hat die Revision zum Bundesgerichtshof zugelassen. Kammergericht, Urteil vom 31.05.2017, 21 U 9/16, nicht rechtskräftig

### Urheberrecht: Cooler Spruch ist nicht zwingend schützenswert

Vor dem Landgericht Bielefeld ging es um den Tweet „Wann genau ist aus ‚Sex, Drugs & Rock`n Roll‘ eigentlich ‚Laktoseintoleranz, Veganismus und Helene Fischer‘ geworden?“. Der Verfasser dieses Spruchs behauptete, dass ein Postkarten-Vermarkter den Satz geklaut und ohne seine Erlaubnis kommerziell verwendet habe.

Vor Gericht unterlag er: Denn unabhängig von der Frage, ob der Tweet wirklich von ihm stamme, sei er jedenfalls „bereits kein Sprachwerk im Sinne des Urhebergesetzes“. Somit fehle es an einem rechtswidrigen Eingriff in ein urheberrechtlich geschütztes Recht. Auch fehle dem Spruch die nötige geistige Schöpfungshöhe. Denn er bestehe lediglich aus Alltagsprache. Ein Werk, das nur die Länge eines Werbetextes hat, müsse jedoch die „Durchschnittsgestaltung deutlich überragen“, um schutzfähig zu sein.

Außerdem habe er sich des seit Jahrzehnten gebräuchlichen Spruches „Sex, Drugs and Rock`n Roll“ bedient und diesen lediglich mit schlagwortartigen Begriffen aus dem alltäglichen und aktuellen Sprachgebrauch verbunden. Der hiermit erzeugte Sprachwitz genüge nicht für ein schützenswertes Werk.

LG Bielefeld, 4 O 144/16

# Staat & Verwaltung

## Bereitstellung von Akten im Gewahrsam Privater: Verfassungsbeschwerde mangels Rechtswegerschöpfung erfolglos

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat eine Verfassungsbeschwerde verworfen, die sich gegen die Versagung der Bereitstellung von Akten nach dem Informationsfreiheitsgesetz (IFG) richtet, wenn diese sich im Besitz privater Dritter, insbesondere in Archiven der Stiftungen politischer Parteien, befinden. Wenn die Akten nie an das Bundesarchiv gelangt sind, müsse sich die Beschwerdeführerin zunächst an die für die Aktenführung zuständige Behörde halten und gegebenenfalls dieser gegenüber den Rechtsweg erschöpfen. Denn wichtige einfachrechtliche Fragen des mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemachten Informationszugangsrechts seien bislang ungeklärt, führt das BVerfG aus.

Die Beschwerdeführerin, eine Journalistin und Historikerin, befasste sich mit den von der Bundesrepublik in der Zeit von 1961 bis 1965 an Israel geleisteten finanziellen Wiedergutmachungen in Höhe von insgesamt 630 Millionen DM und der in diesem Zusammenhang geheim vereinbarten Aktion „Geschäftsfreund“. Das hierzu verwendete Steuergeld soll ohne parlamentarische Legitimation und Kabinettsbeschluss ausgezahlt worden sein. Die Beschwerdeführerin meint, dass hierzu Akten der Bundesregierung existieren, die vom Bundeskanzleramt geführt worden waren. Diese teilweise als Verschlussachen gekennzeichneten Akten sollen in den Besitz zweier privater Stiftungen gelangt sein. Die Beschwerdeführerin wandte sich an beide Einrichtungen mit der Bitte um Einsichtnahme; beide Institutionen lehnten dies jedoch ab.

Die Beschwerdeführerin wandte sich daraufhin an das Bundesarchiv mit dem Antrag, die amtlichen Unterlagen bereitzustellen und ihr Einsicht in diese zu gewähren. Der Präsident des Bundesarchivs teilte ihr mit, dass das Bundesarchiv nur solche Unterlagen bereitstellen könne, die bei ihm lagerten, und dass dies bei den von ihr begehrten Unterlagen nicht der Fall sei. Die Beschwerdeführerin verfolgte ihr Begehren gegenüber dem Bundesarchiv weiter und erhob Klage mit dem Antrag, die Bundesrepublik zu verpflichten, sämtliche amtlichen Unterlagen bereitzustellen und ihr die Erlaubnis zur Einsichtnahme zu erteilen.

Die Klage war vor dem Verwaltungsgericht und Oberverwaltungsgericht erfolglos. Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision wies das Bundesverwaltungsgericht zurück. Mit ihrer gegen die verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen gerichteten Verfassungsbeschwerde rügt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen eine Verletzung der Informationsfreiheit.

Das BVerfG hat die Verfassungsbeschwerde als unzulässig verworfen, weil sie nicht den Anforderungen an den Grundsatz der Subsidiarität genüge. Danach müsse ein Beschwerdeführer vor dem Anrufen des BVerfG zunächst die ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ergreifen, um die geltend gemachte Grundrechtsverletzung im sachlichsten Verfahren zu verhindern oder zu beseitigen.

Die Beschwerdeführerin habe es versäumt, zur Durchsetzung des von ihr begehrten Informationszugangs nach § 1 Absatz 1 Satz 1 IFG zunächst einen Antrag an das Bundeskanzleramt zu stellen, in dessen Zuständigkeit die Akten geführt wurden. Ein solcher sei nicht deshalb entbehrlich, weil die Beschwerdeführerin stattdessen einen Antrag an das Bundesarchiv gestellt hat. Die Akten hätten dem Bundesarchiv nie vorgelegen und seien nicht zu Archivgut geworden. Ein entsprechender Antrag habe sich auch nicht durch das nachfolgende Klageverfahren erübrigt. Gegenstand des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens sei allein der Antrag an das Bundesarchiv und dessen Verpflichtung gewesen, die begehrten Unterlagen zugänglich zu machen.

Das BVerfG könne zwar vor Erschöpfung des Rechtswegs über eine Verfassungsbeschwerde entscheiden, wenn sie von allgemeiner Bedeutung ist. Dies komme grundsätzlich jedoch dann nicht in Betracht, wenn die Ausschöpfung des fachgerichtlichen Rechtswegs eine für den Fall maßgebliche Klärung einfachrechtlicher Vorfragen oder die Feststellung auch für die verfassungsrechtliche Beurteilung erheblicher Tatsachen erwarten lässt. So liege es hier in Bezug auf die Reichweite des Informationszugangsanspruchs.

Für die hier in Frage stehende Konstellation, in der sich die begehrten Informationen nicht unmittelbar bei der Behörde selbst, sondern bei einer privaten Stiftung befinden, regelt das IFG nicht ausdrücklich, ob auch insoweit der Zugang zu den Akten eröffnet sein soll. Zwar ergebe sich aus dem Gesetz, dass es keinen allgemeinen Beschaffungsanspruch von Akten begründet, die nicht in den Bestand der Behörden





gelangt sind. Ungeklärt sei indes, ob das auch für die Frage der Wiederbeschaffung von Akten gilt, die bei der Behörde angefallen waren und dann in den Gewahrsam Privater gelangt sind. Ob das IFG in solchen Fällen Informationszugang gewährt, sei nicht von vornherein ausgeschlossen und bedürfe fachgerichtlicher Klärung.

Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 20.06.2017, 1 BvR 1978/13

### **„Stuttgart 21“: Baden-Württembergs Staatsministerium muss Umweltinformationen herausgeben**

Der Verwaltungsgerichtshof (VGH) Baden-Württemberg hat in einem Streit um die Offenlegung von Umweltinformationen das beklagte Land Baden-Württemberg verpflichtet, dem Kläger Zugang zu verschiedenen Unterlagen des Staatsministeriums im Zusammenhang mit den Baumfällungen für „Stuttgart 21“ im Oktober 2010 zu gewähren.

Das Staatsministerium hatte einen Antrag des Klägers, eines Bürgers aus dem Stuttgarter Umland, auf Zugang zu Umweltinformationen im Zusammenhang mit den Baumfällungen teilweise abgelehnt. Ein Ordner mit Informationen für die damalige Hausspitze des Staatsministeriums über den Untersuchungsausschuss „Aufarbeitung des Polizeieinsatzes am 30.09.2010 im Stuttgarter Schlossgarten“ sowie zwei Vermerke zum Schlichtungsverfahren vom 10. beziehungsweise 23.11.2010 seien interne Mitteilungen im Sinne des baden-württembergischen Umweltverwaltungsgesetzes, die nicht herausgegeben werden müssten. Bei den Vermerken zum Schlichtungsverfahren handele es sich zudem ebenso wie bei einem ebenfalls nicht offen gelegten Vermerk des Innenministeriums über die öffentliche Äußerung eines Polizeibeamten zum Polizeieinsatz am 30.09.2010 nicht um Umweltinformationen. Die Herausgabe zweier weiterer im Streit stehender Präsentationen zur Kommunikationsstrategie der zum Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof beigeladenen Deutsche Bahn AG müsse verweigert werden, weil die Präsentationen Betriebsgeheimnisse enthielten.

Der VGH ist dieser Argumentation nicht gefolgt und hat auf die Berufung des Klägers das klageabweisende erstinstanzliche Urteil des Verwaltungsgerichts Stuttgart geändert. Der aus der Aarhus-Konvention sowie der Umweltinformationsrichtlinie der EU übernommene Begriff „Umweltinformationen“ im baden-württembergischen Landesrecht sei europarechts- und völkerrechtskonform weit auszulegen und erfasse alle vom Kläger begehrten Unterlagen. Der Zugang zu internen Mitteilungen dürfe nach Abschluss eines behördlichen Entscheidungsprozesses nicht mehr ohne Weiteres verweigert werden. Unabhängig von der Frage, ob die Präsentationen zur Kommunikationsstrategie der Beigeladenen Geschäftsgeheimnisse enthielten, überwiege jedenfalls das öffentliche Interesse an der Offenlegung dieser Unterlagen.

Die Revision zum Bundesverwaltungsgericht hat der VGH wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen.

Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 29.06.2017, 10 S 436/15

# Bußgeld & Verkehr

## **MPU-Pflicht nach Alkoholfahrt entfällt nicht bei Erneuerung spanischer Fahrerlaubnis**

Die Pflicht, nach einer Alkoholfahrt und der Entziehung der Fahrerlaubnis ein medizinisch-psychologisches Gutachten vorzulegen, das belegt, dass der Autofahrer inzwischen zwischen Alkoholkonsum und Autofahren hinreichend trennen kann, entfällt nicht durch die Erneuerung einer spanischen Fahrerlaubnis. Dies hat der VGH Baden-Württemberg entschieden. Der Kläger ist Deutscher, hält sich aber seit 1992 überwiegend in Spanien auf. Er erwarb 1992 in Spanien eine Fahrerlaubnis der Klassen A und B. Diese wurde ihm 2009 vom AG Karlsruhe-Durlach wegen einer Trunkenheitsfahrt mit 2,12 Promille für das Bundesgebiet entzogen. Nach Ablauf der vom AG verhängten Sperrfrist für eine Neuerteilung der Fahrerlaubnis wurde der spanische Führerschein des Klägers in Spanien mehrmals erneuert. In Spanien sind Führerscheine – abhängig vom Lebensalter des Inhabers – zehn, fünf oder zwei Jahre gültig. Bei Ablauf der Gültigkeitsdauer wird der Führerschein dann erneuert, wenn ein vorgeschriebener Gesundheitstest bestanden worden ist.

Wegen der im Recht der Europäischen Union verankerten Pflicht der Mitgliedstaaten, die von einem anderen Mitgliedstaat ausgestellten Führerscheine „ohne jede Formalität“ anzuerkennen, vertrat der Kläger gegenüber der deutschen Fahrerlaubnisbehörde den Standpunkt, dass er infolge der Erneuerung seines spanischen Führerscheins wieder berechtigt sei, in Deutschland ein Kraftfahrzeug zu führen. Die deutsche Fahrerlaubnisbehörde meinte dagegen, dass ihm das Recht, von seiner spanischen Fahrerlaubnis im Inland Gebrauch zu machen, erst dann wieder zustehe, wenn er durch ein medizinisch-psychologisches Gutachten belegt habe, dass er inzwischen in der Lage sei, Alkoholkonsum und Autofahren hinreichend voneinander zu trennen.

Das VG Karlsruhe folgte dieser Rechtsauffassung und hat die Klage abgewiesen. Der VGH Mannheim hat die hiergegen eingelegte Berufung des Klägers zurückgewiesen. Unionsrechtlich sei ein von einem anderen Mitgliedstaat ausgestellter Führerschein nur dann „ohne jede Formalität“ von Deutschland anzuerkennen, wenn der ausstellende Mitgliedstaat unionsrechtlich verpflichtet gewesen sei, sämtliche Voraussetzungen für die Erteilung einer Fahrerlaubnis zu prüfen. Dies sei aber nicht der Fall, wenn ein Führerschein der Klassen A und B bei Ablauf der Gültigkeit erneuert werde. Vielmehr könne jeder Mitgliedstaat

selbst entscheiden, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang er die Erneuerung eines Führerscheins von bestimmten Tests oder Kursen abhängig mache. Die bloße Erneuerung eines Führerscheins taue daher – anders als das bei einer Neuerteilung der Fall ist – nicht als Beweis dafür, dass sein Inhaber – nach der Fahrerlaubnisentziehung – seine Fahreignung wieder erlangt habe.

Der VGH hat die Revision zum Bundesverwaltungsgericht wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassen.

VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 27.06.2017, 10 S 1716/15

## **Dashcam-Aufnahme kann vor Gericht verwertbar sein**

Zur Ermittlung des Schuldigen an einem Parkplatzunfall können die mit einer Dashcam gemachten Aufnahmen vor Gericht verwertbar sein, wenn sie das informationelle Recht des hier zu „überführenden“ Autofahrers nicht unzumutbar beeinflussen.

Das wurde vom LG Nürnberg-Fürth entschieden, das die Dashcam-Aufnahme einer Autofahrerin auswertete, die aus einer Parklücke herausfuhr und bereits stand, als ihr ein anderer Wagen – rückwärts fahrend und durch die Kamera dokumentiert, ohne den Fahrer zu zeigen – auffuhr.

Das Recht des (bestreitenden) Fahrers dieses Pkw wurde vom Gericht als geringer eingestuft als das Recht der (klagenden) Fahrerin, die ein erhebliches Interesse an der Zulassung ihres Beweismittels habe, um ihre Ansprüche auf Schadenersatz durchzusetzen.

LG Nürnberg-Fürth, 2 O 4549/15

## **Helmpflicht beim Motorradfahren: Turban tragender Sikh hat keinen strikten Anspruch auf Befreiung**

Die Religionsfreiheit begründet keinen zwingenden Anspruch eines Turban tragenden Sikh auf Befreiung von der Pflicht zum Tragen eines Schutzhelms beim Motorradfahren. Dies hat der VGH Baden-Württemberg entschieden. Der Kläger ist als getaufter Sikh in der Öffentlichkeit zum Tragen eines Turbans religiös verpflichtet. Weil er nicht gleichzeitig den Turban und einen Motorradhelm tragen könne, beantragte er 2013 bei der beklagten Stadt Konstanz, ihn nach § 46 Absatz 1 Satz 1 Nummer 5b der Straßenverkehrsordnung (StVO) von der in § 21a Absatz 2 StVO geregelten Pflicht zum Tragen eines Schutzhelms beim Führen eines



Kraftrads zu befreien. Die Beklagte lehnte dies mit der Begründung ab, eine Ausnahmegenehmigung könne nur erteilt werden, wenn das Tragen eines Helms aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich sei. Dementsprechend hatte die Beklagte 2011 und 2015 einen anderen Motorradfahrer wegen Genickschmerzen von der Helmpflicht befreit. Der Sikh klagte und bekam zum Teil Recht. Zwar begründete seine Religionsfreiheit keinen strikten Anspruch auf Befreiung von der Helmpflicht. Allerdings sei die Ablehnung der beantragten Ausnahmegenehmigung wegen einer fehlerhaften Ermessensausübung rechtswidrig gewesen, weil die Beklagte nicht deutlich gemacht habe, dass eine Befreiung von der Helmpflicht nicht nur bei einer Unmöglichkeit des Helmtragens aus gesundheitlichen, sondern auch aus religiösen Gründen in Betracht komme. Der Kläger könne auch deshalb von der Beklagten eine neue Entscheidung über seinen Befreiungsantrag verlangen, weil diese erst im Juli 2017 ihre bisherige Verwaltungspraxis aufgegeben habe, nach der bei einer Unmöglichkeit des Tragens eines Helms aus gesundheitlichen Gründen eine Befreiung ohne weitere Voraussetzungen erteilt worden sei. Wenn sie nun vortrage, zukünftig bei Befreiungsanträgen „die Notwendigkeit des Motorradfahrens an sich zu hinterfragen“, bleibe unklar, was genau sie künftig prüfen wolle. Jedenfalls habe sie im Fall des Klägers eine solche Prüfung bislang noch nicht vorgenommen. Dagegen hatte die Berufung des Klägers keinen Erfolg, soweit er geltend gemacht hat, die Beklagte sei zwingend verpflichtet, ihm die beantragte Ausnahmegenehmigung zu erteilen. Einen solchen strikten Anspruch hat der VGH verneint, da die Erteilung der Befreiung im Ermessen der Beklagten stehe und ihr deshalb eine gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare Entscheidungsfreiheit zustehe. Dieses Ermessen sei im Fall des Klägers auch nicht „auf Null reduziert“. Vielmehr sei es rechtlich nicht ausgeschlossen, dass die Behörde den Befreiungsantrag des Klägers ablehne. Allerdings müsse sie dabei beachten, dass die Unmöglichkeit des Helmtragens aus gesundheitlichen Gründen nicht großzügiger behandelt werden dürfe als eine Unmöglichkeit des Helmtragens aus religiösen Gründen. Die vom Kläger für einen zwingenden Befreiungsanspruch vorgetragene Argumente haben den VGH nicht überzeugt. So sei es entgegen der Ansicht des Klägers verfassungsrechtlich unbedenklich, dass die Helmpflicht auch im Anwendungsbereich der Glaubensfreiheit eines Motorradfahrers nicht in einem Parlamentsgesetz, sondern in einer Rechtsverordnung (StVO) geregelt sei. Eine Ermessensreduzierung folge auch nicht aus der

Glaubensfreiheit des Klägers. Der in der Schutzhelmpflicht liegende Eingriff in dieses Grundrecht könne allerdings durch den von der Helmpflicht (auch) bezweckten und zudem in Artikel 2 Absatz 2 GG verfassungsrechtlich verbürgten Schutz der physischen und psychischen Integrität Dritter gerechtfertigt werden, sodass die Glaubensfreiheit des Klägers nicht automatisch eine Verengung des behördlichen Entscheidungsermessens im Sinne einer zwingend zu genehmigenden Ausnahme zur Folge habe.

Ein durch einen Helm geschützter Motorradfahrer werde im Fall eines Unfalls regelmäßig eher als ein nicht geschützter Fahrer in der Lage sein, etwas zur Abwehr der mit einem Unfall einhergehenden Gefahren für Leib und Leben anderer Personen beizutragen, indem er etwa die Fahrbahn räume, auf die Unfallstelle aufmerksam mache, Ersthilfe leiste oder Rettungskräfte herbeirufe. Die Schutzhelmpflicht fördere aber nicht nur die physische Unversehrtheit Dritter, sondern schütze auch deren psychische Unversehrtheit, wenn man bedenke, dass Unfallbeteiligte durch schwere Personenschäden anderer Unfallbeteiligter nicht selten selbst psychische Schäden davontrügen. Von diesem Risiko sei angesichts von Unfällen mit Motorradfahrern ohne Helm auszugehen, bei denen bekanntermaßen häufig schwerwiegende, zum Teil auch tödliche Kopfverletzungen die Folge seien. Auch ergebe sich eine Reduzierung des behördlichen Ermessens nicht aus dem Gleichbehandlungsgebot. Da eine Unmöglichkeit des Helmtragens aus gesundheitlichen Gründen jedenfalls nicht schwerer wiegen könne als eine Unmöglichkeit des Schutzhelmtragens aus religiösen Gründen, spreche zwar einiges dafür, dass der Kläger gegenüber der Beklagten angesichts ihrer bisherigen Befreiungspraxis einen Anspruch auf Gleichbehandlung gehabt habe. Die Beklagte habe aber während des laufenden Berufungsverfahrens ihre frühere Verwaltungspraxis willkürfrei aufgegeben und wolle nunmehr vor einer Befreiung „die Notwendigkeit des Motorradfahrens an sich hinterfragen“. Damit scheidet ein Anspruch auf Gleichbehandlung nunmehr aus. Auch der Umstand, dass in Einzelfällen andere Straßenverkehrsbehörden in der Vergangenheit Sikhs aus religiösen Gründen von der Helmpflicht befreit hätten, vermittele dem Kläger keinen Befreiungsanspruch. Denn die Beklagte sei durch solche andernorts getroffenen Einzelfallentscheidungen nicht gebunden. Das Gleichheitsgebot verlange nur, dass die Beklagte in ihrem örtlichen Zuständigkeitsbereich gleichmäßig entscheide. Die Revision wurde wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen. VGH Baden-Württemberg, PM vom 04.09.2017 zu 10 S 30/16

# Verbraucher, Versicherung & Haftung

## **Gebrauchtwagenkauf: Falscher Tachostand kann Verkäufer bei Zusicherung zu Rücknahme verpflichten**

Weist ein Gebrauchtwagen einen falschen Tachostand auf, so kann der Käufer ihn zumindest dann zurückgeben, wenn der Verkäufer ihn im Kaufvertrag unter der Rubrik „Zusicherungen“ eigenhändig eingetragen hat. Dies hat das OLG Oldenburg entschieden.

Ein Mann hatte im September 2015 einen gebrauchten Mercedes für 8.000 Euro gekauft. Nach kurzer Zeit wollte er den Wagen wegen eines angeblich falschen Tachostands zurückgeben. Der Verkäufer verweigerte die Rücknahme. Die Parteien zogen vor Gericht.

Der gerichtliche Sachverständige konnte feststellen, dass das Fahrzeug bereits Anfang 2010 eine Laufleistung von über 222.000 Kilometern aufgewiesen hatte. Verkauft wurde es im September 2015 dann mit einem Tachostand von 160.000 Kilometern. Das Landgericht Oldenburg verpflichtete den Verkäufer daher zur Rücknahme des Wagens.

Das OLG hat diese Entscheidung bestätigt. Der Beklagte könne sich nicht darauf berufen, dass er den Tachostand lediglich „laut Tacho“ angegeben und selbst keine eigene Kenntnis von der tatsächlichen Laufleistung gehabt habe, weil er den Wagen selbst gebraucht gekauft hatte. Zwar müsse im Rechtsverkehr zwischen einer Garantie und einer bloßen Beschaffenheitsangabe unterschieden werden. Bei einem Verkauf zwischen Privatleuten könne der Käufer auch nicht ohne Weiteres davon ausgehen, dass der Verkäufer den von ihm angegebenen Tachostand auf seine Richtigkeit überprüft habe.

Im vorliegenden Fall aber hatte der Verkäufer die Laufleistung im Kaufvertrag unter der Rubrik „Zusicherungen des Verkäufers“ eigenhändig eingetragen. Er habe damit ausdrücklich eine Garantie übernommen, an der er sich festhalten lassen müsse, so das OLG. Der Käufer dürfe daher das Auto zurückgeben und erhalte den Kaufpreis erstattet. Oberlandesgericht Oldenburg, Urteil vom 18.05.2017, 1 U 65/16

## **„Ruckeliges“ Wohnmobil: Kaufvertrag kann rückabgewickelt werden**

Ein Ehepaar hatte von einem Händler ein Wohnmobil für rund 42.000 Euro gekauft. Von Anfang an, so das Ehepaar, hätte das Wohnmobil beim Start „geruckelt“. Deswegen wollte es den Kaufvertrag rückgän-

gig machen. Der Händler vertrat die Auffassung, ein zeitweiliges Ruckeln stelle keinen Sachmangel im Rechtssinne dar. So etwas sei als reiner „Komfortmangel“ hinzunehmen und letztlich unerheblich.

Das Ehepaar klagte und bekam vor dem Landgericht Aurich Recht. Dieses Urteil hat das OLG Oldenburg im Wesentlichen bestätigt. Nach den Feststellungen eines gerichtlichen Sachverständigen trete bei Fahrten bei Außentemperaturen zwischen 13 und 18 Grad Celsius und bei einer Motordrehzahl zwischen 1.500 und 2.000 Umdrehungen kurz vor Erreichen der Betriebstemperatur ein Motorruckeln auf, das mit Erreichen der Betriebstemperatur wieder verschwinde. Dies entspreche nicht den berechtigten Erwartungen eines verständigen Käufers und stelle daher einen Mangel da, so das OLG. Dabei falle ins Gewicht, dass es sich vorliegend um ein Neufahrzeug zu einem nicht unerheblichen Preis handle. Es liege auch nicht nur ein „Komfortmangel“ vor, zumal während des Ruckelns die Zugkraft des Motors spürbar unterbrochen werde und daher zeitweise nur eine reduzierte Motorkraft vorhanden sei.

Der Mangel sei auch nicht geringfügig und damit unerheblich. Denn nach den Feststellungen des Sachverständigen sei bei den in Deutschland üblichen Temperaturen fast bei jedem Kaltstart mit einem Ruckeln zu rechnen. Darüber hinaus sei die eigentliche Ursache nicht geklärt, weshalb die Eheleute die berechtigte Befürchtung haben dürften, dass es langfristig zu Motorschäden kommen könne.

Vor diesem Hintergrund könnten die Eheleute die Rückabwicklung des Kaufvertrages verlangen, so das OLG. Für die Zeit, die sie das Wohnmobil bereits genutzt haben, müssten sie sich allerdings einen Betrag als so genannten Gebrauchsvorteil anrechnen lassen.

Oberlandesgericht Oldenburg, Urteil vom 27.04.2017, 1 U 45/16

## **Hausrat in Sammelgarage: Ausschluss von Versicherungsschutz nicht überraschend**

Der Kläger hat einen Tiefgaragenstellplatz in München angemietet. Die Tiefgarage ist eine Sammelgarage mit circa 100 Plätzen, wobei der Stellplatz des Klägers zusammen mit dem Nachbarstellplatz als Doppelstellplatz mit Gitterstäben umzäunt und mit einem Doppeltor versehen ist. Am 29.10.2013 stellte der Kläger fest, dass seine in der Garage gelagerten vier Winterreifen mit Alufelgen fehlten. Der Mieter der Nachbargarage hatte bereits am 24.10.2013 das Fehlen auch seiner



Winterreifen bemerkt. Der Kläger verlangt den Wert der entwendeten Reifen von seiner Hausratsversicherung ersetzt. Er macht einen Schaden von 1.333 Euro geltend. Die Hausratsversicherung weigert sich zu zahlen. Sie meint, aufgrund der Versicherungsbedingungen nicht leistungspflichtig zu sein.

In § 10 der Versicherungsbedingungen heißt es in Nummer 2: „Versicherungsort ist die im Versicherungsvertrag bezeichnete Wohnung des Versicherungsnehmers. Zur Wohnung gehören auch die Räume in Nebengebäuden auf demselben Grundstück.

Versicherungsschutz besteht auch in Garagen in der Nähe des Versicherungsortes, soweit sie ausschließlich vom Versicherungsnehmer oder einer mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebenden Person zu privaten Zwecken genutzt werden ...“

Die Klage hatte keinen Erfolg. Der Doppelstellplatz sei vom Versicherungsschutz nicht umfasst, entschied das AG München. Es bestehe kein Versicherungsschutz für Garagenstellplätze, die nicht durch entsprechende Vorrichtungen, sondern nur durch eine Markierung abgetrennt sind. Da der zweite Stellplatz, der neben dem Stellplatz des Klägers liege, nicht von diesem allein oder einer mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebenden Person zu privaten Zwecken genutzt werde, würde durch die Versicherung kein Schutz gewährt. Vielmehr hätten durch den zweiten Mieter weitere, dem Kläger nicht bekannte Personen Zugang zu seinem Garagenplatz. Dieser verliere damit die auf den Kläger zugeschnittene Privatatmosphäre. Die in die Garage des Klägers eingebrachten Dinge unterlägen durch die Doppelgarage nicht mehr allein dem Zugriff und Verantwortungsbereich des Klägers.

Die entsprechende Versicherungsklausel sei wirksam und nicht überraschend. Denn bei Gegenständen, die in einer Sammelgarage wie bei Mehrfamilienhäusern üblich liegen, habe eine nicht überschaubare Anzahl an Personen Zugang zu den Gegenständen. Ein Schutz durch den Eigentümer sei nicht mehr gegeben. Im Übrigen sei es nicht vorrangige Aufgabe der Sammelgaragen, Autos gegen Diebstahl zu schützen, sondern vor den Witterungseinflüssen und ein geordnetes, platzsparendes Verwahren der Fahrzeuge zu bieten. Insofern sei die entsprechende Versicherungsklausel der Beklagten nicht überraschend, meint das AG München.

AG München, Urteil vom 20.12.2016, 275 C 17874/16, rechtskräftig

### Internet: „Sofortüberweisung“ darf nicht einzige angebotene Zahlungsmethode sein

Die DB Vertrieb GmbH darf bei Flugreisebuchungen über die Reiseplattform „start.de“ die „Sofortüberweisung“ nicht als einzige kostenlose Zahlungsmethode anbieten. Das hat der BGH entschieden. Auf das Urteil weist der Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) hin, der gegen die Praxis der DB Vertrieb GmbH geklagt hatte.

Das Urteil stärke die Rechte der Verbraucher beim Bezahlen im Internet, so der vzbv. Die einzige kostenlose Bezahlmöglichkeit dürfe Verbraucher nicht zwingen, gegen das Verbot ihrer Bank zu verstoßen, sensible Daten an einen externen Dienstleister zu übermitteln, kommentierte Kerstin Hoppe, Rechtsreferentin beim vzbv. „Mit diesem Gratisangebot drängte `start.de` Verbraucher in ein Haftungsrisiko.“

Die Reiseplattform der DB Vertrieb GmbH „start.de“ bot das Bezahlen mit Kreditkarte laut vzbv nur gegen ein zusätzliches Entgelt an. In dem Fall, der Anlass für die Klage des vzbv war, habe das 12,90 Euro gekostet – bei einem Reisepreis von 120,06 Euro. Allerdings habe sich auch kostenlos bezahlen lassen, allerdings nur per „Sofortüberweisung“. Hierbei habe sich ein Dialogfenster geöffnet. Eingegeben werden sollten die Kontodaten inklusive PIN und TAN. Damit habe der Anbieter, die Sofort AG, dann unter anderem den Kontostand und den Disporahmen geprüft und ermittelt, ob der Kunde andere Konten hatte.

Der BGH hat diese Praxis der DB Vertrieb GmbH nun nach Angaben des vzbv für unzulässig erklärt. Damit habe er die Ansicht des Verbandes bestätigt, wonach die einzige kostenlose Zahlungsart Verbraucher nicht dazu zwingen dürfe, mit einem nicht beteiligten Dritten in vertragliche Beziehungen zu treten und diesem hochsensible Finanzdaten zu übermitteln, zumal dies gegen die vertragliche Vereinbarung mit ihrer Bank verstoße. Den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zufolge müssten Verbraucher davon ausgehen, dass ihnen die Eingabe von PIN und TAN auf der Website eines Dritten untersagt sei. Das Geschäftsmodell „Sofortüberweisung“ könne zwar weiter betrieben werden. Den Kunden müssten jedoch weitere kostenlose Zahlungsmöglichkeiten angeboten werden.

Mit seinem Urteil hob der BGH das Berufungsurteil des OLG Frankfurt am Main auf und wies die Berufung gegen das stattgebende Urteil des LG Frankfurt am Main zurück.

vzbv Bundesverband, PM vom 19.07.2017 zu BGH, Urteil vom 18.07.2017

# Wirtschaft, Wettbewerb & Handel

## Online-Erwerb von Veranstaltungstickets: AGB dürfen keine besonderen Entgelte für Versand vorsehen

Das OLG Bremen hat Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) eines Onlineanbieters von Veranstaltungstickets für unwirksam erklärt, mit denen den Kunden des Unternehmens beim Bezug online erworbener Veranstaltungstickets für den Versand (so genannter Premiumversand) beziehungsweise den Selbstausdruck der Tickets (so genanntes Ticketdirekt) besondere Entgelte abverlangt werden.

Die Beklagte betreibt auf einem Onlineportal einen Telemediendienst, der Tickets für Veranstaltungen beschafft, vermittelt und den Kunden zur Verfügung stellt. Die Beklagte bietet für die von ihr vertriebenen Tickets unter anderem einen so genannten Premiumversand für 29,90 Euro sowie die Option „ticketdirekt“ an, bei der sich der Kunde das Ticket über den eigenen PC ausdruckt, zum Preis von 2,50 Euro. Diese Beträge werden innerhalb des Bestellvorgangs auf den „Normalpreis“ des Tickets aufgeschlagen, der nach den Geschäftsbedingungen des Anbieters bereits die gesetzliche Mehrwertsteuer, die Vorverkaufsgebühr und eine Bearbeitungsgebühr enthält.

Mit von der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen erwirktem Urteil vom 31.08.2016 hat das Landgericht (LG) Bremen die genannten Klauseln für unwirksam erklärt (1 O 969/15). Gegen dieses Urteil richtete sich die vor dem OLG Bremen geführte Berufung der Beklagten.

Das OLG hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und das Urteil des LG bestätigt. Nach seiner Auffassung handelt es sich bei den oben genannten Klauseln um so genannte Preisnebenabreden, die einer inhaltlichen Kontrolle durch die Gerichte unterworfen sind.

Die von der Beklagten verwendeten Klauseln seien intransparent. Die Option „Premiumversand“ enthalte, wie sich schon aus der mit 29,90 Euro mitgeteilten Höhe ergebe, neben den reinen Aufwendungen für den Versand des Tickets Bearbeitungsgebühren in unbekannter Höhe, obwohl derartige Gebühren bereits im so genannten Normalpreis des Tickets enthalten sein sollen. Zudem lasse sich die Beklagte damit die von ihr erbrachte Vermittlungstätigkeit vergüten, obwohl sie diese nach eigener Darstellung im Interesse des Veranstalters erbringe. Schließlich wälze die Beklagte damit Aufwand für Tätigkeiten auf den Kunden ab, die sie vertraglich ohnehin schulde beziehungsweise im eigenen Interesse erbringe.

Das Vorstehende gelte im Prinzip auch für die im so genannten ticketdirekt-Verfahren verlangte Pauschale von 2,50 Euro. Hier komme noch hinzu, dass der Beklagten bei dieser Art der Ticketübermittlung keine eigenen Aufwendungen, deren Ersatz sie möglicherweise verlangen könne, entstehen. Vielmehr übermittle sie dem Kunden bei dieser Option lediglich einen Link, mit dem der Kunde auf ohnehin im Computersystem der Beklagten vorhandene elektronische Daten zugreifen könne.

Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtsfragen hat das OLG Bremen die Revision zum Bundesgerichtshof zugelassen.

Oberlandesgericht Bremen, Urteil vom 15.06.2017, 5 U 16/16, nicht rechtskräftig

## Onlineapotheken dürfen Widerrufsrecht nicht generell ausschließen

Internetapotheken dürfen das Widerrufsrecht von Verbrauchern bei Medikamentenbestellungen nicht generell ausschließen. Eine entsprechende Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) des Portals „iPill.de“ habe das Oberlandesgericht (OLG) Naumburg für rechtswidrig erklärt, teilt der Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) mit, der in dem zugrundeliegenden Verfahren geklagt hatte.

Der Betreiber der Internetapothekes iPill.de habe in seinen AGB das Widerrufsrecht für apotheken- und verschreibungspflichtige Arzneimittel generell ausgeschlossen. Die Versandapothekes habe dies unter anderem mit der Verderblichkeit von Medikamenten begründet.

Der vzbv habe in der Klausel eine ungerechtfertigte Beschränkung des gesetzlichen Widerrufsrechts im Fernabsatzhandel gesehen und geklagt. „Verbraucher haben grundsätzlich das Recht, Bestellungen im Internet innerhalb einer bestimmten Frist zu widerrufen“, sagte dazu Heiko Dünkel, Rechtsreferent beim vzbv. Eine speziell für Medikamente geltende Ausnahme finde sich im Gesetz nicht. Diese Rechtsansicht habe nun auch das OLG Naumburg vertreten.

In dem Verfahren ging es laut vzbv darüber hinaus auch um einen vom vzbv beauftragten Testkauf von 13 Packungen des Schmerzmittels Paracetamol. Dabei handele es sich um das 25-fache der vom Hersteller angegebenen Tagesdosis, erläutern die Verbraucherschützer. Die Zeugin habe nach Absendung der Bestellung lediglich mit „o.k.“ bestäti-



gen müssen, dass sie ausreichend über die „hohen pharmazeutischen Bedenken bei der regelmäßigen hohen Einnahme von mehr als drei Packungen/Abführmittel/Schmerzmittel“ aufgeklärt wurde.

Der vzbv habe hier beanstandet, dass die Versandapotheke bei der Testbestellung einem möglichen Medikamentenmissbrauch nur unzureichend nachgegangen ist. Das OLG habe bestätigt, dass eine formelhafte Belehrung nicht ausreiche. Bei der Bestellung einer derart ungewöhnlichen Menge eines Medikaments mit Missbrauchspotential hätte die Apotheke gezielt nachfragen und die Abgabe im Zweifelsfall verweigern müssen, so der vzbv.

Verbraucherzentrale Bundesverband, PM vom 26.07.2017

### Flaschenrücknahme gegen Losausgabe nicht umsatzsteuerbefreit

Die Rücknahme von bepfandeten und unbepfandeten Flaschen und Verpackungen gegen Ausgabe von Losen stellt kein Glücksspiel dar, sodass das Rennwett- und Lotteriegesezt (RennwettLottG) nicht greift und keine umsatzsteuerbefreiten Umsätze getätigt werden. Dies hat das Finanzgericht (FG) Niedersachsen entschieden.

Gegenstand des Unternehmens der Klägerin, einer Gesellschaft, ist „die Sammlung und Verwertung von Verpackungen und Werkstoffen jeder Art.“ Das Unternehmensziel, das Müllaufkommen zu verringern und einen sorgsameren Umgang mit Rohstoffen zu erreichen, will die Klägerin realisieren, indem sie für Verbraucher entsprechende Anreize schafft, sämtliche Einwegverpackungen dem sortenreinen Wertstoffkreislauf zuzuführen. Dieser Anreiz bestehe vorliegend darin, dass keine Auszahlung des Pfandgeldes für die bepfandeten Einwegverpackungen erfolge, sondern die Erlöse aus dem Pfandaufkommen im Rahmen eines Gewinnspiels an teilnehmende Verbraucher ausgeschüttet würden. Der Verbraucher erhalte dafür statt einer Pfandgutschrift eine Losnummer, mit der an einer regelmäßigen Verlosung teilnehme. Die Gesellschaft selbst erhalte als Rücknehmer der Pfandflaschen- und -dosen eine Pfanderstattung in Höhe von 0,25 Euro pro angenommener bepfandeter Einwegverpackung.

Streitig ist, ob die Klägerin durch ihr geplantes Rücknahmesystem für bepfandete und unbepfandete Einwegverpackungen gegen Ausgabe von Losen eine Lotterie im Sinne des RennwettLottG betreibt und des-

halb gemäß § 4 Nr. 9b Umsatzsteuergesetz (UStG) umsatzsteuerbefreite Umsätze tätigt, die einen Vorsteuerabzug gemäß § 15 Absatz 2 Satz 1 Nr. 1 UStG ausschließen würden. Das FG hat dies verneint. Die von der Klägerin geplante Rücknahme der Flaschen und Verpackungen gegen Ausgabe von Losen unterfalle nicht dem RennwLottG, sodass die Klägerin zum Abzug der Vorsteuerbeträge berechtigt sei.

Das von der Klägerin geplante Rücknahmesystem für Einwegverpackungen gegen Ausgabe von Losen sei nicht als Glücksspiel anzusehen. Die von der Klägerin zurückgenommenen bepfandeten und unbepfandeten Verpackungen seien als glücksspielrechtlich unerhebliche Spieleinsätze anzusehen. Die Einwegpfandflaschen hätten je Flasche einen Wert von 0,25 Euro. Dieser Wert liege weit unterhalb der strafrechtlichen Erheblichkeitsschwelle von 0,50 Euro. Die unbepfandeten Verpackungen würden vom Verbraucher regelmäßig in der gelben Wertstofftonne (gelber Punkt) entsorgt und stellen keinen für ihn realisierbaren wirtschaftlichen Wert dar.

Das Geschäftsmodell der Klägerin sei zwar darauf gerichtet, die Teilnehmer zu animieren, möglichst viele Einwegverpackungen zurückzugeben, weil sich ihr Geschäftsmodell erst dann – wenn überhaupt – wirtschaftlich tragen dürfte. Gleichwohl hält das FG – ausgehend vom Sinn und Zweck des Glücksspielrechts – im Streitfall eine Summierung der einzelnen Einsätze im Ergebnis nicht für gerechtfertigt. Anders als zum Beispiel bei Internetauktionen, wo die Gefährdung und das Suchtpotential gerade darin bestehe, dass das Spiel auf ein Weiterbieten beziehungsweise Weiterspielen angelegt und daher mit weiteren Verlustmöglichkeiten verbunden sei, bestehe diese Gefahr im Streitfall nicht. Die Teilnehmer an dem von der Klägerin geplanten Rücknahmesystem würden die im Haushalt vorhandenen Einwegverpackungen, die sie ansonsten im Pfandautomaten (gegen 0,25 Euro) abgeben oder im „gelben Sack“ entsorgen, dem Rücknahmesystem der Klägerin zuführen. Die Zuführung dieser Verpackungen in den Wertstoffkreislauf sei umweltpolitisch sinnvoll. Das von der Klägerin hierfür geschaffene Anreizsystem (Ausgabe von Losen) setze dieses Ziel marktgerecht um. Die Veranstaltung eines Glücksspiels sei hierin nicht zu erkennen. Finanzgericht Niedersachsen, Urteil vom 17.05.2017, 5 K 307/15