

Ihre Steuerkanzlei informiert.

# SCHAUFENSTER STEUERN 05/2013

## Ehrenamt

Gesetzesänderung bringt höhere Freibeträge

## Besteuerung von Senioren

Zinserlass aus Billigkeitsgründen?

## Steuern und Abgaben

2012 in Deutschland stabil



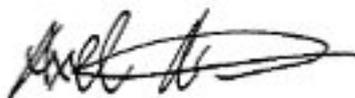
Sehr geehrte Mandanten,

wenn Wohnungen leer stehen, können verhinderte Vermieter künftig weniger Steuern sparen, da sie ihre Kosten seltener absetzen dürfen. Der BFH hat nämlich entschieden, dass Finanzbeamte strengere Grundsätze anlegen dürfen, wenn Räume oder ganze Häuser einen gähnenden Leerstand aufweisen. Die weiter laufenden Aufwendungen wie Kreditzinsen, Gebäude-Abschreibung oder Grundsteuer können zwar prinzipiell steuerlich als vorweggenommene Werbungskosten geltend gemacht werden. Doch Immobilienbesitzer hat der BFH in den Optionen des Abzugs dieser Verluste in Form von Werbungskostenüberschüssen deutlich beschränkt. Dies trifft auf all jene zu, die keine ernsthaften und nachhaltigen Vermietungsbemühungen unternehmen, so die Richter in ihrem Grundsatzurteil.

Doch auch aus anderen Gründen könnte diese Entscheidung für Vermieter und Hausbesitzer interessant sein. Denn der BFH gibt auch Hinweise über den Urteilsfall hinaus. Das sind andere Sachverhalte, in denen Wohnungen leer stehen, z.B. als Folge davon, dass es in der Region ein Überangebot an Wohnungen gibt oder eingeleitete sporadische Werbemaßnahmen für das Domizil erfolglos bleiben.

In dem aktuell vom BFH entschiedenen Fall hatte der Hausbesitzer Wohnungen jahrelang leer stehen lassen und für diese Zeit Mietverluste geltend gemacht. Diese wurden aber wegen fehlender Vermietungs- und Einkünfteerzielungsabsicht nicht anerkannt. Denn die wenigen Zeitungsannoncen im Jahr waren nicht erfolgreich, und der potentielle Vermieter passte sein Verhalten nicht den unwirksamen Angebot an. In solchen Fällen darf das Finanzamt davon ausgehen, dass die Einkünfteerzielungsabsicht aufgegeben wurde.

Eine informative Lektüre wünscht Ihnen



Axel Nährlich  
Steuerberater

Steuerberatung Nährlich  
Breiteweg 109, 39179 Barleben  
Telefon: 03920360011 | Telefax: 039203-60409  
[www.stb-naehrlich.de](http://www.stb-naehrlich.de) | [info@stb-naehrlich.de](mailto:info@stb-naehrlich.de)

# Inhalt

## Hinweis:

Die Informationen in diesem Mandantenbrief wurden sorgfältig ausgewählt und zusammengestellt. Doch beachten Sie bitte, dass dieser Service weder eine Beratung ersetzt, noch einen Beratervertrag darstellt. Bitte haben Sie deshalb Verständnis dafür, dass wir keine Gewährleistung für die Richtigkeit oder Aktualität der hier wiedergegebenen Informationen übernehmen. Bei einem Rechts- oder Steuerproblem vereinbaren Sie deshalb einen Termin in unserer Kanzlei. Nur hier erhalten Sie eine verbindliche Beratung, die auf Ihr persönliches Problem bezogen ist.

## Alle Steuerzahler

- Ehrenamt: Gesetzesänderung bringt höhere Freibeträge
- Besteuerung von Senioren: Zinserlass aus Billigkeitsgründen?
- Steuern und Abgaben: 2012 in Deutschland stabil
- Steuerhinterziehung: Nicht bei Geltendmachung eines vom Finanzamt fehlerhaft festgestellten Verlustvortrags

## Unternehmer

- Unternehmensinhaber wegen Bestechung angeklagt: Unternehmen nicht zum Vorsteuerabzug aus Strafverteidigerkosten berechtigt
- Vorsteuerabzug kann trotz falscher Rechnungsangaben aus Billigkeitsgründen in Betracht kommen
- Bürgschaftsinanspruchnahme kann zu nachträglichen Anschaffungskosten auf die Beteiligung an einer GmbH führen
- Tanken im Ausland: EuGH soll steuerliche Folgen klären

## Kapitalanleger

- Sparkassen: AGB zu Erbnachweisen unwirksam
- Kein Abschlag bei Lebensversicherungen: Kompromiss zum SEPA-Begleitgesetz erzielt
- Unwirtschaftliche Kapitalanlage: Vermittlung durch kundeneigene Anlageberater schließt Haftung des finanzierenden Kreditinstituts aus
- Nachhaltige Finanzmärkte: Transaktionssteuer und hohe Eigenkapitalpuffer unverzichtbar

## Immobilienbesitzer

- Umsatzsteuerpflicht: Energie aus Blockheizwerk im Einfamilienhaus gehört dazu
- Langjähriger Wohnungsleerstand: Richter geben Tipps zum Kostenabzug
- Nachbarn scheitern mit Eilantrag gegen Mehrfamilienhaus

## 4 Angestellte

- Arbeitszeitverringerung während Elternzeit: Auch nach einvernehmlicher Elternteilzeitregelung noch zwei Mal beanspruchbar
- Ein doppelter Haushalt setzt einen "ersten" zu Hause voraus
- Arbeitszimmer: Betragsbegrenzung lässt sich nicht pro Person vervielfältigen
- Berufliche Nutzung der zweiten Wohnung in Zweifamilienhaus: Abzugsbeschränkungen für häusliches Arbeitszimmer greifen

6

## Familie und Kinder

- Kindergeld darf gleichzeitig in mehreren EU-Staaten bezogen werden
- Unterhaltsanspruch eines minderjährigen Kindes: Ausbildungsvergütung vermindert ihn mit Beginn des Monats der ersten Auszahlung
- Streit um Studienplatz: Keine außergewöhnliche Belastung
- Unterhalt: Aus dem erlernten Beruf darf ein fiktives Gehalt berechnet werden

12

14

## Arbeit, Ausbildung & Soziales

- Krankheit im Pflegeheim kann sparen helfen – das Alter allein nicht
- Arbeitsunfall: Nicht bei Armbruch während Raucherpause
- Herkömmliches Tandem ist kein Hilfsmittel im Sinne der gesetzlichen Krankenversicherung
- Fettabsaugung: Krankenkasse muss Kosten nicht übernehmen
- Ein Trainee-Programm soll Einstieg für "Frischlinge" sein

16

## Bauen & Wohnen

- Leben im Pflegeheim: Kosten der Mietwohnung sind nicht bei der Steuer absetzbar
- Bauzaun: Umfallen begründet Anscheinsbeweis für unzureichende Sicherung
- Schwarzgeldabrede schließt Gewährleistung für mangelhafte Handwerkerleistungen aus

18

## Ehe, Familie & Erben

20

- Zugewinnausgleich: Wann die Höhe der Forderung berechnet wird
- Scheidungskosten: Nicht alles sind außergewöhnliche Belastungen
- Pflichtteilsstrafklausel im Ehegattentestament: Bindung daran verhindert wirksame Einrichtung eines Behindertentestaments nach Tod des ersten Elternteils

## Medien & Telekommunikation

22

- Leistungsschutzrecht: Bundesrat gibt grünes Licht
- Oper muss Pressefotografen keine Fotoerlaubnis für Premiere erteilen
- Widerrufsrecht besteht auch bei Online-Kursen
- Mobilfunkvertrag: 10-Euro-Pauschale für Rücklastschrift zu hoch

## Staat & Verwaltung

24

- Rechtswidriges Auskunftersuchen der Steuerfahndung: Steuerpflichtiger kann Rehabilitationsinteresse haben
- Finanzamt kann an die Insolvenzmasse erstattete Beträge nicht durch Verwaltungsakt zurückfordern
- Öffentlicher Aufruf zum "Schottern" ist strafbar
- Heimbewohnerin verschenkt Haus an Sohn: Stadt bleibt dennoch erst einmal auf Heimkosten sitzen

## Bußgeld & Verkehr

26

- Wer am Aufbauseminar kein Interesse hat, darf erst mal nicht mehr Auto fahren
- Praktische Fahrprüfung: Prüfling nach offenkundiger Täuschung bei theoretischem Teil nicht zuzulassen
- Verkehrsunfall: Schadenersatzanspruch erfasst auch Lohnnebenkosten und Sozialabgaben
- Verkehrsunfall: Schadenersatzanspruch erfasst auch Lohnnebenkosten und Sozialabgaben

## Verbraucher, Versicherung & Haftung

28

- eBay-Auktion darf bei Beschädigung der Ware vorzeitig beendet werden
- Kostenloses Probetraining: Vertragsschluss mit Fitnessstudio nicht widerrufbar
- Angabe von "Zirka-Lieferfristen" in AGB ist unzulässig
- Neuwagenkauf: Nachbesserungsverlangen schließt Berufen auf fehlende Fabrikneuheit nicht aus

## Wirtschaft, Wettbewerb und Handel

30

- Bäckereien und Konditoreien: Beiträge zu gesetzlicher Unfallversicherung dürfen gleich hoch sein
- Werbung mit durchgestrichenen "Statt"-Preisen: Bei unklarem Vergleichspreis unzulässig
- Gewinnchance "Wetter": Werbeaktion eines Möbelhauses kein Glücksspiel

# Alle Steuerzahler

## Ehrenamt: Gesetzesänderung bringt höhere Freibeträge

Nachdem der Bundesrat Anfang März 2013 das Gesetz zur Stärkung des Ehrenamtes (Ehrenamtsstärkungsgesetz) verabschiedet hat, kann es rückwirkend ab Neujahr in Kraft treten. Das Gesetz soll die steuerlichen Vorschriften handhabbarer machen und den Vereinen eine höhere zeitliche Flexibilität bei der Verwendung ihrer Mittel gewähren; darüber hinaus werden die seit Jahren unveränderten Pauschalen leicht angehoben. Die 7 wichtigsten Änderungen im Überblick:

1. Anhebung der Übungsleiterpauschale von 2.100 Euro auf 2.400 Euro: Übungsleitertätigkeiten sind nebenberufliche Tätigkeiten für eine gemeinnützige Organisation oder eine juristische Person des öffentlichen Rechts, z.B. als Ausbilder oder Betreuer.
2. Anhebung der Ehrenamtspauschale von 500 Euro auf 720 Euro: Die Ehrenamtspauschale kann für jede Art von Tätigkeit für gemeinnützige Vereine, kirchliche oder öffentliche Einrichtungen in Anspruch genommen werden, etwa für Vereinsvorstände, Platzwart, Fahrdienst von Eltern etc. Ehrenamtlich engagierte Bürger können damit künftig jährlich bis zu den Grenzen in Nr. 1 und 2 Zuwendungen erhalten, ohne dass diese Einnahmen steuer- oder sozialversicherungspflichtig sind.
3. Verlängerung der Frist um ein Jahr, in der steuerbegünstigte Körperschaften ihre Mittel verwenden müssen. Bisher mussten steuerbegünstigte Körperschaften bis zum Ablauf des auf den Zufluss folgenden Kalenderjahres erfolgen. Dies ermöglicht einen größeren und flexibleren Planungszeitraum für den Einsatz der zur Verfügung stehenden Mittel.
4. Größere Rechtssicherheit im Bereich der Bildung der Wiederbeschaffungsrücklage: Durch eine gesetzliche Regelung können steuerbegünstigte Organisationen Mittel zurücklegen, um z.B. einen alten Pkw durch einen neuen zu ersetzen. Hinsichtlich der sog. freien Rücklage gilt, dass Körperschaften künftig das nicht ausgeschöpfte Potenzial, das sie in einem Jahr in die freie Rücklage hätten einstellen können, in den folgenden zwei Jahren ausschöpfen können.
5. Erleichterungen bei den zivilrechtlichen Haftungsregeln: Im BGB wird eine Regelung eingeführt, die die Haftung von Vereinsmitgliedern oder Mitgliedern von Vereinsorganen auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt, wenn deren Vergütung 720 Euro jährlich nicht übersteigt.

6. Erleichterungen hinsichtlich der Unterstützung anderer gemeinnütziger Organisationen: Andere gemeinnützige Organisationen können in Zukunft leichter mit Kapital unterstützt werden. Dies war bisher nur in begrenztem Umfang möglich. Die Neuregelung ermöglicht vor allem die Schaffung von sog. Stiftungslehrstühlen an Universitäten.

7. Anhebung der Umsatzgrenze für sportliche Veranstaltungen um 10.000 Euro auf 45.000 Euro: Sportveranstaltungen, die sich im Rahmen dieser Umsatzgrenze bewegen, sind steuerfrei.

## Besteuerung von Senioren: Zinserlass aus Billigkeitsgründen?

Ob Senioren bei einer verspäteten Abgabe der Einkommensteuererklärung aus Billigkeitsgründen die Nachzahlungszinsen zu erlassen sind, wenn das Finanzamt ihnen zuvor mehrfach mitgeteilt hatte, dass sie nicht mehr zur Abgabe der Steuererklärung verpflichtet sind und sie im Vertrauen darauf keine Steuererklärung mehr eingereicht haben, soll in einem Musterverfahren geklärt werden. Hierauf weist der Bund der Steuerzahler hin, der das Musterverfahren unterstützt.

Die Kläger sind Rentner. Im Einkommensteuerbescheid für das Jahr 1997 wurde ihnen unter dem Punkt „Erläuterungen – Besonders wichtig“ mitgeteilt, dass sie keine Einkommensteuererklärung mehr abgeben müssen. In der Folgezeit fragten die Kläger beim Finanzamt mündlich nach, ob diese Regelung noch immer gilt. Das Finanzamt bestätigte den Hinweis im Einkommensteuerbescheid mündlich. Im Vertrauen auf diese Auskunft gaben die Kläger keine Einkommensteuererklärung mehr ab.

Im Jahr 2011 forderte sie das Finanzamt auf, die Einkommensteuererklärungen für die Jahre 2005 bis 2010 abzugeben. Das Finanzamt setzte daraufhin Steuern und Nachzahlungszinsen fest. Die Kläger machen geltend, dass die Finanzverwaltung an der verspäteten Abgabe der Einkommensteuererklärungen eine Mitschuld trifft und begehren daher den Erlass der Nachzahlungszinsen. Das Finanzamt lehnte dies ab.

Ob diese Ablehnung ermessensfehlerfrei war, soll nun gerichtlich geklärt werden. Ein entsprechendes Musterverfahren läuft nach Angaben des Bundes der Steuerzahler vor dem Finanzgericht Düsseldorf.

Bund der Steuerzahler, PM vom 12.03.2013 zum Verfahren vor dem Finanzgericht Düsseldorf, 12 K 2776/12 AO



## Steuern und Abgaben: 2012 in Deutschland stabil

Der Anteil von Steuern und Abgaben an den Gesamtarbeitskosten, der sogenannte Steuerkeil, ist in Deutschland 2012 je nach Familienkonstellation gleich geblieben oder leicht gestiegen. Das Einkommen eines unverheirateten Angestellten ohne Kind und mit durchschnittlichem Verdienst wurde wie im Jahr 2011 mit 49,8 Prozent belastet. Für Alleinerziehende mit zwei Kindern und unterdurchschnittlichem Einkommen sowie für Einverdienerpaare mit zwei Kindern und Durchschnittsverdienst stieg die Belastung um jeweils 0,2 Prozentpunkte, das heißt auf 31,4 beziehungsweise 34,2 Prozent. Dies geht aus vorab erhältlichen Daten der Studie der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) „Taxing Wages – 2013“ hervor. Die Studie wird nach Angaben der OECD im Mai 2013 komplett veröffentlicht.

Insgesamt hat sich die Steuer- und Abgabenlast laut Studie im Jahr 2012 in 19 von 34 OECD-Ländern erhöht. Am massivsten seien die Steigerungen in den Niederlanden, Polen und der Slowakei ausgefallen. Hier seien die Sozialabgaben nach oben gegangen. Auch Spanier und Australier seien um Einiges stärker belastet, was dort nach Angaben der OECD allerdings vor allem Resultat höherer gesetzlicher Einkommenssteuersätze war.

Die OECD teilt mit, dass die diesjährige Ausgabe von „Taxing Wages“ von einem Arbeitspapier begleitet wird, das sich mit der Frage beschäftigt, wie progressiv die Steuer- und Abgabensysteme in der OECD sind. Progressive Systeme zeichneten sich dadurch aus, dass die Gesamtbelastung mit zunehmendem Einkommen steigt, während bei regressiven Systemen der Steuerkeil jenseits einer bestimmten Lohnstufe wieder kleiner wird. Im Großen und Ganzen seien die Systeme aller OECD-Länder progressiv – mit Ausnahme jener in Deutschland, Österreich und Spanien.

In den beiden deutschsprachigen Ländern sei der Anteil an Steuern und Abgaben beim anderthalbfachen Durchschnittseinkommen am höchsten und gehe dann wieder zurück. Diese Dynamik herrsche sowohl bei Alleinstehenden mit und ohne Kind als auch bei Ehepaaren. Sie sei im Wesentlichen auf Bemessungsgrenzen zurückzuführen, ab denen Sozialversicherungsbeiträge nicht weiter steigen. In den meisten OECD-Ländern profitierten vor allem die unteren Einkommensstufen von

Steuerfreibeträgen und -gutschriften oder von Kindergeld. Auch die Systeme in Deutschland und Österreich entlasteten ärmere Familien mit Kindern verhältnismäßig stärker als Kinderlose.

Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, PM vom 26.03.2013

## Steuerhinterziehung: Nicht bei Geltendmachung eines vom Finanzamt fehlerhaft festgestellten Verlustvortrags

Wer eine fehlerfreie Steuererklärung abgegeben und durch einen Fehler des Finanzamts einen Bescheid über die Feststellung eines verbleibenden Verlustvortrags erhalten hat, begeht keine Steuerhinterziehung, wenn er in der Einkommensteuererklärung für ein Folgejahr den festgestellten Verlustvortrag in Anspruch nimmt.

Der Kläger hatte für Veranlagungszeiträume vor den Streitjahren fehlerfrei positive Einkünfte erklärt, die das Finanzamt fehlerhaft als negative Einkünfte erfasst und einen verbleibenden Verlustvortrag festgestellt hatte. In der Einkommensteuererklärung für den Streitzeitraum nahm er den festgestellten Verlustvortrag zunächst in Anspruch, erklärte dann aber unter Abgabe einer strafbefreienden Erklärung im Sinne des StraBEG (Gesetz über die strafbefreiende Erklärung), er habe damit eine Steuerhinterziehung begangen und deshalb für die zu Unrecht nicht besteuerten Einnahmen (nur) eine Abgabe in Höhe von 25 Prozent dieser Einnahmen zu zahlen.

Der BFH hat die Auffassung des Finanzgerichts bestätigt, das mangels Straftat die Voraussetzungen für die Abgabe einer strafbefreienden Erklärung verneint hatte. Die Einkommensteuererklärungen für die Vorjahre hätten zutreffend positive Einkünfte ausgewiesen. Auch die Erklärungen für die Folgejahre seien weder unrichtig noch unvollständig. Denn die Bestandskraft des Verlustfeststellungsbescheids berechtige dazu, den materiell unzutreffend festgestellten Verlustvortrag in Anspruch zu nehmen. Insbesondere sei der Kläger nicht dazu verpflichtet gewesen, das Finanzamt auf die Fehlerhaftigkeit des Bescheids hinzuweisen, da er seine Erklärungspflichten vollständig und richtig erfüllt hatte.

Bundesfinanzhof, Urteil vom 04.12.2012, VIII R 50/10

# Unternehmer

## **Unternehmensinhaber wegen Bestechung angeklagt: Unternehmen nicht zum Vorsteuerabzug aus Strafverteidigerkosten berechtigt**

Ein Unternehmen, dessen Inhaber und Mitarbeiter sich zur Erlangung von Aufträgen möglicherweise wegen Bestechung oder Vorteilsge-währung strafbar gemacht haben, ist aus den zur Abwehr dieser Vorwürfe angefallenen Strafverteidigungskosten nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt. Dies hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) auf eine Vorlage des Bundesfinanzhofes (BFH) hin entschieden.

Im zugrunde liegenden Fall ging es um den Einzelunternehmer und Mehrheitsgesellschafter X einer GmbH, der auch Geschäftsführer der GmbH war. Zwischen ihm und der GmbH bestand ein Organschaftsvertrag im Sinne des Umsatzsteuergesetzes. Infolgedessen wurde die GmbH und X als ein Steuerpflichtiger behandelt, wobei X als „Organträger“ die steuerrechtlichen Verpflichtungen des aus seinem Einzelunternehmen und der GmbH bestehenden Gesamtunternehmens trafen.

Gegen X wurde wegen Bestechung bei der Erlangung eines Bauauftrags ermittelt. Nachdem die Verfahren gegen Zahlung von Geldbeträgen eingestellt worden waren, nahm X „als Organträger“ aus den für seine Strafverteidigung aufgewendeten Kosten den Vorsteuerabzug vor. Dem trat das Finanzamt entgegen, während das Finanzgericht dem Anliegen des X entsprach. Der BFH brachte die Sache vor den EuGH. Dieser hat entschieden, dass für die Feststellung, ob Gegenstände und Dienstleistungen von einem Steuerpflichtigen „für Zwecke seiner besteuerten Umsätze“ verwendet wurden, sich das Vorliegen eines direkten und unmittelbaren Zusammenhangs zwischen einem konkreten Umsatz und der gesamten Tätigkeit des Steuerpflichtigen nach dem objektiven Inhalt der von ihm bezogenen Gegenstände oder Dienstleistungen bestimme. In dem Fall, der dem Vorabentscheidungsersuchen des BFH zugrunde liege, eröffneten die Anwaltsdienstleistungen, deren Zweck darin besteht, strafrechtliche Sanktionen gegen natürliche Personen, die Geschäftsführer eines steuerpflichtigen Unternehmens sind, zu vermeiden, diesem Unternehmen danach keinen Anspruch auf Abzug der für die erbrachten Leistungen geschuldeten Mehrwertsteuer als Vorsteuer.

Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 21.02.2013, C-104/12

## **Vorsteuerabzug kann trotz falscher Rechnungsangaben aus Billigkeitsgründen in Betracht kommen**

Wenn die materiellen Voraussetzungen des Vorsteuerabzugs nach § 15 Umsatzsteuergesetz (UStG) wegen unzutreffender Rechnungsangaben nicht vorliegen, kann im Billigkeitsverfahren ausnahmsweise nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatz des Vertrauensschutzes ein Vorsteuerabzug in Betracht kommen. Dies setzt voraus, dass der den Vorsteuerabzug begehrende Unternehmer gutgläubig war und alle Maßnahmen ergriffen hat, die vernünftigerweise von ihm verlangt werden können, um sich von der Richtigkeit der Angaben in der Rechnung zu überzeugen. Auch muss seine Beteiligung an einem Betrug ausgeschlossen sein. Dies hat das Finanzgericht (FG) Hamburg entschieden. Soweit gemeinschaftsrechtliche Regelungen eine Billigkeitsmaßnahme erforderten, sei das in § 163 Abgabenordnung (AO) beziehungsweise § 227 AO eingeräumte Ermessen auf Null reduziert, heißt es in dem Urteil weiter. Es entspreche den Vorgaben des europäischen Rechts, dass dem Unternehmer grundsätzlich der Vorsteuerabzug zu gewähren ist und ihm dies nur in Ausnahmefällen verweigert werden kann. Auch entspreche es der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH), dass für das Vorliegen einer solchen Ausnahme das Finanzamt darlegungs- und beweislasterpflichtig ist.

Es entspreche ebenfalls der Rechtsprechung des EuGH, dass die Bekämpfung von Steuerhinterziehungen, Steuerumgehungen und et-waigen Missbräuchen ein Ziel ist, das von der Richtlinie 2006/112 anerkannt und gefördert wird. Der Rechtsbürger kann sich laut FG Hamburg deshalb nicht auf die Bestimmungen des Unionsrechts berufen, wenn er dies in betrügerischer oder missbräuchlicher Absicht tut. Finanzgericht Hamburg, Urteil vom 21.12.2012, 6 K 33/11

## **Bürgschaftsinanspruchnahme kann zu nachträglichen Anschaffungskosten auf die Beteiligung an einer GmbH führen**

Die Bürgschaftsinanspruchnahme eines GmbH-Gesellschafters kann zu nachträglichen Anschaffungskosten auf seine Beteiligung führen. Dies zeigt ein vom Finanzgericht (FG) Düsseldorf entschiedener Fall. Der Kläger war Gesellschafter-Geschäftsführer einer Bauträger-GmbH



und musste 1999 gegenüber der finanzierenden Bank eine unbeschränkte selbstschuldnerische Bürgschaft zur Sicherung der Verbindlichkeiten der GmbH übernehmen. Nachdem er aus der Bürgschaft in Höhe von rund 700.000 Euro in Anspruch genommen und die Gesellschaft im Jahr 2008 im Handelsregister gelöscht worden war, begehrte er, den Auflösungsverlust um diesen Betrag zu erhöhen. Das beklagte Finanzamt verweigerte den Abzug.

Das Finanzgericht Düsseldorf hat den erforderlichen eigenkapitaleretzenden Charakter der Bürgschaft bejaht und der Klage stattgegeben. Es handele sich um eine sogenannte Krisenbürgschaft. Zwar reiche es nicht aus, wenn die Gesellschaft einen Bankkredit zu marktüblichen Konditionen routinemäßig nur unter der Bedingung erhalte, dass sich der Gesellschafter hierfür persönlich verbürge. Kreditwürdigkeit sei aber gegeben, wenn – wie im Streitfall – die Gesellschaft selbst nicht über ausreichende Sicherheiten verfüge, um sich am Kapitalmarkt zu finanzieren. Dabei sei eine objektive Betrachtungsweise geboten.

Das Finanzgericht Düsseldorf hat die Revision zum Bundesfinanzhof zugelassen.

### Tanken im Ausland: EuGH soll steuerliche Folgen klären

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) soll klären, welche steuerlichen Folgen es hat, wenn Unternehmer im Ausland tanken. Dies fordert das Finanzgericht (FG) Düsseldorf.

Hintergrund der Vorlage ist, dass Fuhrunternehmer in ihre Fahrzeuge durch Karosseriebauer häufig Kraftstoffbehälter einbauen lassen, die ein größeres Fassungsvermögen als die vom Hersteller des Lkw eingebauten Kraftstoffbehälter haben. Anlass hierfür ist regelmäßig, dass Lkws durch Karosseriebauer entsprechend der individuellen Bedürfnisse des jeweiligen Fuhrunternehmers zum Beispiel zum Transport von Containern, Pkws oder Ähnlichem ausgestattet werden. Zu Problemen kann es laut FG aber führen, wenn das Unternehmen auch im europäischen Ausland tanken lässt und mit dem getankten Kraftstoff nach Deutschland fährt.

In dem Verfahren vor dem FG Düsseldorf geht es um einen Lkw, in dem nach Auslieferung durch den Hersteller durch einen Karosseriebauer der ursprüngliche Tank versetzt und zugleich ein weiterer Tank

mit einem Fassungsvermögen von 780 Litern eingebaut wurde. Der Umbau war notwendig, um den Lkw mit Containern beladen zu können. Eine entsprechende Umrüstung durch den Hersteller wäre nicht üblich gewesen. Die Spedition, die das Fahrzeug nutzte, betankte es in den Niederlanden. Nach den Betankungen überquerte der Fahrer des Fahrzeugs unmittelbar die Grenze nach Deutschland, um Fahrten im Inland durchzuführen. Die Zollverwaltung setzte gegenüber der Spedition Energiesteuer für den in den beiden Tanks eingeführten Diesel fest. Es greife keine Steuerbefreiung ein, da beide Tanks nicht serienmäßig eingebaut worden seien. Dagegen klagte die Spedition.

Das FG hat das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH den Fall zur Entscheidung vorgelegt. Zwar sei Energiesteuer festzusetzen, wenn Dieselmotorkraftstoff in das Inland verbracht werde. Allerdings sei der Kraftstoff von der Steuer befreit, wenn und soweit er in einem regulären, vom Hersteller eingebauten Tank befördert werde. Nachträglich eingebaute, vergrößerte oder weitere Tankbehälter fielen nicht unter die Steuerbefreiung. Es sei aber europarechtlich zweifelhaft, ob nur vom Hersteller des Fahrzeugs eingebaute Tanks von der Steuerbefreiung erfasst würden. Denn an der Herstellung eines Lkw seien häufig mehrere Unternehmen beteiligt, um das Fahrzeug entsprechend den Anforderungen des Fuhrunternehmens herzurichten. Es spreche daher vieles dafür, die Steuerbefreiung auch auf von Vertragshändlern oder Karosseriebauern eingebaute Behälter zu erstrecken. Zudem handele es sich beim Tanken im Ausland in diesen Fällen nicht um einen typischen Fall eines steuerlichen Missbrauchs, sondern um die Nutzung der Preisunterschiede in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten.

Ganz anders könnten allerdings die Fälle zu beurteilen sein, in denen sich Privatpersonen vergrößerte oder zusätzliche Tanks in ihren Pkw einbauen lassen und dann im grenznahen Ausland tanken, warnt Nils Trossen, Pressesprecher des FG allerdings. „Wird in diesen Fällen gezielt ausländischer Kraftstoff für Fahrten im Inland genutzt, haben die Fahrer mit der Festsetzung von Energiesteuer zu rechnen. In größeren oder wiederholten Fällen kann sogar mit steuerstrafrechtlichen Ermittlungen zu rechnen sein.“

Finanzgericht Düsseldorf, 4 K 3691/12 VE

# Kapital- anleger

## Sparkassen: AGB zu Erbnachweisen unwirksam

Die Klauseln Nr. 5 (1) Satz 1 und Satz 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Sparkassen zu Erbnachweisen sind unwirksam, weil sie die Vertragspartner der Sparkasse entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Dies hat das Oberlandesgericht (OLG) Hamm auf eine Klage des Bundesverbandes der Verbraucherzentralen entschieden.

Im konkreten Fall hatte der Verband von einer Sparkasse aus dem Ennepe-Ruhr-Kreis verlangt, es zu unterlassen, folgende AGB-Klauseln zu Erbnachweisen zu verwenden: „Nach dem Tod des Kunden kann die Sparkasse zur Klärung der rechtsgeschäftlichen Berechtigung die Vorlegung eines Erbscheins, eines Testamentsvollstreckerzeugnisses oder ähnlicher gerichtlicher Zeugnisse verlangen; fremdsprachige Urkunden sind auf Verlangen mit deutscher Übersetzung vorzulegen. Die Sparkasse kann auf die Vorlegung eines Erbscheins oder eines Testamentsvollstreckerzeugnisses verzichten, wenn ihr eine Ausfertigung oder eine beglaubigte Abschrift von Testament oder Erbvertrag des Kunden sowie die Niederschrift über die zugehörige Eröffnungsverhandlung vorgelegt wird.“

Das OLG hat die beiden Klauseln für unwirksam erachtet und die Beklagte zur Unterlassung verurteilt. Die Klauseln wichen von der gesetzlichen Regelung ab, nach der ein Erbe sein Erbrecht nicht nur durch einen Erbschein, sondern auch in anderer Form nachweisen könne. Durch die Klauseln werde der Vertragspartner der Sparkasse entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Ein durchschnittlicher Bankkunde verstehe die Regelung des Satzes 1 so, dass die Sparkasse die Vorlage eines Erbscheins unabhängig davon beanspruchen könne, ob im konkreten Einzelfall das Erbrecht auch auf andere Weise nachgewiesen werden könne. Nach dem Satz 2 sei die Sparkasse in ihrer Entscheidung völlig frei, ob sie bei Vorliegen der Voraussetzungen dieses Satzes auf die Vorlage eines Erbscheins verzichte oder nicht.

Mit diesen Inhalten seien die Klauseln mit dem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar. Zu Unrecht lasse sich die Sparkasse ein Recht auf Vorlage eines Erbscheins unabhängig davon einräumen, ob das Erbrecht im konkreten Einzelfall überhaupt zweifelhaft sei, ob es auch anders als durch die Vorlage eines Erbscheins

nachgewiesen werden könne oder ob das Verlangen nach der Vorlage eines Erbscheins möglicherweise rechtsmissbräuchlich sei, weil das Konto nur ein sehr geringes Guthaben aufweise. Weder Erblasser noch Erbe hätten in diesen Fällen an einem Erbschein ein Interesse. Anders die Sparkasse, weil sie sich nach der Vorlage des Erbscheins auf dessen Richtigkeit berufen könne. Diesem Interesse sei aber nicht durch das in den AGB statuierte unbeschränkte Wahlrecht, sondern durch eine differenzierte Betrachtung der jeweiligen Fälle Rechnung zu tragen. Oberlandesgericht Hamm, Urteil vom 01.10.2012, I-31 U 55/12, nicht rechtskräftig (Aktenzeichen beim BGH: XI ZR 401/12)

## Kein Abschlag bei Lebensversicherungen: Kompromiss zum SEPA-Begleitgesetz erzielt

Der Vermittlungsausschuss hat einen Kompromiss zum SEPA-Begleitgesetz erzielt. Danach sollen die umstrittenen Regelungen zur reduzierten Beteiligung der Verbraucher an den Bewertungsreserven der Lebensversicherer aus dem Gesetz gestrichen werden. Die von vielen Bürgern befürchteten finanziellen Einbußen bei aktuell auslaufenden oder gekündigten Versicherungsverträgen träten somit nicht ein, so der Bundesrat.

Der Bundestag hatte die Neuregelung zu den Bewertungsreserven erst im November 2012 kurzfristig an einen Gesetzentwurf der Bundesregierung angehängt, der ursprünglich lediglich Vorschriften zur Verwirklichung des einheitlichen europäischen Zahlungsverkehrs (SEPA) enthielt. Der Vermittlungsausschuss schlägt vor, die Neuregelung, die heftig kritisiert worden war, nun wieder rückgängig zu machen.

Mit einer Verordnung soll die Bundesregierung zudem die freien Rückstellungen der Versicherer neu regeln, um einen besseren Ausgleich zwischen Alt- und Neukunden zu schaffen. Hierbei erhalten die Länder ein Mitspracherecht. Die unstreitigen Vorschriften zur Umsetzung eines EuGH-Urteils zu Unisex-Tarifen verbleiben nach dem Vermittlungsvorschlag im Gesetz. Sie sollen rückwirkend zum 21.12.2012 in Kraft treten.

Bundesrat, PM vom 26.02.2013



### Unwirtschaftliche Kapitalanlage: Vermittlung durch kundeneigenen Anlageberater schließt Haftung des finanzierenden Kreditinstituts aus

Der Verbraucher trägt das Risiko, wenn ein von ihm beauftragter Anlageberater ihm eine unwirtschaftliche Kapitalanlage vermittelt. Er hat dann keinen Schadenersatzanspruch gegen das Kreditinstitut, das das Anlagegeschäft finanziert, wie das Oberlandesgericht (OLG) Hamm entschieden hat.

Eine vom Kläger beauftragte Kapitalanlageberaterin vermittelte ihm zu Steuersparzwecken den kreditfinanzierten Erwerb von Immobilien. Durch ihre Vermittlung erwarb der Kläger mit einem vom beklagten Kreditinstitut gewährten Darlehen Immobilien. Die Kapitalanlageberaterin fiel in Insolvenz. Der Kläger konnte die Immobilien nur zu einem Betrag veräußern, der seine Darlehensverbindlichkeiten nicht abdeckte. Er hat die gerichtliche Feststellung begehrt, dass er der Beklagten den restlichen Darlehensbetrag in Höhe von rund 115.000 Euro nicht zurückzahlen muss. Die Beklagte sei schließlich ebenfalls dafür verantwortlich, dass er den Kredit für ein unwirtschaftliches Anlagegeschäft aufgenommen habe.

Das OLG Hamm hat das Schadenersatzbegehren des Klägers zurückgewiesen. Der Beklagten sei keine fehlerhafte Anlageberatung vorzuwerfen. Bei der Kapitalanlage sei der Kläger durch die von ihm beauftragte Anlageberaterin und nicht durch die Beklagte beraten worden. Die Beklagte habe das Anlageobjekt nicht veräußert und nicht vertrieben. Ihre Kenntnis von einem unlauteren Vorgehen der Beraterin oder ihr unlauteres Zusammenwirken mit derselben seien nicht feststellbar. Die Beklagte hafte auch nicht aufgrund einer Aufklärungspflichtverletzung. Als finanzierendes Kreditinstitut habe sie den Kläger weder über Gefahren und Risiken bei der Verwendung des Darlehens noch darüber aufzuklären, ob das zu finanzierende Geschäft wirtschaftlich rentabel oder zweckmäßig sei. Der Kreditnehmer trage das Risiko einer für ihn unwirtschaftlichen Anlage. Die Voraussetzungen dafür, dass die Beklagte den Kläger abweichend von diesen Grundsätzen aufgrund besonderer Umstände ausnahmsweise habe aufklären müssen, lägen nicht vor.

Oberlandesgericht Hamm, Urteil vom 15.01.2013, I-34 U 3/12, nicht rechtskräftig

### Nachhaltige Finanzmärkte: Transaktionssteuer und hohe Eigenkapitalpuffer unverzichtbar

Die Finanztransaktionssteuer und hohe Eigenkapitalpuffer sind die wichtigsten Bausteine für ein nachhaltiges Finanzsystem. Zu diesem Ergebnis kommt Forschungsdirektorin Dorothea Schäfer in einer aktuellen Analyse des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung (DIW Berlin).

Sie weist darauf hin, dass Nachhaltigkeit „jedoch mehr als Stabilität“ umfasse: „Ein nachhaltiges Finanzsystem kann kurzfristig instabil sein, kehrt aber von selbst wieder in einen stabilen Zustand zurück, ohne dass der Steuerzahler einspringen muss.“ Umgekehrt sei ein stabiles Finanzsystem nicht unbedingt nachhaltig. So setze eine implizite Staatsgarantie Anreize zu hochriskanten Geschäften, die das System leicht zum Zusammenbruch führen könnten.

Ebenso wie eine intakte Umwelt, sei auch die Stabilität des Finanzmarktes als ein öffentliches Gut zu begreifen. Zu den wichtigsten Prinzipien der Nachhaltigkeit zählten vor allem Langfristorientierung und Internalisierung der Nutzungskosten (Verursacherprinzip). Die Finanztransaktionssteuer setze an diesen Kriterien an. Sie „bestrafe“ extrem kurze Haltedauern von Sekundenbruchteilen. Der geplante Steuersatz von 0,1 Prozent auf Wertpapiere und 0,01 Prozent auf Derivate sei so niedrig, dass die Steuerbelastung nur bei sehr hohen Handelsaktivitäten ins Gewicht falle.

Für ein nachhaltiges Finanzsystem seien auch hohe Eigenkapitalpuffer der Banken unverzichtbar. Nachhaltigkeit sei hier nur durch die Einführung einer echten, bilanzbezogenen Eigenkapitalquote zu erreichen, so Schäfer. Die gegenwärtig praktizierte Risikogewichtung, die die Banken selbst vornehmen, sei Ursache einer systematischen Risikounterschätzung. Darüber hinaus sei sie ein Einfallstor für politische Einflussnahme, da Interessengruppen versuchten, niedrige Risikogewichte für bestimmte Investitionen durchzusetzen – beispielsweise für erneuerbare Energien, für den Mittelstand oder für den Wohnungsbau. Im Fall eines Schocks müsse der Steuerzahler jedoch die gesamte Bankbilanz auffangen und nicht nur die mit risikogewichteten Aktiva unterlegten Teile des Fremdkapitals. Daher sollte sich auch die Eigenkapitalquote an der Gesamtbilanz ausrichten.

Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung Berlin, PM vom 20.02.2013

# Immobilien- besitzer

## Umsatzsteuerpflicht: Energie aus Blockheizwerk im Einfamilienhaus gehört dazu

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat jetzt private Stromerzeuger beim Eigenverbrauch finanziell entlastet, die im Keller ihres Einfamilienhauses ein Blockheizkraftwerk betreiben und Strom ins Netz und die eigenen vier Wände einspeisen. Die Immobilieneigentümer müssen die Umsatzsteuer für den Eigenbedarf statt auf Basis der relativ hohen Selbstkosten nur auf Grundlage des fiktiven Einkaufspreises bezahlen, heißt es in einem am 27. Februar 2013 in München veröffentlichten Urteil (Az. XI R 3/10).

Der BFH hat zunächst seine bisherige Rechtsprechung bestätigt, dass der Betreiber eines Blockheizkraftwerks im selbstgenutzten Einfamilienhaus umsatzsteuerrechtlich Unternehmer ist, wenn er den Strom teilweise, regelmäßig und nicht nur gelegentlich gegen Entgelt in das allgemeine Stromnetz einspeist (Az. XI R 3/10).

Der BFH hat darüber hinaus nunmehr hinsichtlich der umweltfreundlichen Stromproduktion entschieden, dass die Verwendung der erzeugten Energie – Strom und Wärme – für den eigenen Bedarf dann als Entnahme der Umsatzbesteuerung von 19 Prozent zu unterwerfen ist, wenn der Hausbesitzer als Unternehmer zuvor die auf den Anschaffungskosten des Blockheizkraftwerks ruhende Umsatzsteuerbelastung als Vorsteuerabzug steuerlich geltend gemacht hat. Im Einzelnen sendet der BFH mit dem Urteil folgende drei Botschaften aus:

- Erzeugt der Betreiber eines Blockheizkraftwerks in einem Einfamilienhaus neben Wärme auch Strom, den er teilweise, regelmäßig und nicht nur gelegentlich gegen Entgelt in das allgemeine Stromnetz einspeist, ist er umsatzsteuerrechtlich Unternehmer.
- Hat der Betreiber den Vorsteuerabzug aus der Anschaffung des Blockheizkraftwerks geltend gemacht, liegt in der Verwendung von Strom und Wärme für den Eigenbedarf eine der Umsatzbesteuerung unterliegende Entnahme.
- Bemessungsgrundlage der Entnahme von Strom und Wärme für den Eigenbedarf sind die für die Strom- und Wärmeerzeugung mit dem Blockheizkraftwerk angefallenen sog. Selbstkosten nur dann, soweit ein Einkaufspreis für Strom und Wärme nicht zu ermitteln ist.

### Hinweis

*Diese Umsatzsteuerpflicht für die Entnahme gilt nach der aktuellen BFH-Entscheidung allerdings nicht für die Abwärme, die aus technischen Gründen nicht zur Heizung nutzbar ist.*

Der BFH hat auf die Revision des Hausbesitzers und Betreibers des Blockheizkraftwerks im selbstgenutzten Einfamilienhaus die Vorentscheidung aufgehoben und die Sache an das Finanzgericht zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen. Entgegen der Auffassung des Finanzgerichts sei auch bei selbst erzeugter Energie grundsätzlich der (fiktive) Einkaufspreis maßgebend, so der BFH klarstellend. Hierzu muss das Niedersächsische Finanzgericht weitere Feststellungen treffen.

## Langjähriger Wohnungsleerstand: Richter geben Tipps zum Kostenabzug

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat in einer am 27. März 2013 veröffentlichten weiteren Entscheidung die Grundsätze präzisiert, unter welchen Voraussetzungen Aufwendungen für langjährig leerstehende Wohnimmobilien als vorab entstandene Werbungskosten bei den Einkünften abziehbar sind (IX R 68/10). Der BFH hatte erst jüngst in vier im Wesentlichen inhaltsgleichen Urteilen (Az. IX R 14/12, IX R 39/11; IX R 40/11; IX R 41/11) die in der Praxis wichtigen Prinzipien vorgegeben, wann und unter welchen Voraussetzungen ein Vermieter seine Aufwendungen für langjährig leerstehende Wohnimmobilien abziehen kann. Wichtig ist, dass der Haus- oder Wohnungsbesitzer ernsthafte und nachhaltige Vermietungsbemühungen entfaltet.

Im jetzt entschiedenen Sachverhalt ging es um die Anerkennung von Werbungskostenüberschüssen für eine leer stehende Wohnung. Nachdem Finanzamt und Finanzgericht die Anerkennung mangels Einkünfterzielungsabsicht versagt hatten, wurde hiergegen Revision eingelegt. Laut der Richter kann jeder Steuerpflichtige grundsätzlich selbst entscheiden, wie er das von ihm angebotene Mietobjekt am Wohnungsmarkt präsentiert. Die vom Hausbesitzer im vorliegenden Urteilsfall nachweislich



- laufende Sichtung regionaler Wochenzeitungen nach Mietgesuchen
- unternommen und dann gesteigerten Reaktionen auf die Mietersuche
- vorgenommene Bewerbung des Mietobjekts

sind als ernsthafte Vermietungsbemühung anzusehen. Zwar sind für langjährig leerstehende Wohnimmobilien an die Nachhaltigkeit der Bemühungen erhöhte Anforderungen zu stellen. Diese ergeben sich im Urteilsfall daraus, dass der Immobilieneigentümer mit nahezu allen in Betracht kommenden Interessenten tatsächlich Kontakt aufgenommen hatte, betonte der BFH.

Zu Unrecht gehen Finanzamt und Finanzgericht davon aus, dass deshalb keine Vermietungsabsicht angenommen werden kann, weil Wohnungsbesitzer keine geeigneteren Schritte der Vermarktung ihres Objekts gewählt hätten. Die Frage, welche Schritte als erfolgversprechend anzusehen sind, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalles. Dabei steht dem Steuerpflichtigen ein angemessener, zeitlich begrenzter Beurteilungsspielraum zu.

Hinweis: Der nachher eingetretene Faktor, dass die eigenverantwortliche Mietersuche Erfolg hatte und zu einer ununterbrochenen und bis heute andauernden Vermietung geführt hat, ist ein Beweis dafür, dass die Vermietungsbemühungen richtig waren. Dabei ist das unter den besonderen Bedingungen zu beurteilen, nach denen eine Vermietung im strukturschwachen ländlichen immer schwierig Raum ist. Das ist mit denen in einem Ballungsraum mit erhöhter Wohnungsnachfrage nicht zu vergleichen.

Zum allgemeinen Problem des Leerstands von Wohnungen sind beim BFH noch eine Reihe von weiteren Verfahren anhängig, so etwa unter den Aktenzeichen IX R 39/11, IX R 40/11, IX R 41/11, IX R 9/12, IX R 19/11, IX R 7/10. Dabei geht es um folgende Punkte:

- Ernsthaftige Vermietungsbemühung in der Zeit des Leerstands
- Vermietungs- und gleichzeitige Verkaufsabsicht
- Leerstand bei Unter- bzw. Zwischenvermietung

### Nachbarn scheitern mit Eilantrag gegen Mehrfamilienhaus

Zwei Nachbarn sind mit ihren Eilanträgen gegen die Erteilung einer Baugenehmigung für ein Mehrfamilienhaus vor dem Verwaltungsgericht (VG) Hannover gescheitert. Hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung sei allein entscheidend, dass das Mehrfamilienhaus dem Wohnen diene. Deswegen füge es sich in die nähere Umgebung ein.

Der Bauherr beabsichtigt die Errichtung eines Mehrfamilienhauses mit acht Wohneinheiten. Dagegen wandten die Nachbarn, deren Grundstücke mit Einfamilienhäusern bebaut sind, ein, die Bebauung mit einem Mehrfamilienhaus füge sich nicht in die nähere Umgebung ein. Die Balkone erlaubten einen Einblick in die Gärten.

Das VG meint dagegen, die Baugenehmigung für das Mehrfamilienhaus verletze die Kläger nicht in ihren Rechten. Hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung füge sich das Vorhaben in die nähere Umgebung ein, da es dem Wohnen diene. Das Baurecht unterscheide insofern nicht zwischen dem Wohnen in Einfamilienhäusern und dem in Mehrfamilienhäusern. Mit der Größe des Bauvorhabens seien keine unzumutbaren Beeinträchtigungen, die allein abgewehrt werden könnten, verbunden. Halte ein Bauvorhaben – wie hier – die gesetzlich vorgeschriebenen Abstände ein, werde das sogenannte baurechtliche Rücksichtnahmegebot erst dann verletzt, wenn das Nachbargebäude „erdrückt“, „eingemauert“ oder „abgeriegelt“ werde. Das sei hier angesichts der Abstände der Gebäude zueinander nicht der Fall. Die Antragsteller könnten auch nicht verlangen, von Einblicken auf das eigene Grundstück verschont zu bleiben. Solche Einblicksmöglichkeiten lägen vielmehr in der Natur der Sache und seien regelmäßig hinzunehmen. Allenfalls unter besonders gravierenden Umständen – die hier nicht gegeben seien – sei damit eine Verletzung des Rücksichtnahmegebotes verbunden.

Gegen die Entscheidung ist die Beschwerde vor dem Niedersächsischen Obergericht zulässig.

Verwaltungsgericht Hannover, 4 B 2329/13 und 4 B 2330/13

# Angestellte

## Arbeitszeitverringerung während Elternzeit: Auch nach einvernehmlicher Elternteilzeitregelung noch zwei Mal beanspruchbar

Arbeitnehmer können nach dem Gesetz während der Gesamtdauer der Elternzeit zwei Mal eine Verringerung der Arbeitszeit beanspruchen, soweit keine einvernehmliche Regelung mit dem Arbeitgeber möglich ist. Auf diesen Anspruch sind einvernehmliche Elternteilzeitregelungen, die der Arbeitnehmer mit dem Arbeitgeber getroffen hat, nicht anzurechnen. Dies stellt das Bundesarbeitsgericht (BAG) klar.

Die Klägerin ist seit 2006 bei der Beklagten in Vollzeit beschäftigt. Sie brachte am 05.06.2008 ein Kind zur Welt und nahm zunächst für die Dauer von zwei Jahren bis zum 04.06.2010 Elternzeit in Anspruch. Am 03.12.2008 vereinbarten die Parteien die Verringerung der Arbeitszeit für den Zeitraum vom 01.01.2009 bis zum 31.05.2009 auf wöchentlich 15 Stunden und für die Zeit vom 01.06.2009 bis zum Ende der Elternzeit am 04.06.2010 auf wöchentlich 20 Stunden. Mit Schreiben vom 07.04.2010 nahm die Klägerin ab dem 05.06.2010 bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres ihres Kindes erneut Elternzeit in Anspruch und beantragte gleichzeitig, wie bisher 20 Stunden wöchentlich zu arbeiten. Die Beklagte lehnte dies ab.

Das Arbeitsgericht hat die Beklagte verurteilt, das Angebot der Klägerin auf entsprechende Vertragsänderung anzunehmen. Das Landesarbeitsgericht (LAG) hat die Klage auf die Berufung der Beklagten abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Revision der Klägerin hatte Erfolg. Dem Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit stehe entgegen der Auffassung des LAG die Vereinbarung der Parteien vom 03.12.2008 nicht entgegen, so das BAG. Einvernehmliche Elternteilzeitregelungen seien nicht auf den Anspruch auf zweimalige Verringerung der Arbeitszeit anzurechnen.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 19.02.2013, 9 AZR 461/11

## Ein doppelter Haushalt setzt einen „ersten“ zu Hause voraus

Will ein alleinstehender Arbeitnehmer, der sich am Beschäftigungsort ein Zimmer oder eine Wohnung gemietet hat, dadurch entstehende Kosten für einen „doppelten Haushalt“ steuerlich geltend machen, so

muss er nachweisen, dass er „zu Hause“ einen „eigenen Hausstand“ unterhält, an dem er sowohl finanziell als auch durch seine persönliche Mitwirkung beteiligt ist.

Das ist dem Steuerzahler hier nicht gelungen. Eine persönliche Mitwirkung beschränkte sich auf die Mithilfe im Garten, bei Instandsetzungen und beim Kontrollieren der Abrechnungen sowie der gelegentlichen Übernahme von Einkäufen. Derartige Besorgungen stellen, so das Finanzgericht Rheinland-Pfalz, „keinen maßgeblichen Beitrag an der Führung eines Hausstandes dar“, sondern seien vielmehr als übliche familiär bedingte Hilfeleistungen an die Mutter zu qualifizieren. Auch habe sich der Sohn nicht in der „für eine gemeinsame Haushaltsführung typischen und erforderlichen Weise“ finanziell am Haushalt seiner Mutter beteiligt.

FG Rheinland-Pfalz, 3 K 2338/09 vom 14.02.2012

## Arbeitszimmer: Betragsbegrenzung lässt sich nicht pro Person vervielfältigen

Die Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer können unter zwei Bedingungen abgezogen werden:

- Begrenzung auf 1.250 Euro im Jahr, wenn kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung steht, etwa bei Lehrern oder Außendienstmitarbeitern oder
- Abzug der entstandenen Aufwendungen in voller und angemessener Höhe, wenn das Arbeitszimmer den Mittelpunkt der gesamten beruflichen oder betrieblichen Betätigung bildet – etwa bei Heimarbeitern.

Der Höchstbetrag von 1.250 Euro im Jahr für den Abzug der Kosten für ein häusliches Arbeitszimmer ist objekt- und nicht personenbezogen anzuwenden. Das hat das Finanzgericht Baden-Württemberg entschieden (Az. 3 K 447/12). Das hat den Nachteil, dass die als Werbungskosten abziehbaren Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer damit – unabhängig von der Zahl der den Raum nutzenden Personen – auf den Betrag knapp von 1.250 Euro begrenzt ist.

Im Urteil ging es um den im Alltag nicht unüblichen Fall, dass ein Lehrerehepaar das häusliche Arbeitszimmer gemeinsam nutzte und die Kosten hierfür für jeden Ehepartner separat geltend machte. Ihr Argument: Die Räumlichkeiten sind besonders groß und dann führt die



strenge objektbezogene Betrachtung des Höchstbetrages zu einem verfassungswidrigen Gleichheitsverstoß. Denn sofern sie eine einfache Trennwand einziehen würde, könnten sie den Abzugsbetrag glatt verdoppeln, indem dann die zwei Partner jeweils einen geteilten kleineren Raum einzeln nutzen.

Nach Ansicht der Richter ist die Regelung trotzdem objektbezogen auszulegen. Der Gesetzgeber lässt den begrenzten Abzug der Aufwendungen nämlich nur in Ausnahmefällen zu, und den nach oben offen unbegrenzten darüber hinaus nur in eng umgrenzten weiteren Einzelfällen. Eine Verdoppelung oder sogar eine Vervielfachung des begrenzten jährlichen Abzugsbetrages pro Kopf würde dem unbegrenzten Abzug nahe kommen, obwohl die Deckelung der tatsächlichen Aufwendungen beabsichtigt ist. Damit würde die Unterscheidung der beiden Alternativen faktisch ausgehebelt. Dagegen spricht auch, dass Raumaufwendungen bei Benutzung durch mehrere Personen weitgehend identisch sind mit denjenigen, die bei der Nutzung durch nur einen Menschen entstehen. Zusatzkosten fallen bei der Mehrfachnutzung eines Arbeitszimmers in der Praxis vor allem für die Einrichtungsgegenstände an und auf diese Aufwendungen erstreckt sich die Grenze nicht. PC oder Schreibtisch sind nämlich als Arbeitsmittel absetzbar. Zwar würde Arbeitnehmern der Höchstbetrag zweimal gewährt, wenn sie in ihrem Haus zwei Arbeitszimmer statt einem nutzen. Ob sie jedoch im eigenen Domizil zwei kleineren Räume alleine oder das größere Zimmer gemeinsam als Arbeitszimmer nutzen, ist letztendlich ihre private individuelle Entscheidung. Die unterschiedlichen Rechtsfolgen sind keine verfassungswidrige Ungleichbehandlung, sondern eine Folge von unterschiedlichen Sachverhalten.

### **Berufliche Nutzung der zweiten Wohnung in Zweifamilienhaus: Abzugsbeschränkungen für häusliches Arbeitszimmer greifen**

Aufwendungen für die berufliche Nutzung der zweiten Wohnung, die sich im Obergeschoss eines ausschließlich von dem Kläger und seiner Familie genutzten Zweifamilienhauses befinden, fallen unter die Abzugsbeschränkung für ein häusliches Arbeitszimmer. Sie sind somit

lediglich pauschal in Höhe von 2.400 DM beziehungsweise 1.250 Euro steuerlich zu berücksichtigen, wie der Bundesfinanzhof (BFH) entschieden hat.

Der Kläger erzielte Einkünfte aus selbstständiger Arbeit als Erfinder. Für die Erstellung von Patenten benötigte er zahlreiche Unterlagen und umfangreiche Fachliteratur, sodass er ein ausschließlich beruflich genutztes Büro unterhielt. Dieses befand sich im Obergeschoss des von ihm und seiner Familie bewohnten Zweifamilienhauses. Eine direkte Verbindung zwischen den zum Büro gehörenden Räumlichkeiten im Obergeschoss und dem Wohnbereich der Kläger im Erdgeschoss bestand nicht. Der Zugang zum Obergeschoss war nur über einen separaten Treppenaufgang möglich, der über eine eigene Eingangstür verfügte.

Der Kläger machte in seiner Einkommensteuererklärung die auf die Büroräume entfallenden Aufwendungen in voller Höhe geltend. Das Finanzamt ließ dagegen nur die für ein häusliches Arbeitszimmer geltende Pauschale zum Abzug zu. Vor Gericht argumentierte der Kläger, das Arbeitszimmer sei nicht „häuslich“ und unterfalle deshalb nicht der Abzugsbeschränkung. Das Finanzgericht folgte dem und gab der Klage statt. Auf die Revision des Finanzamts hat der BFH das Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Der BFH rechnet das Arbeitszimmer noch dem häuslichen Bereich zu. Der für die Annahme der Häuslichkeit erforderliche Zusammenhang der beruflich und privat genutzten Räume entfalle erst, wenn das Arbeitszimmer über eine der Allgemeinheit zugängliche und auch von anderen Personen genutzte Verkehrsfläche zu erreichen sei. Hier sei jedoch das gesamte Grundstück und Gebäude ausschließlich vom Kläger und seiner Familie genutzt worden. Die baubedingte räumliche Trennung zwischen den beruflich und den privat genutzten Räumen sei damit nicht so stark ausgeprägt gewesen, dass der Zusammenhang zur häuslichen Sphäre hinreichend gelöst gewesen sei.

Bundesfinanzhof, Urteil vom 15.01.2013, VIII R 7/10

# Familie und Kinder

## Kindergeld darf gleichzeitig in mehreren EU-Staaten bezogen werden

Unionsbürger anderer Mitgliedstaaten, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben, können auch dann in Deutschland kindergeldberechtigt sein, wenn sie weiterhin in das Sozialsystem ihres Heimatlandes eingegliedert bleiben und auch dort Kindergeld beziehen. In diesen Fällen ist das deutsche Kindergeld allerdings um die ausländischen Leistungen zu kürzen, wie das Kölner Finanzgericht (FG) in drei Urteilen entschieden hat.

Das FG stützt sich hierin auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 12.06.2012 (C-611/10 und C-612/10). Gegenstand dieses Urteils waren die Kindergeldansprüche eines von Polen nach Deutschland entsandten Arbeitnehmers und eines polnischen Saisonarbeiters. Hierzu hat der Gerichtshof entschieden, dass entsandte Arbeitnehmer und Saisonarbeiter aus Polen und anderen EU-Ländern nicht deshalb gänzlich vom Kindergeld in Deutschland ausgeschlossen werden dürfen, weil sie in ihrem Heimatland vergleichbare Familienleistungen erhielten. Dies verstoße gegen die im EU-Vertrag garantierten Freizügigkeitsrechte.

Das FG Köln vertritt in seinen Urteilen die Auffassung, dass der Anwendungsbereich dieser EuGH-Entscheidung nicht auf die entschiedenen Fallkonstellationen beschränkt sei. Vielmehr gölten diese Grundsätze auch und erst Recht für andere als entsandte oder nur saisonal beschäftigte Arbeitnehmer, wenn diese von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht und ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt nach Deutschland verlegt hätten. § 65 des Einkommensteuergesetzes, der einen inländischen Kindergeldanspruch im Falle des Bezuges ausländischer Familienleistungen ausschließt, verstößt nach Auffassung des FG gegen die im EU-Vertrag garantierten Freizügigkeitsrechte. Diese Vorschrift sei daher dahingehend auszulegen, dass das deutsche Kindergeld lediglich um die ausländischen Familienleistungen gekürzt werden dürfe.

Das FG hat gegen die Urteile die Revision beim Bundesfinanzhof zugelassen.

Finanzgericht Köln, Urteile vom 30.01.2013, 15 K 47/09, 15 K 930/09 und 15 K 2058/09

## Unterhaltsanspruch eines minderjährigen Kindes: Ausbildungsvergütung vermindert ihn mit Beginn des Monats der ersten Auszahlung

Die Ausbildungsvergütung vermindert den Unterhaltsanspruch des minderjährigen Kindes gegen den unterhaltspflichtigen Elternteil mit Beginn des Monats, in dem sie erstmals ausgezahlt wird. Das hat das Oberlandesgericht (OLG) Hamm entschieden.

Der Antragsteller hatte sich in einer Urkunde des Jugendamtes verpflichtet, seiner 1993 geborenen Tochter, der Antragsgegnerin, bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres monatlich Unterhalt zu zahlen. Nachdem seine Tochter im August 2012 eine Lehre zur Bankkauffrau begonnen hatte, meinte er, ab dem 01.08.2012 keinen Unterhalt mehr zu schulden, weil seine Tochter eine den Unterhaltsanspruch übersteigende Ausbildungsvergütung erhalte. Demgegenüber vertrat die Antragsgegnerin die Ansicht, für August 2012 noch Unterhalt beanspruchen zu können, weil die Ausbildungsvergütung nachschüssig zum Monatsende gezahlt werde und eine Zahlungspflicht des Antragstellers erst zu diesem Zeitpunkt entfallen könne.

Das OLG Hamm hat dem Vater Recht gegeben. Der Kindesunterhaltsanspruch eines Minderjährigen gegen den barzahlungspflichtigen Elternteil entfalle ab dem Beginn des Monats, in dessen Verlauf die erste (den Unterhaltsanspruch übersteigende) Ausbildungsvergütung gezahlt werde. Das folge aus § 1602 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) und der Systematik weiterer unterhaltsrechtlicher Vorschriften dieses Gesetzes. Nach § 1602 BGB sei der Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten Rechnung zu tragen. Deswegen sei ein faktisches Unvermögen zur Deckung des eigenen Lebensbedarfs bis zur tatsächlichen Zahlung des ersten Einkommens zu berücksichtigen. Das bedeute aber nicht, dass die Auszahlung der Vergütung während eines Monats den Unterhaltsanspruch für diesen Monat noch in voller Höhe unberührt lasse. Abgesehen davon, dass der Bedarf des Kindes dann doppelt gedeckt werde, sei zu beachten, dass Einkommen nicht stichtagbezogen, sondern auf den jeweils maßgeblichen Zeitraum bezogen berücksichtigt würden. Deswegen sei die in einem Monat gezahlte Vergütung für den gesamten Monat bedarfsdeckend anzurechnen.

Oberlandesgericht Hamm, Beschluss vom 23.01.2013, 3 UF 245/12, rechtskräftig



### Streit um Studienplatz: Keine außergewöhnliche Belastung

Wer sich vor Gericht einen Studienplatz erkämpft, darf die Kosten für den Zivilprozess nicht als außergewöhnliche Belastung geltend machen. Das entschied das FG Düsseldorf im Fall eines Vaters, der für seine Tochter einen Studienplatz im Fach Psychologie erkämpft hatte. Die dabei entstandenen Prozess- und Anwaltskosten in Höhe von 6.383 Euro machte er in seiner Steuererklärung als außergewöhnliche Belastung geltend.

Das Finanzamt erkannte die Kosten nicht an, und auch vor dem FG Münster hatte der Vater keinen Erfolg.

Zwar gibt es ein Urteil des BFH, das besagt, dass Kosten eines Zivilprozesses – unabhängig von dessen Gegenstand – bei den außergewöhnlichen Belastungen zu berücksichtigen sind (Az. VI R 42/10). Leider gibt es zu diesem Urteil aber auch ein BMF-Schreiben, aus dem hervorgeht, dass das Urteil nicht über den entschiedenen Einzelfall hinaus anwendbar ist (Az. IV C 4 – S 2284/07/0031:002).

Im jetzt entschiedenen Fall handelt es sich bei den Anwalts- und Prozesskosten um Aufwendungen für die Berufsausbildung der Tochter i.S.v. § 33a Abs. 1 EStG: Eine Berufsausbildung liegt demnach auch dann vor, wenn das Kind des Steuerpflichtigen nach Schulabschluss und der dadurch erlangten Hochschulreife ein Erststudium absolviert. Zu den Aufwendungen für die Berufsausbildung gehören auch vorab entstandene Aufwendungen, die vom Steuerpflichtigen zum Zweck getätigt werden, dem Kind die von ihm gewünschte Art der Berufsausbildung zu ermöglichen.

Der Vater wollte hier außergewöhnliche Belastungen nach § 33 EStG berücksichtigt wissen – die Anwendung dieser Vorschrift scheidet aber aus, wenn die finanzielle Belastung bereits durch die Vorschrift des § 33a Abs. 1 EStG abgefangen wird. Das bestimmt § 33a Abs. 4 EStG.

Kann § 33 EStG vielleicht ausnahmsweise angewendet werden? Ist der Kampf um einen Studienplatz vor Gericht dafür ungewöhnlich genug, liegen also eventuell Kosten vor, die für eine Ausbildung untypisch sind?

Nein, sagten die Richter: Zwar ist es bereits vorgekommen, dass die Rechtsprechung außergewöhnliche Unterhaltskosten als außergewöhnliche Belastung i.S.v. § 33 EStG angesehen hat. Die Richter aus

Düsseldorf schlossen sich jedoch der bisherigen Rechtsprechung an, nach der die hier entstandenen Kosten ihrer Art nach nicht so ungewöhnlich sind, dass sie aus dem Rahmen der durch die Pauschalregelung des § 33a Abs. 1 EStG abgegoltenen Ausbildungskosten fallen würden.

Allerdings scheinen sie sich ihrer Sache nicht zu 100% sicher zu sein und haben die Revision zum BFH zugelassen (FG Düsseldorf vom 14.1.2013, 11 K 1633/12 E).

### Unterhalt: Aus dem erlernten Beruf darf ein fiktives Gehalt berechnet werden

Ist ein Mann seinen minderjährigen Kindern zu Unterhalt verpflichtet, übt er aber seinen erlernten Beruf nicht aus, so darf ein fiktives Gehalt aus dieser erlernten Tätigkeit (hier ging es um den Beruf des Kraftfahrers) ermittelt werden.

Im konkreten Fall vor dem Oberlandesgerichts Hamm konnte ein Vater von zwei 13- und 14-jährigen Kindern nicht nachweisen, dass er sich um einen Job bemüht hatte, der seinen Fähigkeiten entspricht. Also dürfe ein theoretisch erzielbares Einkommen angerechnet werden, erklärten die Richter.

Bis zur Trennung hatte der Mann als Berufskraftfahrer gearbeitet, 2011 wanderte er nach Südamerika aus und verweigerte dann die Zahlung mit dem Hinweis auf sein dort erzieltetes niedriges Einkommen. Er habe seinen Wohnort „ohne Notwendigkeit“ gewechselt, so die Auffassung des Gerichts.

OLG Hamm, 2 UF 53/12

# Arbeit, Ausbildung & Soziales

## Krankheit im Pflegeheim kann sparen helfen – das Alter allein nicht

Wer altersbedingt in einem Altersheim untergebracht ist, dem entstehen dort „übliche Aufwendungen der Lebensführung“, die durch die allgemeinen Steuerregeln abgegolten sind. Ist jedoch eine Krankheit Grund für den Aufenthalt in einem Heim, so gelten die Aufwendungen für die Unterbringung als Krankheitskosten, die steuerlich als außergewöhnliche Belastung absetzbar sind.

Hier ging es um einen Mann in einer sozial-therapeutischen Einrichtung für geistig behinderte Menschen. Er erzielte neben einer Rente für seine Tätigkeit dort Arbeitsentgelt, ferner Einkünfte aus Gewerbebetrieb und Kapitalvermögen.

Für seine Unterbringung im Heim hatte er 20.420 Euro bezahlt, die er steuerlich absetzen wollte. Zu Recht, so der Bundesfinanzhof, der es auch – anders als das Finanzamt – nicht für erforderlich hielt, dass ein Amtsarzt die Notwendigkeit der Unterbringung in dem Heim für erforderlich hielt; das Gutachten eines „fachkundigen Arztes“ – wie hier – reiche aus.

BFH, VI R 14/09 vom 09.12.2010

## Arbeitsunfall: Nicht bei Armbruch während Raucherpause

Wer sich auf dem Rückweg von der Raucherpause zum Arbeitsplatz verletzt, erleidet keinen Arbeitsunfall und steht damit nicht unter dem Schutz der Unfallversicherung. Das Sozialgericht (SG) Berlin hat entschieden, dass das Rauchen eine persönliche Angelegenheit ohne sachlichen Bezug zur Berufstätigkeit ist. Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig. Es kann mit der Berufung angefochten werden.

Die Klägerin arbeitete als Pflegehelferin in einem Berliner Seniorenheim. Im Januar 2012 ging sie wegen des im Gebäude geltenden Rauchverbots auf eine Zigarette vor die Tür. Auf dem Rückweg zu ihrem Arbeitsplatz stieß sie in der Eingangshalle mit dem Hausmeister zusammen. Dieser verlor einen Eimer Wasser, die Klägerin rutschte aus und brach sich den rechten Arm. Die Klägerin meint, dass es sich um einen Arbeitsunfall handelte. Sie sei am Arbeitsplatz gestürzt. Den Weg durch die Eingangshalle würde sie täglich mehrmals bei allen

möglichen Gelegenheiten zurücklegen. Dass sie in diesem Fall vom Rauchen zurückgekommen sei, dürfe keine Rolle spielen. Die beklagte Berufsgenossenschaft lehnte die Anerkennung eines Arbeitsunfalls ab. Die hiergegen gerichtete Klage hatte vor dem SG Berlin keinen Erfolg. Der Weg von und zur Raucherpause sei nicht der unfallversicherungsrechtlich geschützten Tätigkeit zuzurechnen. Es sei die freie Privatentscheidung der Klägerin, ob sie zum Rauchen gehe oder nicht. Ein Bezug zur beruflichen Tätigkeit bestehe nicht. Das Rauchen sei insbesondere nicht mit der Nahrungsaufnahme vergleichbar. Essen und Trinken seien unter anderem notwendig, um die Arbeitskraft aufrechtzuerhalten. Beim Rauchen handele es sich hingegen um den Konsum eines Genussmittels und damit um eine Handlung aus dem persönlichen, nicht dem beruflichen Lebensbereich. Deshalb sei zwar der Weg zur Kantine versichert, nicht aber der Weg zur Raucherpause.

Sozialgericht Berlin, Urteil vom 23.01.2013, S 68 U 577/12, nicht rechtskräftig

## Herkömmliches Tandem ist kein Hilfsmittel im Sinne der gesetzlichen Krankenversicherung

Ein herkömmliches Tandem ist kein Hilfsmittel im Sinne der gesetzlichen Krankenversicherung. Dies hat das Sozialgericht (SG) Mainz entschieden und den Antrag eines an einer spastischen Tetraparese leidenden Klägers auf Erstattung der Kosten für ein serienmäßig hergestelltes Tandem abgelehnt.

Der behandelnde Arzt hatte dem minderjährigen Kläger zum Training alternierender Bewegungsabläufe, Verbesserung der physiologischen Bewegungsmuster und Tonusregulation ein Tandem verordnet, bei welchem der vordere Fahrer in halb liegender Position die Beine nach vorne hin bewegt, während der hintere Fahrer die klassische sitzende Position einnimmt. Der Kläger erwarb daraufhin in einem herkömmlichen Fahrradladen ein entsprechendes, serienmäßig hergestelltes Tandem. Seinen Antrag auf Erstattung der Kosten lehnte die beklagte Krankenkasse ab – zu Recht, wie das SG Mainz entschied.

Bei dem Tandem handele es sich um einen „Gebrauchsgegenstand des täglichen Lebens“, so das Gericht. Zwar hätten Versicherte grundsätzlich einen Anspruch gegenüber der gesetzlichen Krankenkasse auf die Gewährung von Hilfsmitteln. Nach der gesetzlichen Regelung bestehe



dieser Anspruch jedoch nur, soweit die Hilfsmittel nicht als Gebrauchsgegenstände des täglichen Lebens anzusehen sind.

Ein Gegenstand sei ein Hilfsmittel, wenn er seiner Konzeption nach der Sicherung des Erfolgs einer Krankenbehandlung oder der Vorbeugung oder dem Ausgleich einer Behinderung dient. Sei dies nicht der Fall, müsse der Gegenstand zumindest den Bedürfnissen erkrankter oder behinderter Menschen besonders entgegenkommen und von körperlich nicht beeinträchtigten Menschen praktisch nicht genutzt werden. Das Bundessozialgericht habe diesbezüglich bereits entschieden, dass Fahrräder in Form des üblichen Zweirades und serienmäßig hergestellte Liegedreiräder als Gebrauchsgegenstände des täglichen Lebens zu bewerten sind. Etwas anderes könne nur gelten, wenn es sich um eine individuell für den behinderten Menschen angefertigte Konstruktion handle.

Unter Bezugnahme auf diese Rechtsprechung urteilte das SG, dass auch das von dem Kläger erworbene, serienmäßig hergestellte Tandem einen Gebrauchsgegenstand des täglichen Lebens darstellt und wies die Klage ab.

Sozialgericht Mainz, Urteil vom 25.02.2013, S 14 KR 379/12, nicht rechtskräftig

### **Fettabsaugung: Krankenkasse muss Kosten nicht übernehmen**

Eine Fettabsaugung gehört grundsätzlich nicht zu den Kassenleistungen, die von der gesetzlichen Krankenversicherung zu erbringen sind. Dies hat das Landessozialgericht (LSG) Baden-Württemberg im Fall einer an Übergewicht leidenden Frau entschieden, die sich ihre Fettdepots an den Oberschenkeln mittels Absaugung entfernen lassen wollte.

Die gesetzlich krankenversicherte Klägerin leidet an einer Fettverteilungsstörung im Bereich des Gesäßes und beider Oberschenkel (sogenannte Reiterhose). Sie wiegt 91 Kilogramm bei einer Körpergröße von 1,57 Meter. Durch Sport und eine Ernährungsumstellung war es ihr gelungen, ihr Körpergewicht um mehr als 10 Kilogramm zu reduzieren. An den Oberschenkeln hatte sich jedoch keine Veränderung gezeigt. Deshalb beantragte die 56-Jährige bei ihrer Krankenkasse die Übernahme der Kosten für eine Fettabsaugung. Sie leide unter erheblichen

Schmerzen an den Oberschenkeln und schäme sich wegen ihres Aussehens. Eine Fettabsaugung sei als einzige zielführende Behandlungsmöglichkeit nicht nur kosmetisch, sondern auch medizinisch indiziert. Die Krankenkasse lehnte die Kostenübernahme ab. Da die Fettverteilungsstörung keine Funktionseinschränkungen nach sich ziehe, sei keine medizinische Indikation für eine Fettabsaugung gegeben. Außerdem sei diese Behandlungsmethode nicht als Kassenleistung zugelassen. Der für die Zulassung zuständige Bundesausschuss habe die hierfür erforderliche Empfehlung nicht abgegeben.

Das LSG bestätigte – wie schon die Vorinstanz – die Ansicht der Krankenkasse. Die Fettabsaugung genüge nach dem derzeitigen Stand der wissenschaftlichen Forschung nicht den Qualitätsanforderungen. Zudem sei eine nachhaltige Wirksamkeit dieser Behandlungsmethode nicht ausreichend belegt. Vor diesem Hintergrund verbiete vor allem das mit einem solchen Eingriff verbundene erhebliche Gesundheitsrisiko für die Klägerin eine Übernahme der Kosten durch die gesetzliche Krankenversicherung.

Landessozialgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 01.03.2013, L 4 KR 3517/11

### **Ein Trainee-Programm soll Einstieg für „Frischlinge“ sein**

Ein Mann hatte sich auf eine Berufseinsteiger-Maßnahme einer Versicherungsgesellschaft beworben und war mit dem Hinweis abgelehnt worden, dass sein Studienabschluss mehr als ein Jahr zurückliege. Daraufhin verklagte er das Unternehmen auf Altersdiskriminierung.

Die Richter des Hessischen Landesarbeitsgerichtes konnten ihm allerdings keine Aufnahme in das Programm zusprechen. Zwar sei die Stellenausschreibung mittelbar diskriminierend. Das Unternehmen habe jedoch ein berechtigtes Interesse daran, Menschen ohne praktische Erfahrungen einzustellen. Denn nur wenn die Bewerber „frisch von der Uni“ kämen, sei das Ziel, erste berufliche Einstiegschancen im Rahmen des Trainee-Programmes anzubieten, gewährleistet.

Hessisches LAG, 7 Sa 615/11

# Bauen und Wohnen

## Leben im Pflegeheim: Kosten der Mietwohnung sind nicht bei der Steuer absetzbar

Bei Kündigung der Mietwohnung wegen der anstehenden Unterbringung in einem Pflegeheim können die Mietzahlungen für die Monate der einzuhaltenden Kündigungsfrist nicht als außergewöhnliche Belastung abgezogen werden. Das hat das Finanzgericht Rheinland-Pfalz klargestellt (Az.: 5 K 2017/10).

Dabei hatte sich das Finanzgericht (FG) mit der Frage beschäftigt, ob Mietzahlungen, die eine alleinstehende und in einem Pflegeheim untergebrachte Person trotz Kündigung der Mietwohnung – wegen der einzuhaltenden Kündigungsfrist – entrichten muss, als sog. außergewöhnliche Belastung nach § 33 Einkommensteuergesetz (EStG) berücksichtigt werden können.

Die im Jahre 1926 geborene Frau machte in ihrer Einkommensteuererklärung für das Jahr 2009 Aufwendungen für die Weiterzahlung der Miete ihrer gekündigten Wohnung bis zum Ende der gesetzlichen Kündigungsfrist in Höhe von 830 Euro geltend. Zur Begründung führte sie aus, im Mai 2009 sei sie operiert worden. Ihr Gesundheitszustand sei danach so schlecht gewesen, dass sie sich nur noch in Krankenhäusern und Reha-Kliniken habe aufhalten können. Seit August 2009 sei sie in einem Pflegeheim untergebracht. Da sie nicht mehr in ihre Wohnung habe zurückkehren können, sei sie gezwungen gewesen, ihr Mietverhältnis zu kündigen. Wegen der einzuhaltenden Kündigungsfrist habe sie noch für mehrere Monate Miete zahlen müssen, trotz leer stehender Wohnung.

Das Finanzamt berücksichtigte zwar die Heimkosten, nicht hingegen die Mietzahlungen als außergewöhnliche Belastung nach § 33 EStG. Die berechneten sich nach dem nicht von dritter Seite nicht erstatteten eigenen Aufwand abzüglich der zumutbaren Eigenbelastung. Einspruch und Klage der Frau gegen diese Vorgehensweise blieben erfolglos, denn auch das Finanzgericht teilte die Auffassung des Finanzamtes.

Das FG führte zur Begründung aus, die Kosten für den krankheitsbedingten Aufenthalt im Alten- bzw. Pflegeheim stellten zwar grundsätzlich eine außergewöhnliche Belastung i.S. des § 33 EStG dar. Die üblichen Aufwendungen der Lebensführung seien allerdings aus dem Anwendungsbereich des § 33 EStG ausgeschlossen. Demzufolge sind

die Kosten der Heimunterbringung regelmäßig um die ersparten Verpflegungs- und Unterbringungskosten (sog. Haushaltsersparnis) zu kürzen. Von dieser Kürzung um die Haushaltsersparnis ist allerdings abzusehen, solange ein Pflegebedürftiger seinen normalen Haushalt beibehält. Denn dann bleibt er – trotz der Unterbringung in einem Pflegeheim – mit den Fixkosten des Hausstandes wie Miete oder Zinsaufwendungen, Grundgebühr für Strom, Wasser und die sonstigen laufenden Kosten sowie Reinigungskosten belastet.

Auch im zugrunde liegenden Streitfall hat daher das beklagte Finanzamt zu Recht keine Kürzung der Heimkosten um die Haushaltsersparnis vorgenommen. Die von der Betroffenen darüber hinaus begehrte Berücksichtigung der Mietzahlung für den Monat Dezember 2009 als außergewöhnliche Belastung würde somit eine ungerechtfertigte Doppelbegünstigung bewirken. Das ist daher nicht zulässig, resümierten die Richter und ließen keine Revision gegen das Urteil zu.

## Bauzaun: Umfallen begründet Anscheinsbeweis für unzureichende Sicherung

Ein ordnungsgemäß gesicherter Bauzaun muss sämtlichen Witterungsbedingungen, auch Windböen, standhalten. Allein schon durch das Umfallen des Zaunes besteht ein Anscheinsbeweis für eine unzureichende Sicherung. Hierauf weist das Amtsgericht (AG) München hin.

Im November 2010 fuhr der Kläger mit seinem Auto an einer Baustelle vorbei, die durch einen 20 Meter langen Bauzaun abgesichert war. Der Zaun stürzte plötzlich auf die Fahrbahn und beschädigte den Pkw. Es entstand ein Schaden in Höhe von 1.500 Euro. Hinzu kamen noch Sachverständigenkosten in Höhe von 386 Euro sowie die Kosten für ein Ersatzfahrzeug von 556 Euro, das der Kläger während der Reparatur gemietet hatte. Den Schaden wollte der Kläger von der Baufirma ersetzt bekommen. Diese hatte vom Bauherrn einen Generalauftrag erhalten, der auch die Baustelleneinrichtung umfasste. Die Baufirma weigerte sich jedoch. Sie habe ihre Sicherungspflicht auf eine andere Firma übertragen, die immer zuverlässig gewesen sei. Die eigenen Mitarbeiter seien zudem jeden Dienstag auf der Baustelle gewesen. Außerdem sei der Zaun ordnungsgemäß aufgestellt worden. Mit einem Sturm habe man nicht rechnen können.



Das AG München gab dem Kläger Recht. Es befand, dass die Baufirma ihre Verkehrssicherungspflicht verletzt habe. Die allgemeine Verkehrssicherungspflicht treffe denjenigen, der eine Gefahrenquelle schaffe. Da die Beklagte als Baufirma auf der Baustelle tätig gewesen sei, habe sie eine tatsächliche Gefahr eröffnet. Die Verkehrssicherungspflicht habe die Beklagte zwar übertragen. Das entbinde sie jedoch nicht von der Pflicht zur Kontrolle und Überwachung. Auch wenn die andere Firma bislang zuverlässig gewesen sei, entfielen diese Pflichten nicht. Der Kontroll- und Überwachungspflicht sei die Baufirma nicht hinreichend nachgekommen. Eine einmalige Kontrolle pro Woche reiche nicht aus. Dass der Zaun nicht ausreichend gesichert gewesen sei, folge schon aus der Tatsache, dass er umgestürzt sei. Ein ordnungsgemäß gesicherter Bauzaun müsse sämtlichen Witterungsbedingungen, auch Windböen, standhalten. Allein das Umfallen des Zaunes begründe bereits einen Anscheinsbeweis für eine unzureichende Sicherung. Diesen Anscheinsbeweis habe die Baufirma nicht entkräften können. Vielmehr hätten Lichtbilder gezeigt, dass die Zaunelemente nicht mittig in der Betonsokkeln gestanden hätten, sondern in den äußeren Löchern auf der Seite der Fahrbahn. Dadurch sei keine gleichmäßige Gewichtsverteilung vorhanden gewesen.

Amtsgericht München, Urteil vom 26.04.2012, 244 C 23760/11, rechtskräftig

### Schwarzgeldabrede schließt Gewährleistung für mangelhafte Handwerkerleistungen aus

Ist vereinbart, dass Handwerkerleistungen ohne Rechnung erbracht werden, damit der Umsatz den Steuerbehörden verheimlicht werden kann (Schwarzgeldabrede), kann der Auftraggeber der Leistungen von dem Unternehmer keine Gewährleistung verlangen. Das Oberlandesgericht (OLG) Schleswig-Holstein weist darauf hin, dass in solchen Fällen der geschlossene Vertrag insgesamt nichtig ist.

Im zugrunde liegenden Fall hatten die Parteien einen Werkvertrag über Pflasterarbeiten geschlossen. Der Beklagte sollte für 1.800 Euro eine etwa 170 Quadratmeter große Auffahrt auf dem Grundstück der Klägerin neu pflastern. Die Klägerin stellte das Material. Die Auffahrt sollte den Belastungen durch das Befahren mit einem Lkw standhalten. Die Parteien sprachen ab, dass die Arbeiten ohne Rechnung erbracht

werden. Kurz nach Durchführung der Pflasterung traten Unebenheiten auf. Der Beklagte bearbeitete daraufhin die Fläche mit einem Rüttler, allerdings ohne Erfolg. Nach Feststellungen eines Sachverständigen hatte der Beklagte die Sandschicht unterhalb der Pflastersteine zu dick ausgeführt. Die Klägerin verlangte daraufhin vom Beklagten die Erstattung der Kosten in Höhe von mehr als 6.000 Euro für die Beseitigung der Unebenheiten.

Die Klage blieb erfolglos. Die Parteien hätten gegen die Vorschriften des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (SchwarzArbG) verstoßen, so das OLG. Sie hätten vereinbart, dass die Werkleistung ohne Rechnung erbracht wird, damit der entsprechende Umsatz den Steuerbehörden verheimlicht werden kann. Der Verstoß gegen das Verbotsgesetz des § 1 Abs. 2 SchwarzArbG führe zur Nichtigkeit des gesamten Werkvertrags. In der „Ohne-Rechnung-Abrede“ liege die Vorbereitung einer späteren Steuerhinterziehung. Die Abrede wirke sich unmittelbar auf die Höhe des vereinbarten Werklohns aus, der voraussichtlich niedriger ausfällt, als wenn er bei Abführung der anfallenden Steuer vereinbart worden wäre. Da die Preisabrede und damit ein entscheidender Bestandteil des gegenseitigen Vertrages nichtig sei, erfasse die Nichtigkeit den gesamten Vertrag.

Dies führe dazu, dass der klagenden Auftraggeberin keine vertraglichen Gewährleistungsansprüche zustehen, und zwar auch nicht aus Treu und Glauben. Anderenfalls würde der Zweck des SchwarzArbG umgangen. Die Auftraggeberin würde kein Risiko aus dem Gesetzesverstoß tragen, obwohl sie durch die beabsichtigte Steuerhinterziehung einen Preisvorteil erzielt und so gerade Interesse an der Schwarzgeldabrede hat. Weder die Auftraggeberin erscheine schutzwürdig noch verhalte sich der beklagte Unternehmer widersprüchlich, wenn er sich auf die Nichtigkeit des Vertrages beruft. Schließlich würde man den Parteien, die sich durch die Vertragsgestaltung außerhalb der Rechtsordnung gestellt haben, ansonsten dennoch einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch zubilligen.

Oberlandesgericht Schleswig-Holstein, Urteil vom 21.12.2012, 1 U 105/11, nicht rechtskräftig

# Ehe, Familie und Erben

## Zugewinnausgleich: Wann die Höhe der Forderung berechnet wird

Die meisten Ehen bestehen im gesetzlichen Güterstand der Zugewinn-gemeinschaft. Der seit der Hochzeit angesammelte Zugewinn wird bei einer Scheidung unter den Partnern ausgeglichen. Dies unterwirft das Finanzamt zwar nicht der Schenkungsteuer und die Zahlung von Geld-beträgen unterliegt auch nicht der Einkommensteuer. Dennoch sind in diesem Zusammenhang einige Besonderheiten zu beachten.

Relevant ist in erster Linie zunächst das Zivilrecht, denn nach dem BGB berechnet sich der Zugewinn. Ein aktuelles Urteil des Bundesgerichts-hofs (Az. XII ZR 80/10) ist interessant für die Scheidungspraxis. Zudem ist durch die Neuregelung im BGB der Stichtag für die Begrenzung der Zugewinnausgleichsforderung auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags vorverlegt worden. Diese Verschiebung begrün-det aber nach Ansicht der Richter keine einschränkende Auslegung dahingehend, dass bei einem vom Ausgleichspflichtigen nicht zu ver-antwortenden Vermögensverlust eine Begrenzung in Betracht kommt. Im zugrunde liegenden Fall machte der Ausgleichsschuldner geltend, er habe nur noch ein Mini-Vermögen besessen und sei inzwischen faktisch vermögenslos. Der Wert seines Aktiendepots sei gefallen und ihm seien aufgrund der vielen Verfahren erhebliche Mehraufwendun-gen angefallen, die er nicht von seinem laufenden Einkommen habe bestreiten können. Insoweit wollte er einen reduzierten Zahlbetrag.

Auch in diesem Fall ist die Annahme, dass der Berechnungszeitpunkt für die Begrenzung der Zugewinnausgleichsforderung durch die Neu-fassung des BGB vorverlagert wurde, rechtlich nicht zu beanstanden. Durch die Neuregelung soll die Rechtsposition des von einer illoyalen Vermögensminderung betroffenen Ehegatten gestärkt werden. Zwar wird dieses Ergebnis für den Fall kritisiert, dass ein rechtschaffener Ausgleichsschuldner sein Vermögen unverschuldet verliert, etwa durch den Kurseinbruch eines Wertpapierdepots. Insofern wird die Auffas-sung einer Kappungsregelung vertreten, mit der vermieden werden solle, dass sich ein Ehegatte verschulden muss, um den Ausgleichsan-spruch zu erfüllen. Dieser Ansicht kann allerdings nicht gefolgt werden. Angesichts des klaren Wortlauts im BGB, der Zielrichtung der Geset-zesbegründung und auch der Beschlussempfehlung des Rechtsaus-schusses kommt eine einschränkende Auslegung nicht in Betracht.

Eine solche allein zugunsten des von einem unverschuldeten Vermö-gensverfall betroffenen Ausgleichspflichtigen wäre überdies nicht aus-gewogen. Denn auch der Berechtigte kann im Einzelfall benachteiligt sein, etwa wenn das Vermögen beim Ausgleichspflichtigen in der Zeit bis zur Rechtskraft der Scheidung ansteigt.

Praxishinweis: Die Bezahlung einer Zugewinnausgleichsschuld ist grundsätzlich dem privaten Vermögensbereich zuzurechnen, der Zah-lungspflichtige kann keine steuerlichen Vergünstigungen in Anspruch nehmen. Dies gilt auch, wenn anstelle einer einmaligen Zahlung regel-mäßige Unterhaltsleistungen vereinbart werden.

## Scheidungskosten: Nicht alles sind außergewöhnliche Belastungen

§ 33 des Einkommensteuergesetzes (EStG) bietet privaten Steuer-zahlern die Möglichkeit, ihre persönliche Einkommensteuer auf An-trag um außergewöhnliche Belastungen zu ermäßigen, wenn einer Person zwangsläufig größere – an sich private und nicht absetzbare – Aufwendungen als der überwiegenden Mehrzahl der Steuerpflichti-gen gleicher Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie gleichen Familienstands entstehen. Hierzu gehören grundsätzlich neben den Krankheits- auch die meist teuren Scheidungskosten.

Doch nach dem Urteil des Finanzgerichts München sind bei einer Schei-dung nur die unmittelbar mit dem Gerichtsverfahren zusammenhängen-den Kosten als zwangsläufig anzusehen und daher als außergewöhnliche Belastungen abzugsfähig (Az.10 K 800/10). Das Finanzgericht entschied im konkreten Fall zu einem geschiedenen Ex-Ehemann. Der machte im Rahmen seiner Steuererklärung die Kosten seines Scheidungsverfahrens als außergewöhnliche Belastungen geltend. Das Finanzamt machte da-rauf aufmerksam, dass nur die unmittelbaren und unvermeidbaren Kos-ten des Scheidungsprozesses abzugsfähig sind. Daraufhin wurden von ihm die Aufwendungen anhand von beigelegten Rechnungen geschätzt, und die Finanzbeamten berücksichtigten in dem Zusammenhang nur die belegten Scheidungskosten sowie die Vorschüsse für den anstehenden Prozess, nicht aber die Aufwendungen für die Regelung des Kindes- und Trennungunterhalts sowie des Zugewinnausgleichs. Er beantragte vor dem Finanzgericht München jedoch weiterhin den vollen Abzug der ihm entstandenen Kosten als außergewöhnliche Belastungen.



Nach dem Urteil hat das Finanzamt völlig richtig nur die mit dem Gerichtsverfahren zusammenhängenden Scheidungskosten als außergewöhnliche Belastungen berücksichtigt. Laut EStG erwachsen Aufwendungen einem Steuerpflichtigen dann zwangsläufig,

- wenn er sich ihnen aus rechtlichen, tatsächlichen oder sittlichen Gründen nicht entziehen kann
- soweit die Aufwendungen den Umständen nach notwendig sind und
- sofern die Kosten einen angemessenen Betrag nicht übersteigen.

Das ergibt sich auch aus der ständigen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes bei Aufwendungen anlässlich einer Ehescheidung. Dem entsprechend sind nur die mit dem Gerichtsverfahren zusammenhängenden Kosten – Gerichts- und Anwaltskosten für Scheidung und Versorgungsausgleich – als zwangsläufig anzusehen, und die Kosten für die Scheidungsfolgesachen stellen keine außergewöhnlichen Belastungen dar.

Das gilt etwa für die Regelung von vermögensrechtlichen Fragen, den Ehegattenunterhalt, den Unterhalt der Kinder und ein Umgangs- und Sorgerecht.

Im Ergebnis scheitert der Abzug an der Zwangsläufigkeit, weil sich die Ehegatten in diesen Punkten auch ohne Mitwirkung des Familiengerichts einigen können.

### **Pflichtteilsstrafklausel im Ehegattentestament verhindert wirksame Einrichtung eines Behindertentestaments nach Tod des ersten Elternteils**

Die Pflichtteilsstrafklausel in einem von einem Ehepaar errichteten Berliner Testament greift auch dann ein, wenn ein Träger der Sozialhilfe beim Tod des Erstversterbenden aus übergegangenem Recht für eines der Kinder den Pflichtteil verlangt. Der Pflichtteilsanspruch des Kindes nach dem Tod des zuletzt Versterbenden kann dann durch eine spätere Erbeinsetzung des Kindes durch den überlebenden Elternteil im Rahmen eines sogenannten Behindertentestaments nicht ausgeschlossen werden. Das hat das Oberlandesgericht (OLG) Hamm entschieden.

Zwei Ehepartner hatten sich in 1979 und 1995 errichteten Berliner Testamenten wechselseitig zu Erben eingesetzt und bestimmt, dass ihre vier Töchter Schlusserven nach dem Tod des Letztversterbenden werden sollten. Zugleich hatten sie angeordnet, dass ein Kind, das nach

dem Tod des Erstversterbenden den Pflichtteil fordert, auch nach dem Tod des später Versterbenden auf den Pflichtteil beschränkt sein sollte (Pflichtteilsstrafklausel). Die jüngste Tochter des Ehepaars ist seit ihrer Geburt schwer behindert, lebt in einer Behinderteneinrichtung und steht im Leistungsbezug des klagenden Landschaftsverbandes.

Nach dem Tod des Vaters im Jahr 1997 machte der Kläger aus übergegangenem Recht der jüngsten Tochter gegen die überlebende Mutter erfolgreich einen Pflichtteilsanspruch geltend. Mit einem 1998 errichteten notariellen Testament setzte die Mutter alle vier Töchter zu gleichen Teilen als Erben ein und ordnete bezüglich ihrer jüngsten Tochter eine Vorerbschaft an, wobei ihre Schwestern Nacherben sein sollten (sogenanntes Behindertentestament). Hiermit wollte sie einen weiteren Zugriff des Klägers auf das Erbe der behinderten Tochter beim Versterben der Mutter verhindern.

Nach dem Tod der Mutter im Jahr 2010 verlangte der Kläger, wiederum aus übergegangenem Recht der jüngsten Tochter, von den drei weiteren Schwestern erneut den Pflichtteil. Diesen verweigerten die Schwestern unter Hinweis darauf, dass ihre jüngste Schwester aufgrund des Testaments aus dem Jahr 1998 Vorerbin und deswegen nicht pflichtteilsberechtigt sei.

Das OLG Hamm hat dem klagenden Landschaftsverband Recht gegeben und entschieden, dass die in seinem Leistungsbezug stehende behinderte Tochter nach dem Tod der Mutter pflichtteils- und nicht erbberechtigt ist. Die Pflichtteilsstrafklausel aus den Berliner Testamenten der Eltern greife auch dann ein, wenn ein Träger der Sozialhilfe aus übergegangenem Recht und nicht das behinderte Kind selbst den Pflichtteil nach dem Tod des Erstversterbenden verlangt habe. Diesen Testamenten sei nicht zu entnehmen, dass die für den Schlussfall angeordnete Miterbenstellung der behinderten Tochter dem Zugriff des Sozialhilfeträgers entzogen sein sollte.

Zu Lebzeiten beider Eltern sei kein Behindertentestament errichtet worden. Die behinderte Tochter sei daher infolge des Pflichtteilsverlangens des Klägers beim Tod des Vaters wirksam enterbt worden. Hieran hätten die Regelungen des Folgetestaments aus dem Jahr 1998 nichts ändern können. Die Mutter sei nach dem Tod des Vaters an die entgegenstehenden Verfügungen aus den gemeinschaftlichen Testamenten gebunden gewesen und habe nicht anderweitig verfügen können.

Oberlandesgericht Hamm, Urteil vom 28.02.2013, I-10 U 71/12

# Medien & Telekommunikation

## Leistungsschutzrecht: Bundesrat gibt grünes Licht

Der Bundesrat hat eine Änderung des Urheberrechts gebilligt, mit der ein Leistungsschutzrecht eingeführt wird. Dieses räumt Presseverlegern das ausschließliche Recht ein, Presseerzeugnisse oder Teile hiervon zu gewerblichen Zwecken im Internet öffentlich zugänglich zu machen.

Geschützt werden die Presseverleger vor systematischen Zugriffen auf die verlegerische Leistung durch die Anbieter von Suchmaschinen und anderen Diensten. Damit Suchmaschinen und sogenannte Aggregatoren ihre Suchergebnisse kurz bezeichnen können, ohne gegen Rechte der Urheber zu verstoßen, bleiben einzelne Wörter und kleinste Textausschnitte lizenzfrei.

In einer begleitenden EntschlieÙung machen die Länder allerdings deutlich, dass Urheber, Verleger und Plattformbetreiber klare Spielregeln benötigen, die für einen fairen Ausgleich ihrer unterschiedlichen Interessen sorgen, um digitale Freiheit zu ermöglichen. Das Gesetz genüge diesen Anforderungen nicht. Es beinhalte zahllose unbestimmte Rechtsbegriffe und schaffe dadurch rechtliche Grauzonen. Der Bundesrat hält es daher für notwendig, einen Vorschlag zu entwickeln, der die Möglichkeiten der Presseverleger zur Durchsetzung ihrer Rechte stärkt, dabei die Interessen der Urheber wahrt und den Grundsatz der Informationsfreiheit gewährleistet. Die Länder drücken in ihrer EntschlieÙung die Erwartung aus, dass nach der Bundestagswahl ein Vorschlag zur Novellierung des Gesetzes beschlossen wird.

Bundesrat, PM vom 22.03.2013

## Oper muss Pressefotografen keine Fotoerlaubnis für Premiere erteilen

Die Oper Köln muss einem Pressefotografen bei Opernpremieren keine Fotoerlaubnis erteilen. Dies hat das Oberverwaltungsgericht (OVG) Nordrhein-Westfalen entschieden.

Ein Fotojournalist hatte erfolglos eine Fotoerlaubnis zur Premiere der Inszenierung „Samson et Dalila“ im Mai 2009 begehrt. Diese Aufführung hatte in der Öffentlichkeit Aufsehen erregt, weil sich zahlreiche Sängerinnen und Sänger angesichts grausamer Gewaltszenen und Massenvergewaltigungen krank gemeldet hatten. Die gewünschte Fo-

toerlaubnis war unter Hinweis auf ein allgemeines Fotografierverbot bei Aufführungen und mit Rücksicht auf private Rechte der Darsteller versagt worden. Im Klageverfahren sollte allgemein geklärt werden, ob die Oper verpflichtet ist, Fotojournalisten bei Premierenaufführungen eigene Aufnahmen zu gestatten.

Laut OVG ergibt sich das geltend gemachte Recht, eigene Fotos aufzunehmen, weder aus dem presserechtlichen Auskunftsanspruch noch aus der grundrechtlich geschützten Presse- und Informationsfreiheit. Zwar sei die Oper Köln grundsätzlich zur Auskunftserteilung auf konkrete Anfragen der Presse verpflichtet. Jedoch stehe die Art und Weise der Auskunftserteilung in ihrem Ermessen. Dabei müsse sie dem presserechtlich geschützten Wunsch des Klägers, über eine bestimmte Aufführung einen Bildbericht erstellen zu wollen, Rechnung tragen. Dies könne etwa dadurch geschehen, dass wesentliche Fakten zur Inszenierung mitgeteilt würden und ergänzend eine Auswahl an Bildaufnahmen aus der Probenarbeit angeboten werde.

Mit Blick auf die Pressefreiheit sei aber nicht zu beanstanden, Journalisten denselben Verhaltensregeln zu unterwerfen, die die Oper im Interesse einer ungestörten Aufführung und mit Rücksicht auf berechnete Belange der Darsteller jedem anderen Besucher abverlange. Das OVG hat die Revision gegen seine Entscheidung nicht zugelassen.

Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 13.03.2013, 5 A 1293/11

## Widerrufsrecht besteht auch bei Online-Kursen

Ein Anbieter von Online-Kursen zur Vorbereitung auf einen Sportbootführerschein muss seinen Kunden ein Widerrufsrecht einräumen und sie darüber informieren. Das hat das Oberlandesgericht (OLG) Hamm nach einer Klage des Verbraucherzentrale Bundesverbands (vzbv) gegen den Betreiber der Internetseite „sportbootfuehrerschein.de“ entschieden, wie der Verband am 02.04.2013 mitteilte.

Der Betreiber hatte Online-Kurse mit einer Laufzeit von 24 Stunden bis zu sechs Monaten angeboten, die Nutzer aber nicht über ihr Widerrufsrecht aufgeklärt. Vor Gericht berief er sich laut vzbv auf eine Ausnahmeregelung im Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 312b BGB). Danach gilt das Widerrufsrecht nicht für Verträge im Bereich der Freizeitgestaltung, wenn sich der Unternehmer dazu verpflichtet, seine Leistung zu



einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb eines genau angegebenen Zeitraums zu erbringen.

Die Nutzung eines Onlinekurses zur Vorbereitung auf einen Sportbootführerschein stelle zwar eine Freizeitveranstaltung dar, so das Gericht. Damit aber die Ausnahmeregelung greift, müsse diese Leistung vom Unternehmer zeitlich so eingegrenzt sein, dass ein Widerruf des Vertrags ihn in unangemessener Weise schädigen würde. Im vorliegenden Fall habe der Schwerpunkt der Leistung darin gelegen, dass Kursmaterial für den Sportbootführerschein für die Teilnehmer online gestellt wurde. Die Nutzer könnten zwar nur in einem bestimmten Zeitraum auf die Materialien zugreifen. Doch das allein belaste den Unternehmer nicht. Denn der Anbieter müsse deshalb keine besonderen Vorkehrungen treffen, um zu einem bestimmten Zeitpunkt leistungsfähig zu sein, so die Richter.

Typisches Merkmal für die vom Widerrufsrecht ausgenommenen Verträge sei, dass der Unternehmer nur eine begrenzte Zahl von Kunden gleichzeitig bedienen kann und daher die Leistungszeit im Voraus genau festlegen muss. Kurzfristige Stornierungen könnten dazu führen, dass die Nachbesetzung eines Teilnehmerplatzes nicht mehr möglich sei und der Unternehmer dadurch unverhältnismäßig belastet werde. In diesem Fall sei die Teilnehmeranzahl jedoch nicht begrenzt gewesen. Des Weiteren treffe die Ausnahmevorschrift auch deshalb nicht zu, weil Verbraucher sich in der Praxis nicht vor Vertragsschluss über Inhalt und Qualität des Online-Kurses informieren können. Die Kursmaterialien seien erst nach Abschluss des Vertrages abrufbar. Schon deshalb müsse der Verbraucher den Vertrag widerrufen können.

Verbraucherzentrale Bundesverband, PM vom 02.04.2013 zu Oberlandesgericht Hamm, Urteil vom 21.02.2013, I-4 U 135/12

### **Mobilfunkvertrag: 10-Euro-Pauschale für Rücklastschrift zu hoch**

Eine Schadenspauschale von 10 Euro für Rücklastschriften, die sich ein Anbieter von Mobilfunkleistungen in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) vorbehält, ist zu hoch.

Damit hatte eine Klage des Deutschen Verbraucherschutzbundes e.V. Erfolg. Dieser hatte den Mobilfunkanbieter aufgefordert, Klauseln in seinen AGB zu unterlassen, die für Rücklastschriften eine Schadens-

pauschale in Höhe von 10 Euro und höher festlegten. Der Mobilfunkanbieter hatte in seinen AGB für eine „Rücklastschrift (die vom Kunden zu vertreten ist)“ eine Pauschale von 20,95 Euro verlangt. Diese setzte er im Anschluss an die Abmahnung zunächst auf 14,95 Euro und dann auf 10 Euro herab. Der Verbraucherschutzbund verlangte vor Gericht die Unterlassung der Klausel und die Zahlung der Gewinne an den Bundeshaushalt (Abschöpfung), die der Mobilfunkanbieter durch die Verwendung der unwirksamen Klausel erzielt hatte.

Das OLG entsprach dem Klagebegehren. Die beanstandete AGB-Klausel sei unwirksam, weil die Rücklastschriftpauschale von 10 Euro den nach dem „gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden“ übersteigt (§ 309 Nr. 5a Bürgerliches Gesetzbuch).

Der beklagte Mobilfunkanbieter habe nicht schlüssig dargelegt, dass die jetzige Rücklastschriftpauschale dem branchentypischen Schaden entspricht, der durch eine Rücklastschrift entsteht. Der Verwender von AGB müsse darlegen und beweisen, dass die Pauschale im Rahmen des gewöhnlich zu erwartenden Schadens liegt. Der Mobilfunkanbieter habe hier aber nicht dargelegt, dass ihm über die Mindestbankgebühren von 3 Euro für eine nicht eingelöste oder stornierte Rücklastschrift hinaus durchschnittlich höhere Bankgebühren entstehen. Allenfalls könne ein linearer Mittelwert zwischen den Mindestbankgebühren von 3 Euro und den höchsten vorgetragenen Bankgebühren von 8,75 Euro zugrunde gelegt werden, also ein Wert von 5,87 Euro. Hinzu kämen die Benachrichtigungskosten. Diese habe der Mobilfunkanbieter selbst mit 0,40 Euro kalkuliert, sodass sich allenfalls ein durchschnittlicher Schaden in Höhe von 6,27 Euro ergibt.

Die vom Mobilfunkanbieter angesetzten Personalkosten und IT-Kosten für die Software, die zur Bearbeitung der Rücklastschriften erforderlich ist, dürften nicht in die Schadenspauschale eingerechnet werden. Im vertraglichen Schadenersatzrecht gelte der Grundsatz, dass Personalkosten und systembedingte allgemeine Kosten nicht erstattungsfähig sind, die zur weiteren Durchführung und Abwicklung des Vertrags aufgewendet werden, so das OLG.

Das OLG sah auch einen Gewinnabschöpfungsanspruch zugunsten des Bundeshaushalts als gegeben an, weil der Mobilfunkanbieter vorsätzlich eine unzulässige geschäftliche Handlung vorgenommen und hierdurch zulasten einer Vielzahl von Kunden Gewinn erzielt habe.

Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 26.03.2013, 2 U 7/12

# Staat & Verwaltung

## Rechtswidriges Auskunftsersuchen der Steuerfahndung: Steuerpflichtiger kann Rehabilitationsinteresse haben

Der Steuerpflichtige hat ein Rehabilitationsinteresse, wenn die Steuerfahndung im steuerlichen Ermittlungsverfahren den Eindruck erweckt, dass trotz der Einstellung des Strafermittlungsverfahrens weiter wegen des Verdachts der Steuerhinterziehung ermittelt wird, hierdurch das Ansehen des Steuerpflichtigen erheblich gefährdet wird und mit einem Auskunftsersuchen durch die Veranlagungsstelle ein milderes Mittel zur Verfügung gestanden hätte. Dies hat der Bundesfinanzhof (BFH) entschieden.

Der Kläger erzielte Einkünfte aus selbstständiger Arbeit für eine leitende Tätigkeit in einem Verein. Im Verlauf eines gegen ihn eingeleiteten steuerstrafrechtlichen Ermittlungsverfahrens durchsuchte die Steuerfahndung auch die Räume des Vereins. Nach der Einstellung des Strafverfahrens wegen des Verdachts der Steuerhinterziehung forderte das Finanzamt unter dem Briefkopf der Dienststelle für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung den Verein auf, in dem steuerlichen Ermittlungsverfahren Auskunft darüber zu geben, welche Konten der Verein für den Kläger geführt habe.

Der BFH entschied, dass das Auskunftsersuchen unverhältnismäßig und deshalb rechtswidrig war, weil es von der Steuerfahndung und nicht von der Veranlagungsstelle stammte. Zwar habe ein Auskunftsersuchen der Finanzbehörde grundsätzlich keine diskriminierende Wirkung. Dies gelte jedoch nicht, wenn sich daraus – trotz der vollständigen Einstellung des Strafermittlungsverfahrens – der Vorwurf der Steuerhinterziehung herleiten lasse. Dies sei hier der Fall, da dem Verein aufgrund der Durchsuchung bekannt gewesen sei, dass die Steuerfahndung gegen den Kläger wegen des Verdachts der Steuerhinterziehung ermittelt habe.

Dass sich das Finanzamt im Betreff seines Auskunftsersuchens auf ein „steuerliches Ermittlungsverfahren“ bezogen habe, rechtfertige keine andere Beurteilung, so der BFH. Denn die Unterscheidung der doppel-funktionalen Aufgabenbereiche der Steuerfahndung, Steuerstraftaten zu erforschen und die Besteuerungsgrundlagen zu ermitteln, sei dem Rechtsunkundigen nicht geläufig. Das Ansehen des Klägers in seiner leitenden Tätigkeit für den Verein sei durch das Auskunftsersuchen der

Steuerfahndung erheblich gefährdet worden, weil der Verdacht der Steuerhinterziehung bei Dritten Zweifel an der persönlichen Integrität des Verdächtigen begründen könnte.

Bundesfinanzhof, Urteil vom 04.12.2012, VIII R 5/10

## Finanzamt kann an die Insolvenzmasse erstattete Beträge nicht durch Verwaltungsakt zurückfordern

Das Finanzamt kann, wenn es bereits eingezogene Steuerbeträge an die Insolvenzmasse erstattet, diese Erstattungsbeiträge nicht durch einen Verwaltungsakt zurückfordern. Vielmehr muss es etwaige Rückforderungsansprüche vor den Zivilgerichten geltend machen. Dies stellt das Finanzgericht (FG) Düsseldorf klar.

Im Streitfall hatte das Finanzamt von einer GmbH angemeldete Lohnsteuerbeträge im Wege der Lastschrift eingezogen. Die GmbH wurde insolvent. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens forcht der Insolvenzverwalter die Zahlungen an, sodass das Finanzamt sie an die Insolvenzmasse erstattete. Nach erneuter Überprüfung des Sachverhaltes gelangte das Finanzamt aber zu der Erkenntnis, dass die Voraussetzungen einer Insolvenzanfechtung nicht vorlagen und deswegen die Insolvenzmasse keinen Erstattungsanspruch gemäß § 143 Absatz 1 Insolvenzordnung (InsO) gehabt habe. Deswegen forderte es die Beträge nach den Vorschriften der Abgabenordnung mittels Rückforderungsbescheid vom Insolvenzverwalter zurück.

Das Finanzgericht Düsseldorf hat der dagegen gerichteten Klage stattgegeben und das Finanzamt auf den Zivilrechtsweg verwiesen. Das Finanzamt habe den mit dem angefochtenen Bescheid geforderten Betrag nicht zuvor an den Kläger zur Erfüllung eines Anspruches aus dem Steuerschuldverhältnis zurückgezahlt. Die Erstattung sei vielmehr in Befolgung einer – vermeintlich oder tatsächlich – sich aus § 143 Absatz 1 InsO ergebenden, bürgerlich-rechtlichen Verpflichtung erfolgt. Dies schließe die Rückforderung der solchermaßen erstatteten Beträge durch Verwaltungsakt aus. Das Finanzamt sei verpflichtet, etwaige Ansprüche vor den Zivilgerichten durchzusetzen.

Finanzgericht Düsseldorf, Gerichtsbescheid vom 22.01.2013, 12 K 3560/12 AO



### Öffentlicher Aufruf zum „Schottern“ ist strafbar

Wer andere öffentlich zum „Schottern“ aufruft, um einen Castortransport zu verhindern, macht sich strafbar. Dies hat das Oberlandesgericht (OLG) Celle in zweiter Instanz bestätigt. Beim sogenannten Schottern soll durch die Entfernung der Schottersteine aus dem Gleisbett einer Schienenstrecke die Standfestigkeit des Gleisbettes derart beeinträchtigt werden, dass die Strecke unbefahrbar wird.

Etwa 1.780 Unterzeichner, darunter auch der Angeklagte, hatten sich im Jahr 2010 auf einer frei zugänglichen Internetseite mit ihren Namen in eine dort veröffentlichte Liste eingetragen, um die angekündigte „Schotter-Aktion“ anlässlich des Castortransportes zu unterstützen. Ziel der Aktion war es, den damaligen Castortransport aufzuhalten. Das Amtsgericht (AG) Lüneburg verurteilte den Angeklagten im Juni 2012 wegen öffentlicher Aufforderung zu Straftaten zu einer Geldstrafe in Höhe eines halben Netto-Monatsgehalts.

Das OLG Celle hat auf die Revision des Angeklagten die Entscheidung des AG Lüneburg bestätigt. Die Entfernung der Schottersteine aus einem Gleisbett, bis dieses unterhöhlt und unbefahrbar ist, stelle eine strafbare Handlung im Sinne einer Störung öffentlicher Betriebe dar. Die Gleise der Deutschen Bahn AG dienen dem öffentlichen Verkehr, auch wenn sie in gewissen Zeiträumen ausschließlich dem Castortransport zur Verfügung stünden.

Der Angeklagte habe sich mit der Unterzeichnung einer öffentlich zugänglichen Unterschriftenliste, die ausdrücklich den bildlichen und schriftlichen Aufruf zum „Schottern“ unterstützen sollte, den Aufruf zur Störung öffentlicher Betriebe zu eigen gemacht. Damit habe er die Schwelle von einer Meinungsäußerung oder straflosen Befürwortung von Straftaten zur strafbaren Aufforderung überschritten. Die Veröffentlichung der Aktionspläne könne nicht mehr als Versuch der Sensibilisierung anders Denkender innerhalb eines politischen Streites gesehen werden. Vielmehr enthalte der Aufruf die Handlungsanweisung, an einem bestimmten Tag und Tatort eine näher bezeichnete strafbare Handlung umzusetzen. Die tatsächliche Umsetzung der Aktion „Schottern“ sei vom Aufruf bezweckt und durch die Unterzeichnung des Angeklagten von diesem auch ausdrücklich erwünscht und angestrebt gewesen.

Oberlandesgericht Celle, Beschluss vom 14.03.2013, 31 Ss 125/12

### Heimbewohnerin verschenkt Haus an Sohn: Stadt bleibt dennoch erst einmal auf Heimkosten sitzen

Das Landgericht (LG) Düsseldorf hat eine Klage der Landeshauptstadt Düsseldorf auf Ersatz von Heimkosten gegen den Sohn einer Heimbewohnerin als derzeit unbegründet abgewiesen. Der Beklagte könne sich zumindest zum jetzigen Zeitpunkt erfolgreich auf die Einrede des Notbedarfs berufen. Damit blieb das Begehren der Stadt zunächst erfolglos, zur Bestreitung der Pflegekosten das Eigenheim zu verwerten, das die Heimbewohnerin dem Beklagten im Jahr 2003 geschenkt hatte. Gegen das Urteil kann Berufung beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt werden.

Die Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Rückforderungsanspruches lägen zwar vor, so das LG. Denn die Schenkerin sei nicht in der Lage, die Kosten ihrer Unterbringung selbst aufzubringen und müsse deswegen Sozialhilfeleistungen in Anspruch nehmen.

Der Beklagte sei jedoch momentan außerstande, das Geschenk herauszugeben. Er müsse seiner an Multiple Sklerose leidenden Ehefrau Unterhalt leisten, die auf eine behindertengerechte Wohnung angewiesen sei. Das entsprechend eingerichtete Siedlungshaus ermögliche ein solches behindertengerechtes Wohnen und erfülle damit den durch die Erkrankung gesteigerten Bedarf des Ehepaars. Zudem handele es sich um ein einfaches Siedlungshaus, das der Vater des Beklagten, ein Handwerker, teilweise unter Einsatz der eigenen Arbeitskraft errichtet habe und in dem der Beklagte auch selbst aufgewachsen sei.

Landgericht Düsseldorf, Urteil vom 28.03.2013, 14c O 205/11

# Bußgeld & Verkehr

## Wer am Aufbauseminar kein Interesse hat, darf erst mal nicht mehr Auto fahren

Autofahrer, die mit mindestens 15 Punkten in der Flensburger Sünderkartei belastet sind, haben nach Aufforderung durch die Verkehrsbehörde an einem Aufbauseminar teilnehmen. Andernfalls kann ihnen auch schon vor Erreichen der 18-Punkte-Grenze der Führerschein vorübergehend abgenommen werden.

Im entschiedenen Fall kam die Verkehrssünderin nicht mit dem Wunsch durch, dass die Verfügung des Amtes „aufgeschoben“ werden solle, bis ihre Klage gegen die Entziehung vor dem Amtsgericht entschieden worden sei, da „die gesetzlich vorgesehene sofortige Vollziehung der Fahrerlaubnisentziehungs-Verfügung gegenüber dem privaten Interesse der Frau“ überwiege.

VwG Gelsenkirchen, 7 L 812/12

## Praktische Fahrprüfung: Prüfling nach offenkundiger Täuschung bei theoretischem Teil nicht zuzulassen

Ein Fahrschüler hat keinen Anspruch auf Zulassung zur praktischen Fahrprüfung, wenn trotz bestandener theoretischer Prüfung massive Zweifel an seiner theoretischen Befähigung bestehen. Das hat das Verwaltungsgericht (VG) Neustadt in einem Prozesskostenhilfebeschluss ausgeführt.

Der aus dem Libanon stammende Kläger legte dreimal die theoretische Fahrprüfung ab. Im Juni 2011 erzielte er 65 Fehlerpunkte, im März 2012 waren es 110 Fehlerpunkte und am 30.04.2012 bestand er die theoretische Prüfung mit null Fehlerpunkten. Anfang Juli 2012 absolvierte er die praktische Fahrprüfung mit negativem Ergebnis, weil er eine „rot“ anzeigende Fußgängerampel ohne das Eingreifen des Fahrlehrers überfahren hätte. Als Grund führte er an, er habe die Anweisung des Prüfers nicht richtig verstanden. Bereits vor Beginn der Fahrprobe zeigte der Kläger Verständigungsprobleme.

Die beklagte Stadt Ludwigshafen lud den Kläger sodann im Juli 2012 zu einer Vorsprache ein. Dabei wurden ihm aus der theoretischen Prüfung mehrere Fragen mündlich in einfacher Formulierung gestellt. Keine dieser Fragen konnte er beantworten. Ferner wurden ihm Verkehrsschilder aus dem Prüfbogen seiner theoretischen Prüfung gezeigt. Er

konnte keines der Schilder erklären. Die Beklagte forderte daraufhin vom Kläger die Wiederholung der theoretischen Prüfung. Dieser weigerte sich und erhob Klage auf Zulassung zur praktischen Fahrprüfung mit der Begründung, die Beklagte verwehre ihm zu Unrecht die Wiederholung der praktischen Fahrprüfung. Weil er stottere, glaubten manche Menschen, er beherrsche die deutsche Sprache nicht.

Seinen zugleich gestellten Prozesskostenhilfeantrag hat das VG jetzt abgelehnt. Der Kläger habe keinen Anspruch auf Ablegung der praktischen Fahrprüfung. Diese dürfe erst nach Bestehen der theoretischen Prüfung abgelegt werden. Mit der theoretischen Prüfung sei zunächst der Nachweis zu führen, dass der Fahrerlaubnisbewerber mit den für ein Kraftfahrzeug maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen vertraut sei, die typischen Gefahren des motorisierten Straßenverkehrs kenne und sie abzuwenden in der Lage sei. Die praktische Fahrprüfung dürfe trotz erfolgreicher theoretischer Prüfung nicht durchgeführt werden, wenn bei dieser getäuscht worden sei. Davon sei hier auszugehen.

Zwar habe der Kläger nach zweimaligem Scheitern die Prüfung mit null Fehlerpunkten abgeschlossen. Es bestünden aber massive Zweifel an der theoretischen Befähigung des Klägers. Aufgrund der Vorfälle bei der praktischen Prüfung im Juli 2012 und der danach erfolgten Vorsprache des Klägers bestehe der nicht nur fern liegende Verdacht, dass das Prüfungsergebnis mit irregulärer Hilfe erzielt worden sei. Daher dürfe die Beklagte als zuständige Fahrerlaubnisbehörde von dem Kläger verlangen, dass er sich einer erneuten theoretischen Prüfung unterziehe, bevor er die praktische Fahrprüfung ablege.

Verwaltungsgericht Neustadt, Beschluss vom 26.03.2013, 3 K 1009/12.NW

## Verkehrsunfall: Schadenersatzanspruch erfasst auch Lohnnebenkosten und Sozialabgaben

Hat jemand nach einem Verkehrsunfall die fiktiven Kosten zu ersetzen, die bei einer Reparatur anfallen würden, umfasst der Schadenersatzanspruch auch die Lohnnebenkosten und Sozialabgaben, auch wenn diese tatsächlich nicht anfallen. Dies hebt das Amtsgericht (AG) München hervor.

Der bei einem Verkehrsunfall geschädigte Autofahrer ließ seinen Mercedes begutachten. Der Sachverständige bezifferte die Kosten für eine



sach- und fachgerechte Reparatur auf netto 16.512 Euro einschließlich eines Betrages für Lohnkosten von 7.688 Euro. Diese Kosten machte der Autobesitzer gegenüber seinem Unfallgegner geltend. Dieser zahlte allerdings nur 15.743 Euro. Mehr schulde er nicht. Schließlich sei das Auto nicht tatsächlich repariert worden, die Lohnnebenkosten und Sozialabgaben daher nicht angefallen. Ein Abschlag von zehn Prozent sei daher auf jeden Fall gerechtfertigt.

Das AG München gab dem Kläger Recht. Dieser habe einen Anspruch auf Erstattung weiterer Reparaturkosten in Höhe von 769 Euro. Die von dem Kfz-Sachverständigen ermittelten voraussichtlichen Reparaturkosten von netto 16.512 Euro seien vollumfänglich erstattungsfähig. Der Beklagte sei nicht berechtigt, auf die enthaltenen geschätzten Lohnkosten von netto 7.688 Euro einen Abschlag von zehn Prozent vorzunehmen.

Ein Geschädigter könne den Geldbetrag verlangen, der zur Herstellung des früheren Zustandes des Pkws erforderlich sei. Er sei damit grundsätzlich berechtigt, seinen unmittelbaren Sachschaden fiktiv abzurechnen und mithin die Kosten, die bei einer sach- und fachgerechte Reparatur der beschädigten Sache üblicherweise anfallen würden, geltend zu machen. Diese Kosten setzten sich aus einer Fülle von Positionen zusammen. Zu ihnen gehörten nicht nur die Einkaufspreise für die Ersatzteile und Verbrauchsmaterialien sowie die Nettolohnkosten für die Mechaniker, Lackierer und Elektroniker, sondern auch die Anteile an den allgemeinen Anschaffungs- und Betriebskosten (zum Beispiel Darlehenszinsen, Mietzinsen, Stromgebühren, Öl- oder Gasgebühren, Wasser- und Abwassergebühren, Müllgebühren, Versicherungsbeiträge, Lohnkosten für Geschäftsleitung, Sekretariat, Buchhaltung, Steuerberatung, Hausmeister- und Reinigungsdienst, Kaufpreise für Werkstatt- und Büroausstattung), der Gewinn sowie die Steuern (zum Beispiel Lohnsteuer, Grundsteuer, Gewerbesteuer, Mineralölsteuer) und Abgaben (zum Beispiel Sozialversicherungsbeiträge). Eine Unterscheidung, ob diese Faktoren auch wert- oder nur preisbildend sind, werde dabei grundsätzlich nicht vorgenommen.

Eine Ausnahme enthalte das Bürgerliche Gesetzbuch lediglich für die Position der Umsatzsteuer. Diese sei nur erstattungsfähig, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen sei, da der Geschädigte zwar nicht schlechter, aber auch nicht besser als ohne das schädigende Ereignis gestellt werden solle. Für die vorliegenden Positionen der Lohnnebenkosten und Sozialabgaben mache das Gesetz eine solche Einschränkung dagegen gerade nicht. Dies beruhe auf dem Umstand, dass die Umsatzsteuer zum einen den größten Faktor der durchlaufenden Kosten darstelle, zum anderen auch auf dem Gedanken, dass deren Ausnahme anders als die Ausnahme anderer durchlaufender Kosten handhabbar sei. Andere Positionen könnten nicht ohne Weiteres ermittelt und beziffert werden.

Dabei sei zu berücksichtigen, dass der Übergang von auch wert- zu nur preisbildenden Faktoren fließend sei. Nicht jede Position sei so klar zu zuordnen wie die Umsatzsteuer. Ebenso würden die betriebswirtschaftlichen Kalkulationsgrundlagen der voraussichtlichen Reparaturkosten weder in einem bei einer Kfz-Fachwerkstatt eingeholten Kostenvoranschlag noch in einem von einem Kfz-Sachverständigen erstatteten Schadensgutachten (vollständig) offengelegt. Von den durchlaufenden Positionen werde lediglich die Umsatzsteuer als solche ausgewiesen und beziffert.

Amtsgericht München, Urteil vom 24.04.2012, 332 C 1529/12, rechtskräftig

# Verbraucher, Versicherung & Haftung

## eBay-Auktion darf bei Beschädigung der Ware vorzeitig beendet werden

Wer über eBay ein Produkt zum Verkauf anbietet und während noch laufender Auktion merkt, dass dieses einen Mangel aufweist, darf, wenn er den Mangel nicht selbst verschuldet hat, die Auktion vorzeitig beenden. Dies hat das Bochumer Landgericht (LG) in zweiter Instanz bestätigt. Die Revision wurde zugelassen, weil das Gericht dem Fall, über den das Nachrichtenmagazin „Heise.de“ berichtet hatte, grundsätzliche Bedeutung beimisst.

Ein Autobesitzer hatte seinen alten Mercedes über eBay zum Verkauf angeboten. Nach Anlaufen der Auktion ging bei dem Wagen die Zentralverriegelung kaputt. Deswegen beendete der Verkäufer die Auktion vorzeitig. Hiermit war der zu diesem Zeitpunkt Höchstbietende nicht einverstanden. Er klagte auf Erfüllung des seiner Meinung nach zustande gekommenen Kaufvertrags beziehungsweise Schadenersatz. Die Klage hatte weder in erster noch in zweiter Instanz Erfolg.

Das LG Bochum verwies den Kläger auf die eBays Allgemeine Geschäftsbedingungen, die die vorzeitige Beendigung des Angebots bei Beschädigung der Ware deckten.

„Heise-online“, Meldung vom 22.01.2013

## Kostenloses Probetraining: Vertragsschluss mit Fitnessstudio nicht widerrufbar

Wirbt ein Fitnessstudio mit einem kostenlosen Probetraining, liegt es auf der Hand, dass es den Betreibern darum geht, neue Mitglieder anzuwerben. Schließt jemand dann einen Vertrag ab, besteht kein Widerrufsrecht. Insbesondere handelt es sich nicht um eine Freizeitveranstaltung nach § 312 Nr. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB). Dies stellt das Amtsgericht (AG) München klar.

Eine Münchnerin wurde durch ein Werbeangebot auf ein kostenloses Probetraining eines Fitnessstudios aufmerksam gemacht. Sie begab sich im März 2008 dorthin und unterzeichnete einen Mitgliedschaftsvertrag, der eine Laufzeit von zwölf Monaten vorsah. Anschließend begutachtete sie die Räumlichkeiten und die Trainingsmöglichkeiten und entschloss sich, doch nicht dort Mitglied sein zu wollen. Sie kündigte am nächsten Tag. Das Fitnessstudio akzeptierte die Kündigung zum

Ende der Vertragslaufzeit und forderte den vereinbarten Mitgliedsbeitrag von 599 Euro. Die Münchnerin weigerte sich zu zahlen. Sie sei überrumpelt worden. Das Geschäftsgebaren sei unseriös. Deshalb habe sie zu Recht widerrufen.

Die Betreiber des Fitnessstudios klagten vor dem AG München und bekamen Recht. Die Beklagte habe den Vertrag nicht wirksam widerrufen, da kein Widerrufsrecht bestehe. Keine der Voraussetzungen des Widerrufsrechts bei Haustürgeschäften liege hier vor. Insbesondere handele es sich bei der Werbeaktion des Studios um keine Freizeitveranstaltung. Es sei nicht überraschend, dass ein Probetraining in einem Fitnessstudio den Zweck habe, Mitglieder anzuwerben. Schließe jemand aufgrund der Werbeaktion einen Vertrag, sei weder von einer Überrumpelung noch von einer Täuschung auszugehen. Anders als in den Fällen, in denen Kunden in ein Studio gelockt wurden, weil sie angeblich für eine bestimmte Zeit eine kostenlose Mitgliedschaft gewonnen hätten, sei hier das Ziel der Werbeaktion klar erkennbar gewesen. Amtsgericht München, Urteil vom 25.10.2012, 223 C 12655/12, rechtskräftig

## Angabe von „Zirka-Lieferfristen“ in AGB ist unzulässig

Eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), durch die sich der Verwender eine nicht hinreichend bestimmte Frist für die Erbringung seiner Leistung vorbehält, ist wegen Verstoßes gegen § 308 Nr. 1 BGB unwirksam. Das hat das Oberlandesgericht (OLG) Hamm entschieden.

Die Beklagte mit Sitz in Dorsten vertreibt Artikel über die Internetplattform eBay, unter anderem mit Traubenkernen gefüllte Wärmepantoffeln. Als Konkurrentin vertreibt die in Bielefeld ansässige Klägerin mit Leinensamen gefüllte Wärmepantoffeln. Mit ihrer Wettbewerbsklage hat die Klägerin von der Beklagten die Unterlassung des Gebrauchs folgender Vertragsklausel verlangt: „Angegebene Lieferfristen stellen nur einen Richtwert dar und gelten daher nur annähernd vereinbart (Zirka-Fristen)“.

Das OLG Hamm gab der Klägerin Recht. Mit der Verwendung dieser Klausel verstoße die Beklagte gegen § 308 Nr. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB). Die Vorschrift sei eine Marktverhaltensregelung im Sinne des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, bei dessen



Verletzung einem Wettbewerber ein Unterlassungsanspruch zustehe. § 308 Nr. 1 BGB untersage einem Verwender, sich in seinen AGB nicht hinreichend bestimmte Fristen für die Erbringung einer Leistung vorzubehalten. Damit solle verhindert werden, dass der AGB-Verwender die Leistungszeit mehr oder weniger in sein Belieben stellt. Der Kunde müsse in der Lage sein, das Fristende selbst zu erkennen oder zu errechnen. Das sei mit der beanstandeten Klausel nicht möglich. Dass angegebene Lieferfristen „vereinbart“ seien, werde durch den Zusatz „annähernd“ und den Hinweis darauf, dass sie nur einen „Richtwert“ darstellten, eingeschränkt. Mit dem Klammerzusatz „Zirka-Fristen“ würden die Einschränkungen nicht dahingehend korrigiert, dass letztendlich doch verbindliche Fristen vereinbart werden sollten. Oberlandesgericht Hamm, Urteil vom 18.09.2012, I-4 U 105/12, nicht rechtskräftig

### **Neuwagenkauf: Nachbesserungsverlangen schließt Berufen auf fehlende Fabrikneuheit nicht aus**

Der Käufer eines Neuwagens kann sich auch dann noch auf die fehlende Fabrikneuheit des Fahrzeugs berufen, wenn er die Abnahme des an Lackierung und Karosserie beschädigten Fahrzeugs nicht generell abgelehnt, sondern zunächst eine Beseitigung der Schäden verlangt hat und diese anschließend nur unzureichend gelungen ist. Dies hat der Bundesgerichtshof (BGH) entschieden.

Der Kläger bestellte im November 2009 bei der Beklagten, einer BMW-Vertragshändlerin, zum Preis von 39.000 Euro einen BMW 320d als Neuwagen. Im Dezember 2009 verweigerte er die Annahme des Fahrzeugs wegen Schäden an Lackierung und Karosserie und verlangte Nachbesserung. Gestützt auf ein Sachverständigengutachten, das die daraufhin vorgenommene Nachbesserung für nicht ordnungsgemäß erachtet hatte, lehnte er Mitte Januar 2010 eine Übernahme des Fahrzeugs erneut ab und trat vom Vertrag zurück, nachdem die Beklagte sich darauf berufen hatte, dass das Fahrzeugs nunmehr mängelfrei sei. Der Kläger hat die Beklagte auf Rückzahlung der von ihm geleisteten Anzahlung von 10.000 Euro, Freistellung von den zur Fahrzeugfinanzierung eingegangenen Darlehensverbindlichkeiten sowie Ersatz von Sachverständigenkosten in Anspruch genommen. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat sie abgewiesen. Der

Kläger könne sich angesichts seines Nachbesserungsverlangens nicht mehr auf die fehlende Fabrikneuheit des Fahrzeugs berufen. Auch seien die verbliebenen Mängel, auch wenn zu deren Beseitigung Kosten von bis zu sieben Prozent des Kaufpreises anfallen könnten, lediglich optischer Natur und kaum wahrnehmbar.

Die Revision des Klägers hatte Erfolg. Der BGH hat entschieden, dass der Käufer eines Neuwagens grundsätzlich erwarten kann, dass die von ihm verlangte Nachbesserung technisch den Zustand herbeiführt, der dem werksseitigen Auslieferungsstandard entspricht. Verlangte der Käufer eines Neuwagens die Beseitigung von Mängeln, verzichte er damit nicht auf die mit der Neuwagenbestellung vereinbarte Beschaffenheit einer Fabrikneuheit des Fahrzeugs. Werde durch die Nachbesserungsarbeiten ein Fahrzeugzustand, wie er normalerweise bei einer werksseitigen Auslieferung besteht, nicht erreicht, könne der Käufer vom Vertrag zurücktreten.

Der Rücktritt sei auch nicht wegen Unerheblichkeit der Pflichtverletzung ausgeschlossen. Denn der als Beschaffenheit vereinbarte fabrikneue Zustand des Fahrzeugs sei ein maßgeblicher Gesichtspunkt bei der Kaufentscheidung und spiele auch wirtschaftlich eine Rolle. Fahrzeuge, die nicht mehr als fabrikneu gelten, würden mit deutlichen Preisabschlägen gehandelt, argumentiert der BGH.

Er hat das Urteil des Berufungsgerichts aufgehoben und die Sache zur Klärung neu aufgetretener Umstände, die aus prozessualen Gründen im Revisionsverfahren nicht berücksichtigt werden konnten, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 06.02.2013, VIII ZR 374/11

# Wirtschaft, Wettbewerb & Handel

## Bäckereien und Konditoreien: Beiträge zu gesetzlicher Unfallversicherung dürfen gleich hoch sein

Von Bäckereien und Konditoreien dürfen in der gesetzlichen Unfallversicherung gleiche Beiträge gefordert werden. Dies hat das Bundessozialgericht (BSG) entschieden.

Die Klägerinnen sind zwei Unternehmen des Konditoreigewerbes. Eine Klägerin stellt Konditoreiwaren in industrieller Fertigung, die andere als handwerklich geprägter Betrieb her. Beide Unternehmen wurden von der beklagten Berufsgenossenschaft für Nahrungsmittel und Gastgewerbe für das Jahr 2005 nach dem neuen Gefahrтарif zu der Gefahrтарifstelle 1 mit Gefahrklasse 6,0 veranlagt. In dem Gefahrтарif wurden die Gewerbebezüge „Herstellung von Back- und Konditoreiwaren“ erstmals zusammengefasst. Dies führte bei den „Nur-Konditoren“ zu einer erheblichen Beitragssteigerung. Hiergegen wandten sich die Klägerinnen und machten geltend, der Gefahrтарif sei rechtswidrig, weil beide Gewerbebezüge zu derselben Tarifstelle veranlagt werden. Diese seien weiterhin getrennt zu veranlagern, weil die Risiken signifikant voneinander abweichen.

Das BSG ist dem nicht gefolgt. Es hat den Gefahrтарif 2005 der Beklagten gebilligt. Die Unfallversicherungsträger setzen die Gefahrklassen durch ihre Vertreterversammlungen als autonomes Recht in einem Gefahrтарif fest. Bei der Bildung von Gefahrklassen steht der Vertreterversammlung als Satzungsgeber ein selbstständig auszufüllender Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum zu. Die hier mittelbar angegriffene Regelung im Gefahrтарif 2005 halte sich noch im Rahmen dieses Gestaltungsspielraums. Sie entspreche den Vorgaben der gesetzlichen Ermächtigungsnormen, so das BSG.

Würden in einer Tarifstelle verschiedene Gewerbebezüge zusammengefasst, dürften die Belastungsziffern der einzelnen Zweige statistisch nicht signifikant von der durchschnittlichen Belastungsziffer der Tarifstelle abweichen. Das sei hier (noch) nicht der Fall. Für den Gefahrтарif 2005 wäre bei getrennter Veranlagung für die Herstellung von Konditoreiwaren die Gefahrklasse 4,0 vorzusehen gewesen. Die Abweichung der Gefährdungsrisiken der Konditoreien zu der festgesetzten Gefahrklasse erreiche zwar ein Ausmaß von rund einem Drittel. Damit halte

sich der Normgeber unter Berücksichtigung eines versicherungsmäßigen Ausgleichs aber gerade noch im Rahmen seines Regelungsspielraums.

Auch die Grundrechte der Klägerinnen seien nicht verletzt. Der Schutz der allgemeinen wirtschaftlichen Handlungsfreiheit schließe eine Zusammenführung von Tarifstellen oder die Überführung von sich wandelnden Gewerbebezügen in andere Tarifstellen grundsätzlich nicht aus. Bei der Prüfung, ob den Klägerinnen Vertrauensschutz zugestanden habe, sei zu berücksichtigen, dass der Gefahrтарif jeweils nach Ablauf seiner Geltungsdauer zwingend neu festzulegen ist und das Gesetz selbst eine maximale Geltungsdauer eines Gefahrтарifs von sechs Jahren vorsieht. Die Regelungen des Gefahrтарifs hielten sich auch in den durch Artikel 3 Absatz 1 Grundgesetz gesetzten Grenzen einer zulässigen Typisierung.

Bundessozialgericht, Entscheidung vom 11.04.2013, B 2 U 4/12 R und B 2 U 8/12 R

## Werbung mit durchgestrichenen „Statt“-Preisen: Bei unklarem Vergleichspreis unzulässig

Die Werbung einer sogenannten Postenbörse mit durchgestrichenen „Statt“-Preisen ist mehrdeutig und damit irreführend, wenn nicht klar gestellt ist, um was für einen Vergleichspreis es sich bei dem durchgestrichenen Preis handelt, und wenn nicht alle in Betracht kommenden Bedeutungen der Werbeaussage zutreffen. Das stellt das Oberlandesgericht (OLG) Hamm klar.

Die Antragstellerin ist eine Warenhandelsgesellschaft, die Waren unterschiedlichster Art importiert und überregional vertreibt. Sie verlangt vom Antragsgegner, dem Betreiber einer sogenannten Postenbörse, es zu unterlassen, für angebotene Artikel mit durchgestrichenen, nicht näher erläuterten „Statt“-Preisen zu werben. Das Landgericht hatte zunächst eine dem Begehren entsprechende einstweilige Verfügung erlassen, diese mit dem angefochtenen Urteil aber wieder aufgehoben, weil sich die beanstandete Prospektwerbung des Antragsgegners nicht auf Markenware beziehe und deswegen nicht mehrdeutig und irreführend sei.



Auf die Berufung der Antragstellerin hat das OLG Hamm den wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch der Antragstellerin bestätigt. Die beanstandete Werbung mit einem nicht näher erläuterten „Statt“-Preis sei irreführend. Sie sei mehrdeutig und könne von einem durchschnittlich informierten und verständigen Verbraucher in einem den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechenden Sinne verstanden werden.

Die Werbung könne einerseits den Eindruck vermitteln, es handele sich bei dem durchgestrichenen „Statt“-Preis um einen früher von der Postenbörse selbst geforderten Preis, der nunmehr gegenstandslos sei. Um solche Preise gehe es nach dem Vortrag des Antragsgegners. Ein Verbraucher könne aber andererseits auch annehmen, bei dem durchgestrichenen „Statt“-Preis handele es sich um einen vom regulären Einzelhandel üblicherweise oder früher geforderten Preis.

Sogenannte Postenbörsen böten nach landläufigem Verständnis unter anderem als Wiederverkäufer Restposten, Zweite-Wahl-Ware, Ladenhüter, Auslaufmodelle und Ähnliches an, und zwar zu gegenüber dem „regulären“ Einzelhandel deutlich niedrigeren Preisen. Darauf lege der potentielle Kunde einer solchen Postenbörse gesteigerten Wert. Werde nun mit der dargestellten Mehrdeutigkeit für die Artikel geworben, müsse der Werbende die verschiedenen Bedeutungen der Werbung gegen sich gelten lassen. Das heißt, dass jede einzelne Angabe wahr sein müsse. Andernfalls sei sie – wie im vorliegenden Fall – unlauter, so das OLG.

Oberlandesgericht Hamm, Urteil vom 24.01.2013, 4 U 186/12, rechtskräftig

### Gewinnchance „Wetter“: Werbeaktion eines Möbelhauses kein Glücksspiel

Die von einem Möbel-Einrichtungshaus geplante Werbeaktion mit dem Slogan „Sie bekommen die Ware geschenkt, wenn es am ... regnet“ ist kein erlaubnispflichtiges Glücksspiel im Sinne des Glücksspielstaatsvertrages. Denn die Kunden, die an der Werbeaktion teilnehmen, zahlten den Kaufpreis für ihre Ware nicht auch als Entgelt für den Erwerb einer Gewinnchance, so der Verwaltungsgerichtshof (VGH) Baden-Württemberg. Die Revision wurde wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassen.

An der Werbeaktion sollen Kunden teilnehmen können, die im Aktionszeitraum Waren zum Preis von mindestens 100 Euro kaufen. Das Möbelhaus will jedem Teilnehmer den Kaufpreis erstatten, wenn es an einem festgelegten Stichtag ungefähr drei Wochen nach der Teilnahme zwischen 12 und 13 Uhr am Flughafen Stuttgart amtlich festgestellt mindestens drei Milliliter pro Quadratmeter regnet. Den Antrag des Möbelhauses, festzustellen, dass es sich nicht um Glücksspiel im Sinne des Glücksspielstaatsvertrages handele, lehnte das Regierungspräsidium Karlsruhe ab. Der dagegen erhobenen Klage der Klägerin gab das Verwaltungsgericht Stuttgart statt. Es stellte fest, dass die Werbeaktion kein unerlaubtes Glücksspiel im Sinne des Glücksspielstaatsvertrages darstellt. Diese Rechtsauffassung hat der VGH bestätigt.

Ein Glücksspiel im Sinne des Glücksspielstaatsvertrages setze voraus, dass im Rahmen eines Spiels für den Erwerb einer Gewinnchance ein Entgelt verlangt werde und die Entscheidung über den Gewinn ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt. Danach seien Wetten gegen Entgelt auf den ungewissen Eintritt oder Ausgang eines zukünftigen Ereignisses zwar Glücksspiele. Die Klägerin verlange aber kein Entgelt für den Erwerb der Gewinnchance. Ihre Kunden entrichteten den Kaufpreis nur für die zu erwerbende Ware, nicht aber auch für die Teilnahme am Gewinnspiel. Der Kaufvertrag stehe im Vordergrund. Die Teilnahme an der Werbeaktion sei nur gegebenenfalls Folge des Einkaufs, wenn sich die Wetterprognose bestätigen sollte. Die Kunden seien an der Gewinnaktion nur beteiligt, wenn sie ihren Gewinn „aktivierten“, indem sie ihn geltend machten. Auf ihre Motive für den Erwerb der Waren komme es insoweit nicht an. Das klagende Möbelhaus habe zudem unwidersprochen vorgetragen, dass seine Preise im Aktionszeitraum unverändert blieben. Die Gewinnchance werde somit nicht in den Warenwert eingepreist.

Schließlich werde sie auch nicht, wie es der Glücksspielstaatsvertrag voraussetze, im Rahmen eines Spieles, sondern im Rahmen eines Kaufvertrages erworben. Damit sei schon der Anwendungsbereich des Glücksspielstaatsvertrages nicht eröffnet, meint der VGH. Andernfalls würde der Beklagte nicht mehr ordnungsrechtlich unter dem Gesichtspunkt der Glücksspielaufsicht, sondern unter wettbewerbs- und Verbraucherschutzrechtlichen Vorgaben tätig.

Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 09.04.2013, 6 S 892/12