

Ihre Steuerkanzlei informiert.

# SCHAUFENSTER STEUERN 08/2012

## Betriebsprüfung

Finanzbeamte holen üppige Mehrergebnisse

## Dogsitter

Betreuung der Hunde außer Haus nicht absetzbar

## E-Books

Ermäßigter oder normaler Mehrwertsteuersatz?



Sehr geehrte Mandanten,

landläufig hat sich die Ansicht verfestigt, dass der deutsche Fiskus bei den Steuerzahlern allzu kräftig zugreift. Doch wenn man die aktuellen Vergleichszahlen von Eurostat, dem statistischen Amt der Europäischen Union, für das laufende Jahr 2012 anschaut, kann diese Behauptung nicht zwingend vertreten werden. So beträgt beispielsweise der durchschnittliche Normalsteuersatz der Umsatzsteuer in den 27 EU-Ländern 21 Prozent, wobei Ungarn mit 27 sowie Dänemark und Schweden mit 25 Prozent die Ausreißer nach oben sind. Da sind wir hierzulande mit 19 Prozent noch relativ günstig.

Der durchschnittliche Spitzensatz der Einkommensteuer in der EU stieg im Jahr 2012 auf 38,1 Prozent an, in Deutschland liegt er bei 47,5 Prozent. Die höchsten Regelsteuersätze verzeichnen Frankreich (36,1), Malta (35) und Belgien (34), während Deutschland mit 29,8 Prozent im Mittelfeld liegt. Günstig ist es in Bulgarien und Zypern mit je 10 und in Irland mit 12,5 Prozent.

Diese statistischen Werte sind natürlich nur grobe Richtwerte, das Abzugspotential nach dem jeweiligen Recht ist zu berücksichtigen. Die Daten beinhalten jedoch harmonisierte Steuerindikatoren auf der Grundlage des Europäischen Systems Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen, um einen Vergleich der Steuersysteme und -politiken zwischen den Mitgliedstaaten überhaupt zu ermöglichen.

Laut Eurostat findet zudem die Besteuerung von Vermögen eine wachsende Beachtung, insbesondere wiederkehrende Grund- und Immobiliensteuern. Deutschland hatte die Vermögensteuer 1996 abgeschafft und bislang nicht wieder reaktiviert, auch wenn Politiker sie immer wieder fordern.

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

- Betriebsprüfung: Finanzbeamte holen üppige Mehrergebnisse
- "Dogsitter": Betreuung der Hunde außer Haus nicht absetzbar
- E-Books: Ermäßigter oder normaler Mehrwertsteuersatz?

## Unternehmer

- Beteiligungsgewinn: Nicht bei Verschmelzung zweier Schwesterpersonengesellschaften zunächst aufeinander und dann auf Muttergesellschaft
- Kfz-Steuer für zur Insolvenzmasse gehörendes Kfz ab Insolvenzeröffnung aus der Masse zu befriedigen
- Unentgeltliche oder verbilligte Mahlzeiten der Arbeitnehmer
- Gewerbesteuer: Abschaffung der Abziehbarkeit als Betriebsausgabe auf dem Prüfstand
- Wer sich nur um Mängel kümmert, hat ein Gewerbe

## Kapitalanleger

- Abgeltungsteuer auf Darlehenszinsen: Bei Darlehen an nahe Angehörige auf dem Prüfstand
- Ausländische "schwarze" Investmentfonds: Besteuerung nach Investmentsteuergesetz rechtens
- Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft: Vorzeitige Wiederbestellung grundsätzlich zulässig
- Lehman-Anleger an Berufungsgerichte zurückverwiesen

## Immobilienbesitzer

- Haussanierung: Steuerabzugsmöglichkeiten als außergewöhnliche Belastung
- Bauzeitzinsen können auch bei Überschusseinkünften Herstellungskosten sein
- Miete nicht gezahlt: Mieter können sich nicht auf Irrtum über Ursache eines Mangels der Mietsache berufen

## 4 Angestellte

- Telearbeitsplatz: Aufwendungen voll abziehbar
- Doppelte Haushaltsführung auch bei rund 140 Kilometern Entfernung möglich
- Sperrzeit für Arbeitslosengeld: Auch, wenn Auflösungsvertrag höhere Abfindung brachte
- Wegeunfall: Berufsgenossenschaft muss gegebenenfalls Alkoholbedingtheit beweisen

## Familie und Kinder

- Ferienjob kann Kindergeld gefährden
- Verfahrensfehler: Trotz vorheriger Ablehnung kann Kindergeld gewährt werden
- Wenn die Oma Taxi spielt: Fahrtkosten-Erstattung ist steuerlich absetzbar

## 8 Arbeit, Ausbildung & Soziales

- Sonderausgabenabzug: Schulgeld für Schweizer Privatschule ist nicht begünstigt
- Telefoninterviewer sind Arbeitnehmer
- Ergänzende Lernförderung: Auch Schüler einer Ganztagschule können Anspruch darauf haben

## Bauen & Wohnen

- Wohnungskaufvertrag kann wegen sittenwidrig überhöhten Kaufpreises nichtig sein
- Hilfebedürftiger kann Unterkunftskosten nicht durch Mietvertrag mit sich selbst bestimmen
- Hartz IV: Kein Anspruch auf vermeidbare Doppelmieten
- Erhöhte Betriebskostenvorauszahlungen nicht geleistet: Vermieter darf Mieter fristlos kündigen

## Ehe, Familie & Erben

- Erbrecht: Einheitliche Regeln in der EU

- Ins Grundbuch darf der Sohn auch ohne Erbschein schauen
- Schenkungsteuer: Manchmal kommt es innerhalb von zehn Jahren auf einen einzigen Tag an
- Waisenrente kann auch in länger währender Übergangszeit zwischen Abitur und Studium zu zahlen sein

## Medien & Telekommunikation

22

- Softwarehersteller muss Weiterverkauf seiner "gebrauchten" Lizenzen hinnehmen
- File-Hosting-Dienste müssen Hinweis auf Urheberrechtsverletzungen nachgehen und gegebenenfalls handeln
- Anbieter kostenloser Hotspots müssen ihre Nutzer nicht identifizieren

## Staat & Verwaltung

24

- Übernachtungssteuer teilweise verfassungswidrig
- Zwangsabgabe für Reiche: Wirtschaftsinstitut rät dazu – Bundesregierung sieht in Deutschland keinen Bedarf
- Erstattungszinsen sind nicht notwendig steuerbar
- Vorläufigkeitsvermerk kann trotz fehlender Wiederholung im Änderungsbescheid fortgelten

## Bußgeld & Verkehr

26

- Pflanzenölkraftstoffe: Steuerförderung wird nicht verlängert

- Elektro- und Hybridfahrzeuge: Günstigere Besteuerung des geldwerten Vorteils
- Öffnen der Heckklappe: Gefahr des Anstoßens primär von Pkw-Eigentümer selbst zu tragen
- THC-Konzentration im Blut lässt Rückschlüsse auf Häufigkeit von Cannabis-Konsum zu

## Verbraucher, Versicherung & Haftung

28

- Treppe zum Wasser warnt vor sich selbst: Besucher muss mit nassen Stufen rechnen
- Verbraucherdarlehensvertrag: Unterzeichnung auf elektronischem Schreibtablett genügt nicht
- Arzthaftung: Nichtbeachtung einschlägiger Fachliteratur kann zu grobem Behandlungsfehler führen

## Wirtschaft, Wettbewerb und Handel

30

- Verbindliche Auskunft: Kein Anspruch auf bestimmten rechtmäßigen Inhalt
- Aqua-Fitness: Keine umsatzsteuerbefreite Heilbehandlung
- Mehrwertsteuerabzug darf nicht wegen Steuerhinterziehung des Rechnungsausstellers verweigert werden
- Wer nur 46% seiner Einnahmen bucht, macht auch das gutmütigste Finanzamt hellhörig

# Alle Steuerzahler

## Betriebsprüfung: Finanzbeamte holen üppige Mehrergebnisse

Immer mehr Firmen, Freiberufler, Landwirte, Bauherrengemeinschaften, Verlustzuweisungsgesellschaften und seit 2010 auch vermögende Privatpersonen müssen sich einer Betriebsprüfung unterziehen. Wie oft die Beamten kommen, hängt von Umsatz und Ertrag ab. Mittelständler müssen statistisch gesehen alle 15,2 Jahre mit einem Besuch rechnen, Großbetriebe sogar alle 4,6 Jahre. Dabei arbeiten die Finanzbeamten dank moderner Software effektiv und können mehr Fälle erledigen.

Im Jahr 2011 holten die 13.226 vorhandenen Betriebsprüfer bei ihren rund 200.000 Besuchen ein stolzes Mehrergebnis – Steuern und Nachzahlungszinsen – von 16,3 Milliarden Euro für die Staatskasse rein, was sich aus der aktuellen Statistik des Bundesfinanzministeriums vom 13. Juli 2012 für das abgelaufene Jahr 2011 ergibt. Hinzu kommen noch die Einnahmen der Lohnsteueraußenprüfung, der Umsatzsteuer-Sonderprüfung und der Steuerfahndungsdienste, die sind in diesen Mehrergebnissen nämlich nicht enthalten. In der Betriebsprüfungskartei des Fiskus sind knapp 8,6 Millionen Steuerpflichtige gespeichert, unterteilt nach Groß, Mittel, Klein- und Kleinstbetrieb. Wie bisher ergibt sich mit 77 Prozent der größte Teil der Mehrsteuern aus der Prüfung der 191.335 Großbetriebe.

Neben der Größe des Betriebes hängt die Häufigkeit einer Prüfung von Zufallsauswahl, besonderen Auffälligkeiten in der Steuererklärung und Branchenschwerpunkten ab. Waren die Beamten früher mit Akten und Bleistift ausgestattet, erscheinen sie jetzt mit Laptop. Der beinhaltet neben den im Amt gespeicherten Steuerdaten die Prüfungssoftware IDEA. Die wird von Beamten genutzt, um die Zugriffe auf die Firmen-EDV auszuwerten, abzugleichen und auf Schlüssigkeiten zu überprüfen. Hierzu müssen die besuchten Betriebe ihre Buchhaltungsdaten am PC jederzeit verfügbar und unverzüglich lesbar machen. Die Beamten loggen sich entweder in die Software des Unternehmens ein, lassen die Daten auf den eigenen Laptop überspielen oder als CD aushändigen. Die per Klick erreichbaren Ergebnisse waren früher nur mühselig per Hand durchzuführen und auf eine Zufallsauswahl beschränkt.

Besonders kritisch wird zunehmend bei der Umsatzsteuer kontrolliert. Die Vorschriften werden laufend verschärft, um dem Missbrauch vor allem in der Bauwirtschaft und jetzt auch bei den Gebäudereinigern und Handyverkäufern Einhalt zu gebieten. Hohe Anforderungen an den Rechnungsinhalt führen bei vielen Betrieben schon aus Formalgründen zu Nachzahlungen, weil die Vorsteuer nicht erstattet wird. Durch die Pflichtangabe der Steuernummer fällt es den Prüfern jetzt leicht, sofort Kontakt mit dem Finanzamt des Ausstellers aufzunehmen. Da fallen reihenweise schwarze Schafe auf, die zwar Rechnungen ausstellen, aber die Einnahmen verschweigen und die ausgewiesene Umsatzsteuer gar nicht abführen.

Aber auch Umsatzsteuer-Sonderprüfungen drohen zusätzlich oder anderen Personenkreisen, etwa Hausbesitzern, die Räume steuerpflichtig vermieten. So führten die im Jahr 2011 insgesamt 93.144 durchgeführten Umsatzsteuer-Sonderprüfungen zu einem Mehrergebnis von fast 2 Milliarden Euro. Diese Visiten werden unabhängig vom Turnus der allgemeinen Betriebsprüfung und ohne Unterscheidung der Größe der Betriebe vorgenommen. Im Jahresdurchschnitt waren 1.937 Umsatzsteuer-Sonderprüfer eingesetzt, die jeweils im Durchschnitt 48 Sonderprüfungen durchführten, was für jeden eingesetzten Prüfer ein durchschnittliches Mehrergebnis von knapp 1 Million Euro bedeutet.

## „Dogsitter“: Betreuung der Hunde außer Haus nicht absetzbar

Die Kosten für einen „Dogsitter“ können jedenfalls dann nicht als haushaltsnahe Dienstleistungen abgesetzt werden, wenn die Hunde außerhalb der Wohnung und des Gartens des Steuerpflichtigen betreut werden. Dies hat das Finanzgericht (FG) Münster entschieden. Der Kläger hat zwei Hunde, für die er regelmäßig einen Betreuungsservice in Anspruch nimmt. Die Hunde wurden vom „Hundesitter“ abgeholt und auch wieder zum Kläger zurückgebracht. Eine Betreuung der Tiere in der Wohnung des Klägers oder in dessen Garten fand nicht statt. Die für die Hundebetreuung angefallenen Aufwendungen von 2.750 Euro (2008) und 4.702 Euro (2009) machte der Kläger als haushaltsnahe Dienstleistungen geltend. Das Finanzamt lehnte die Anerkennung ab.



Zu Recht, wie das FG entschieden hat. Zwar handele es sich bei der Tätigkeit des „Dogsitters“ grundsätzlich um eine haushaltsnahe Dienstleistung im Sinne des § 35a Absatz 2 Einkommensteuergesetz (EStG). Das Gesetz erfasse hauswirtschaftliche Tätigkeiten, die üblicherweise zur Versorgung der Familie in einem Privathaushalt erbracht würden. Auch Leistungen, die für die Versorgung und Betreuung eines in den Haushalt des Steuerpflichtigen aufgenommenen Hundes erbracht würden, seien demnach grundsätzlich haushaltsnah. Denn Tätigkeiten wie Füttern, Fellpflege und das Ausführen des Hundes würden regelmäßig vom Steuerpflichtigen oder sonstigen Haushaltsangehörigen erledigt. Die Gewährung der Steuerermäßigung des § 35a Absatz 2 EStG scheitere im Streitfall jedoch daran, dass die konkreten Dienstleistungen nicht – wie das Gesetz verlange – „im“ Haushalt des Klägers erbracht worden seien, so das FG.

Finanzgericht Münster, Urteil vom 25.05.2012, 4 K 2289/11 E

### **E-Books: Ermäßigter oder normaler Mehrwertsteuersatz?**

Frankreich und Luxemburg wenden für digitale Bücher ermäßigte Mehrwertsteuersätze an, die unter Umständen nicht mit dem EU-Recht vereinbar sind. Dies meint die Europäische Kommission und hat deswegen Vertragsverletzungsverfahren gegen die beiden Länder eingeleitet.

Rechtlicher Hintergrund: Nach den europäischen Rechtsvorschriften können die EU-Mitgliedstaaten ermäßigte Mehrwertsteuersätze für eine begrenzte Anzahl von Gegenständen und Dienstleistungen anwenden, die in Anhang III der Mehrwertsteuerrichtlinie aufgelistet sind. Das Herunterladen digitaler Bücher gilt als eine auf elektronischem Wege erbrachte Dienstleistung, die in dieser Liste nicht aufgeführt ist und daher auch nicht zum ermäßigten Satz besteuert werden kann.

In ihrer Mitteilung zur Zukunft der Mehrwertsteuer vom Dezember 2011 hat die Kommission eigenen Angaben zufolge die Möglichkeit erwogen, die Mehrwertsteuersätze für traditionelle und für digitale Bücher aneinander anzupassen. Die Kommission wird dazu bis Ende 2013 Vorschläge vorlegen. Eine Anpassung in Richtung der derzeit für traditionelle Bücher geltenden ermäßigten Steuersätze sei jedoch ohne eine Änderung der Mehrwertsteuerrichtlinie nicht möglich.

Frankreich und Luxemburg hätten dennoch entschieden, ab Januar 2012 für E-Books ermäßigte Mehrwertsteuersätze anzuwenden. Nach Ansicht der Kommission verstoßen sie damit gegen EU-Recht. Die ermäßigten Mehrwertsteuersätze betragen sieben Prozent in Frankreich und drei Prozent in Luxemburg und schafften spürbare Wettbewerbsverzerrungen zulasten der Wirtschaftsbeteiligten in den anderen 25 Mitgliedstaaten der EU, so die Kommission. Denn E-Books könnten ganz einfach in einem anderen Mitgliedstaat als dem Wohnsitzmitgliedstaat des Verbrauchers erworben werden, und nach den derzeit geltenden Rechtsvorschriften würden die Mehrwertsteuersätze des Mitgliedstaats des Dienstleistungserbringers – und nicht die des Kunden – angewandt.

Lokale Akteure des E-Bookmarkts hätten sich darüber beschwert, dass einige dominante Akteure dieses Markts ihre Vertriebswege so angepasst hätten, dass sie von den ermäßigten Mehrwertsteuersätzen profitieren. Dies habe im ersten Quartal 2012 erhebliche Auswirkungen auf die Verkäufe digitaler und anderer Bücher in den übrigen Mitgliedstaaten gehabt.

Jetzt haben Frankreich und Luxemburg einen Monat Zeit, zu den Vorwürfen der Kommission Stellung zu nehmen. Falls die vorgebrachten Argumente als nicht ausreichend erachtet werden, kann die Kommission den Verstoß formal feststellen und beide Länder in einer mit Gründen versehenen Stellungnahme, der zweiten Stufe des Vertragsverletzungsverfahrens, auffordern, ihre Rechtsvorschriften zu ändern. Europäische Kommission, PM vom 03.07.2012

# Unternehmer

## **Beteiligungsgewinn: Nicht bei Verschmelzung zweier Schwesterpersonengesellschaften zunächst aufeinander und dann auf Muttergesellschaft**

Für den Fall, dass zwei Schwesterpersonengesellschaften zunächst aufeinander und dann auf die Muttergesellschaft verschmolzen werden, entsteht – entgegen dem Inhalt des Umwandlungssteuererlasses – kein Beteiligungsgewinn. Dies hat das Finanzgericht (FG) Hamburg entschieden.

Die Klägerin, eine an der Spitze eines Konzerns stehende GmbH, war alleinige Gesellschafterin der B-GmbH und an der C GmbH & Co. KG beteiligt. Zum 31.12.1996 wurde die C-KG in eine GmbH umgewandelt und die B-GmbH auf sie verschmolzen. In der Bilanz der Klägerin wurde der Buchwert der B-GmbH auf die Beteiligung an der C-GmbH umgebucht. Zum 31.12.2000 wurde die C-GmbH auf die Klägerin verschmolzen.

Im Hinblick auf diese Verschmelzung legte das Finanzamt der Körperschaftsteuer der Klägerin für das Jahr 2000 unter Bezugnahme auf den sogenannten Umwandlungssteuererlass (Schreiben des Bundesfinanzministeriums vom 25.03.1998) einen Hinzurechnungsbetrag zugrunde. Nach dem Erlass sei im Fall der Verschmelzung zweier Schwesterpersonengesellschaften bei der gemeinsamen Muttergesellschaft, die auf die Anschaffungskosten der Anteile an der verschmolzenen Tochtergesellschaft eine Teilwertabschreibung vorgenommen habe, ein Hinzurechnungsbetrag nach § 12 Absatz 2 Satz 2 Umwandlungssteuergesetz (UmwStG) zu ermitteln. Dieser zunächst nur festzuhaltende Betrag sei bei einer späteren Verschmelzung der Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft bei dieser hinzuzurechnen.

Die Klägerin hatte mit ihrer hiergegen erhobenen Klage Erfolg. Das FG hat entschieden, dass die im Umwandlungssteuererlass vorgesehene Hinzurechnung im Gesetz keine Stütze finde. § 12 Absatz 2 UmwStG, der der Vermeidung „doppelter Verlustnutzung“ diene, sei unmittelbar nicht einschlägig. Denn die Verschmelzung zweier Schwesterpersonengesellschaften werde tatbestandlich nicht erfasst. Für das „Festhalten“ eines fiktiven Korrekturbetrags gebe es – auch im Auslegungswege – keine gesetzliche Grundlage. Eine steuerbegründende beziehungsweise -verschärfende Analogie sei nicht statthaft. Die fehlende Tatbestandsmäßigkeit der Hinzurechnung könne auch nicht durch eine „wirtschaft-

liche Betrachtungsweise“ ersetzt werden. Für das Festhalten und die spätere Hinzurechnung eines aufgeschobenen Hinzurechnungsbetrags gebe es im Übrigen auch keine – im Hinblick auf seine Bedeutung erforderlichen – verfahrensrechtlichen Bestimmungen.

Die vom Finanzgericht zugelassene Revision wird beim Bundesfinanzhof unter dem Aktenzeichen I R 28/12 geführt.

Finanzgericht Hamburg, Urteil vom 27.02.2012, 6 K 119/10

## **Kfz-Steuer für zur Insolvenzmasse gehörendes Kfz ab Insolvenzeröffnung aus der Masse zu befriedigen**

Die Kfz-Steuer, die nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens entsteht, ist dann eine Masseverbindlichkeit im Sinne der Insolvenzordnung (InsO), wenn das Fahrzeug Teil der Insolvenzmasse ist. Nach zwei Urteilen des Finanzgerichts (FG) Schleswig-Holstein gilt dies unabhängig davon, ob die Steuer für einen bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens laufenden Entrichtungszeitraum bereits entrichtet war.

Die mit Beginn des jeweiligen Entrichtungszeitraums entstehende Kfz-Steuer-Zahlungsschuld sei kein „begründeter Vermögensanspruch“ im Sinne des § 38 InsO und damit keine Insolvenzforderung, soweit der steuerrelevante Sachverhalt des Haltens des Fahrzeugs nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens verwirklicht werde, so das FG.

In den zugrunde liegenden Fällen hatte das Finanzamt nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens die – ursprünglich für ein vollständiges Jahr festgesetzte und bereits entrichtete – Kfz-Steuer für ein weiterhin zum Verkehr auf öffentlichen Straßen zugelassenes Fahrzeug der Insolvenzschuldnerin bis zum Tag vor der Insolvenzeröffnung begrenzt. Das sich aus diesem Bescheid aufgrund der bereits vollständig erfolgten Entrichtung der Kfz-Steuer ergebende Guthaben verrechnete das Finanzamt mit offenen Umsatzsteuer-Rückständen im Range von Insolvenzforderungen. Gleichzeitig setzte es die Kfz-Steuer für den Zeitraum ab Insolvenzeröffnung bis zum Ende des ursprünglichen beziehungsweise regulären Entrichtungszeitraums neu fest und für danach beginnende Entrichtungszeiträume auf einen neuen Jahresbetrag fest. Einspruch und Klage des Insolvenzverwalters gegen die Masseforderung des Finanzamts blieben erfolglos.

Finanzgericht Schleswig-Holstein, Urteile vom 08.03.2012, 3 K 17/11 und 3 K 18/11, rechtskräftig



### Unentgeltliche oder verbilligte Mahlzeiten der Arbeitnehmer

Werden Mahlzeiten (Essen plus ein Getränk) unentgeltlich oder verbilligt an die Arbeitnehmer abgegeben, sind Mittag- und Abendessen sowie Frühstück mit dem anteiligen amtlichen Sachbezugswert nach der Verordnung über die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung von Zuwendungen des Arbeitgebers als Arbeitsentgelt noch der Sozialversicherungsentgeltverordnung zu bewerten. Sie gelten einheitlich bei allen Arbeitnehmern in allen Bundesländern.

Die Sachbezugswerte ab Kalenderjahr 2012 sind durch die Vierte Verordnung zur Änderung der Sozialversicherungsentgeltverordnung festgesetzt worden. Demzufolge beträgt der Wert für Mahlzeiten, die ab Kalenderjahr 2012 gewährt werden, für jedes Mittag- oder Abendessen 2,87 Euro und für jedes Frühstück 1,57 Euro. Darüber hinaus wird es von der Finanzverwaltung nicht beanstandet, wenn auch Mahlzeiten zur üblichen Beköstigung bei Auswärtstätigkeit oder im Rahmen einer doppelten Haushaltsführung mit dem maßgebenden Sachbezugswert angesetzt werden, wenn die übrigen Voraussetzungen bei diesen Ereignissen erfüllt sind.

Für folgende Mahlzeiten gelten Sonderregelungen:

- Sie werden durch eine vom Arbeitgeber selbst oder nicht betriebene Kantine abgegeben
- Mahlzeiten in einer Gaststätte oder vergleichbare Einrichtungen
- Der vom Arbeitnehmer für eine Mahlzeit gezahlte Preis (einschließlich Umsatzsteuer) unterschreitet den maßgebenden amtlichen Sachbezugswert
- Der Arbeitgeber gibt unterschiedliche Mahlzeiten zu unterschiedlichen Preisen teilentgeltlich oder unentgeltlich an die Arbeitnehmer ab
- Essensmarken, Essensgutscheine, Restaurantschecks
- Essen, die im ganz überwiegenden betrieblichen Interesse des Arbeitgebers an die Arbeitnehmer abgegeben werden. Sie gehören nicht zum Arbeitslohn.
- Mahlzeiten im Rahmen herkömmlicher Betriebsveranstaltungen
- Arbeitsessen

- Beteiligung von Arbeitnehmern an einer geschäftlich veranlassten Bewirtung.
- Mahlzeiten während einer Bildungsmaßnahme: keine übliche Beköstigung, wenn der Wert der Mahlzeit 40 Euro übersteigt

### Gewerbsteuer: Abschaffung der Abziehbarkeit als Betriebsausgabe auf dem Prüfstand

Beim Bundesfinanzhof (BFH) ist ein Verfahren anhängig, in dem es um die Frage geht, ob die mit dem Unternehmensteuerreformgesetz 2008 erfolgte Abschaffung der Abziehbarkeit der Gewerbsteuer als Betriebsausgabe als sogenannte Gegenfinanzierungsmaßnahme verfassungsgemäß ist. Strittig ist nach Angaben des Bundes der Steuerzahler (BdSt), ob es Rechtfertigungsgründe für die Verletzung des objektiven Nettoprinzips gibt. Nach diesem Prinzip seien Betriebsausgaben nämlich grundsätzlich steuerlich abziehbar.

In Anbetracht des vor dem BFH anhängigen Verfahrens rät der BdSt Unternehmen, die Gewerbsteuer zahlen, Einspruch gegen ihren Einkommensteuerbescheid wegen Nichtabziehbarkeit der Gewerbsteuer als Betriebsausgabe einzulegen. Gleichzeitig sollte das Ruhen des Verfahrens beantragt werden. Mit dieser Vorgehensweise würden die betreffenden Einkommensteuerbescheide offengehalten und nicht bestandskräftig. Im Fall einer steuerzahlerfreundlichen Gerichtsentscheidung könne diese dann unproblematisch auf den eigenen Sachverhalt übertragen werden.

Bund der Steuerzahler, PM vom 02.07.2012

### Wer sich nur um Mängel kümmert, hat ein Gewerbe

Hat sich ein Selbstständiger darauf spezialisiert, Mängel von Fußbodenbelägen zu beheben, so erzielt er Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Er übt keine „einem Ingenieur oder Architekten ähnliche Tätigkeit“ aus. Der entschiedene Fall betraf einen Unternehmer, der ein anerkannter Bausachverständiger für Fußbodenbeläge ist und Schadengutachten für Versicherungen und Wertgutachten über Grundstücke und Immobilien erstellt.

Niedersächsisches FG, 15 K 14/11 vom 22.04.2011

# Kapital- anleger

## Abgeltungsteuer auf Darlehenszinsen: Bei Darlehen an nahe Angehörige auf dem Prüfstand

Der Bund der Steuerzahler (BdSt) unterstützt ein Musterverfahren zum Thema Abgeltungsteuer, in dem die Frage geklärt werden soll, ob die steuerliche Behandlung von Darlehenszinsen davon abhängen darf, wie der Darlehensempfänger das Geld nutzt.

Konkret geht es um die Gewährung eines Darlehens an einen nahen Angehörigen. Nutzt dieser das Darlehen für Zwecke der Einkunftszielung, so wird für die Darlehenszinsen nicht der Abgeltungsteuersatz angewendet. Verwendet der Darlehensempfänger das Geld für private Zwecke wie zum Beispiel eine Urlaubsreise, unterfallen die Zinseinnahmen hingegen der Abgeltungsteuer. Laut BdSt ist fraglich, ob dies gerechtfertigt sein kann.

In dem zugrunde liegenden Fall hatten die Kläger ihrem Sohn und den Enkelkindern ein Darlehen für die Anschaffung einer fremdvermieteten Immobilie gewährt. Der Darlehensvertrag war schriftlich abgeschlossen worden und beinhaltete eine fremdübliche Verzinsung. Die Kläger wollten die Zinseinnahmen mit dem pauschalen Abgeltungsteuersatz versteuern. Das Finanzamt wandte stattdessen den (höheren) persönlichen Steuersatz der Kläger an.

Bund der Steuerzahler, PM vom 08.06.2012 zu Finanzgericht Niedersachsen, 15 K 417/10

## Ausländische „schwarze“ Investmentfonds: Besteuerung nach Investmentsteuergesetz rechtens

Kapitalerträge aus ausländischen Investmentfonds, die nicht bestimmte, im Investmentsteuergesetz (InvStG) vorgesehene Publizitätsanforderungen erfüllen (sogenannte schwarze Fonds), dürfen nach dem InvStG pauschal besteuert werden. Dies hat das Finanzgericht (FG) Berlin-Brandenburg entschieden. Gegen das Urteil ist beim Bundesfinanzhof unter dem Aktenzeichen VIII R 27/12 die Revision anhängig.

Die Klägerin, eine amerikanische Staatsbürgerin, erzielte Einkünfte aus US-Investmentfonds. Diese erfüllten bestimmte, im InvStG vorgesehene Publizitätsanforderungen nicht, nämlich unter anderem die Bekanntmachung der Ausschüttungen und ausschüttungsgleichen Erträ-

ge. Das Finanzamt besteuerte die Klägerin daher nach den für solche „schwarzen“ Fonds geltenden Vorschriften des InvStG. Die dagegen erhobene Klage hatte keinen Erfolg.

Das FG Berlin-Brandenburg sah in der pauschalen Besteuerung der Kapitalerträge nach dem InvStG insbesondere keine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit, weil die maßgeblichen Regelungen gleichermaßen für inländische wie ausländische Investmentgesellschaften gelten. Zwar gebe es einzelne Vorschriften, die gerade von ausländischen Gesellschaften besondere Nachweise verlangten. Dies sei jedoch gerechtfertigt, weil die Finanzbehörden bei ausländischen Gesellschaften anders als bei inländischen keine Außenprüfung zur Aufklärung der steuerlichen Verhältnisse vornehmen und somit die Erklärungen über die Ausschüttungen nicht kontrollieren könnten.

Finanzgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 23.05.2012, 1 K 1159/08

## Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft: Vorzeitige Wiederbestellung grundsätzlich zulässig

Die Wiederbestellung des Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft für (höchstens) fünf Jahre nach einverständlicher Amtsniederlegung ist auch ohne besondere Gründe zulässig. Dies stellt der Bundesgerichtshof (BGH) klar. Entscheidend sei, dass der Aufsichtsrat sich nicht länger als nach § 84 Absatz 1 Aktiengesetz (AktG) zulässig bindet und mindestens alle fünf Jahre über die Verlängerung der Amtszeit des Vorstandsmitglieds eine Entscheidung trifft.

Der Kläger ist Mitglied des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft, an der zwei Familienstämme beteiligt sind. Am Tag vor der Hauptversammlung vom 07.07.2007 beschloss der Aufsichtsrat, zwei Vorstandsmitglieder, die einem Familienstamm zuzurechnen waren, unter „einvernehmlicher Aufhebung“ ihrer noch bis zum Januar 2010 laufenden Bestellung für jeweils fünf Jahre bis Juli 2012 erneut zu Vorstandsmitgliedern zu bestellen.

Der Kläger hat beantragt festzustellen, dass die Aufsichtsratsbeschlüsse über die Wiederbestellung der beiden Vorstandsmitglieder nichtig sind. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht ihr stattgegeben. Nach seinen Feststellungen wurden die Beschlüsse über die vorzeitige Wiederbestellung für fünf Jahre vor dem Hinter-



grund von Streitigkeiten zwischen den Familienstämmen gefasst, um für den am nächsten Tag von der Hauptversammlung zu wählenden neuen Aufsichtsrat „vollendete Tatsachen“ zu schaffen.

Zum rechtlichen Hintergrund führt der BGH aus, nach § 84 Absatz 1 AktG dürften Vorstandsmitglieder auf höchstens fünf Jahre bestellt werden; über eine wiederholte Bestellung oder Verlängerung der Amtszeit dürfe der Aufsichtsrat frühestens ein Jahr vor Ablauf der bisherigen Amtszeit entscheiden. Im juristischen Schrifttum herrsche Streit darüber, ob die erneute Bestellung eines Vorstandsmitglieds unter gleichzeitiger Aufhebung seiner bisherigen Bestellung außerhalb der Jahresfrist rechtmäßig ist oder § 84 Absatz 1 AktG damit unzulässig umgangen wird. Nach Nr. 5.1.2 des DCGK (Deutscher Corporate Governance Kodex) soll eine Wiederbestellung vor Ablauf eines Jahres vor dem Ende der Bestelldauer bei gleichzeitiger Aufhebung der laufenden Bestellung nur bei Vorliegen besonderer Umstände erfolgen.

Der BGH hat jetzt entschieden, dass nach § 84 Absatz 1 AktG eine Wiederbestellung des Vorstandsmitglieds für (höchstens) fünf Jahre nach einverständlicher Amtsniederlegung auch ohne besondere Gründe zulässig ist. Sowohl die Gesetzgebungsgeschichte als auch der Sinn und Zweck des § 84 Absatz 1 AktG ließen diese Möglichkeit zu. Entscheidend sei danach, dass der Aufsichtsrat sich nicht länger als nach § 84 Absatz 1 AktG zulässig bindet und mindestens alle fünf Jahre über die Verlängerung der Amtszeit des Vorstandsmitglieds eine Entscheidung trifft.

Diese Voraussetzungen seien hier erfüllt. Dass der neue Aufsichtsrat durch die Entscheidung gebunden wird, mache sie nicht unzulässig. Denn der Aufsichtsrat in seiner jeweiligen personellen Zusammensetzung habe kein Recht, den Vorstand ohne Rücksicht auf die Laufzeit der Bestellungen mit Mitgliedern seines Vertrauens zu besetzen. Gründe, aus denen die Wiederbestellung im konkreten Fall rechtsmissbräuchlich hätte sein können, waren nach Auffassung des BGH nicht ersichtlich.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 16.07.2012, II ZR 55/11

### Lehman-Anleger an Berufungsgerichte zurückverwiesen

Mehrere Lehman-Anleger müssen erneut vor den Berufungsgerichten um Schadenersatz kämpfen. Dies hat der Bundesgerichtshof (BGH) in vier parallel gelagerten Verfahren entschieden. Jedenfalls mit der von den Berufungsgerichten gegebenen Begründung könne ein Schadenersatzanspruch der Anleger gegen die beklagte Bank nicht bejaht werden, so die Bundesrichter.

Sie stellen klar, dass die beratende Bank den Kunden im Fall eines Festpreisgeschäfts auf der Grundlage der insoweit gebotenen typisierenden Betrachtungsweise weder über ihre Gewinnmarge noch darüber aufklären muss, dass der Zertifikaterwerb im Wege eines Eigengeschäfts (Kaufvertrag) erfolgt.

Liege dem Zertifikaterwerb ein Kommissionsvertrag zwischen den Anlegern und der beklagten Bank zugrunde, bestehe keine Aufklärungspflicht der Bank über eine allein von der Emittentin an sie gezahlte Vergütung. Eine solche Aufklärungspflicht ergebe sich nicht aus den Rechtsprechungsgrundsätzen zu Rückvergütungen, betont der BGH. Diese beträfen lediglich Rückvergütungen aus offen ausgewiesenen Vertriebsprovisionen, deren Rückfluss an die beratende Bank dem Kunden verheimlicht wird. Eine Aufklärungspflicht hinsichtlich der von der Emittentin erhaltenen Provision folge ferner weder aus einer etwaigen Herausgabepflicht des Kommissionärs noch aus dem allgemeinen Gewinninteresse der Bank.

Hintergrund: In den zu entscheidenden Fällen hatten die Wertpapierabrechnungen nur den an die beklagte Bank zu zahlenden Nominalbeziehungsweise Kurswert der Zertifikate, aber keine von den Anlegern an die Emittentin zu entrichtenden und ohne Wissen der Anleger an die Bank zurückfließenden Posten ausgewiesen.

Jetzt müssen die Berufungsgerichte noch einmal über die Fälle entscheiden. Denn die Anleger hatten der beklagten Bank noch andere Pflichtverletzungen vorgeworfen. Diesen sind die Berufungsgerichte bislang nicht nachgegangen, was sie jetzt nachholen müssen.

Bundesgerichtshof, Urteile vom 26.06.2012, XI ZR 259/11, XI ZR 316/11, XI ZR 355/10, XI ZR 356/10

# Immobilien- besitzer

## Haussanierung: Steuerabzugsmöglichkeiten als außergewöhnliche Belastung

Der Sanierungsaufwand für ein selbst genutztes Wohnhaus kann als außergewöhnliche Belastung von der Einkommensteuer abzugsfähig sein, entschied der Bundesfinanzhof (BFH) mit drei Urteilen vom gleichen Tag (Az. VI R 21/11, VI R 70/10 und VI R 47/10). Das gilt auch, wenn

- durch die Baumaßnahmen Gesundheitsgefährdungen wie etwa durch Asbest abgewehrt werden,
- Hausschwamm am Gebäude beseitigt wird,
- unzumutbare Beeinträchtigungen wie Geruchsbelästigungen behoben werden oder
- es um die Behebung sonstiger Schäden wie etwa durch Brand und Hochwasser kommt.

Der BFH schränkt den Umfang des steuerlichen Abzugspotentials allerdings ein. Denn der Anlass für eine Sanierung darf weder schon beim Hauserwerb erkennbar gewesen sein, noch darf der Schaden von den Immobilieneigentümern verschuldet worden sein. Vor dem Abzug als außergewöhnliche Belastung muss der Hausbesitzer zudem mögliche Ersatzansprüche etwa gegen Bauunternehmer oder Versicherung realisieren. Schädlich ist auch das Unterlassen des Abschlusses einer allgemein zugänglichen und üblichen Versicherungspolice.

Grundsätzlich können nach der Rechtsprechung auch Kosten zur Wiederherstellung der Bewohnbarkeit eines selbstgenutzten Gebäudes außergewöhnliche Belastung sein, wenn die Immobilie durch ein von dem Eigentümer nicht beeinflussbares außergewöhnliches Ereignis beschädigt wurde, in der Alltagspraxis ist das oft ein Wasserschaden.

Erfolgt die Asbestsanierung eines Wohnhauses, ist aus Steuersicht nur nötig, dass davon eine konkrete Gesundheitsgefährdung ausgeht, die auf einen Dritten zurückzuführen ist. Für den Steuerabzug muss dem Finanzamt kein vor Durchführung dieser Maßnahmen erstelltes amtliches technisches Gutachten vorgelegt werden, wenn der Steuerpflichtige nachweisen kann, dass er sich den entstandenen Aufwendungen aus tatsächlichen Gründen nicht entziehen konnte. Das nicht mehr benötigte amtliche Gutachten hatte der BFH übrigens bereits für Krankheitskosten entschieden. Entsprechendes gilt auch für Aufwendungen zur Beseitigung konkreter Gesundheitsgefahren. Denn aus dem Gesetz

ergeben sich keine gesteigerten Nachweispflichten, und zudem widerspricht dies dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung.

### Tipp

*Die Beseitigung unzumutbarer Beeinträchtigungen kann auch entstehen und deshalb grundsätzlich als außergewöhnliche Belastung abziehbar sein, wenn es etwa um den Austausch von mit Formaldehyd verseuchtem Mobiliar geht und die Neuanschaffung medizinisch indiziert ist. Nichts anderes gilt für Geruchsbelästigungen, die durch Überschreiten von objektiv feststellbaren Geruchsschwellen vorhanden sind. Die steuerliche Begünstigung der Beseitigung konkreter Gesundheitsgefährdungen liegt sogar vor, wenn diese anderen Familienmitgliedern droht. Das gilt etwa bei der Sanierung wegen eines Kindes, weil Holzschutzmittel für Atemwegserkrankungen die Ursache sind.*

## Bauzeitinsen können auch bei Überschusseinkünften Herstellungskosten sein

Sind Bauzeitinsen während der Herstellungsphase nicht als (vorab entstandene) Werbungskosten abziehbar, können sie in die Herstellungskosten einbezogen werden, wenn das fertiggestellte Gebäude durch Vermietung genutzt wird. Dies hat der Bundesfinanzhof (BFH) im Fall eines Steuerpflichtigen entschieden, der ein Mehrfamilienhaus errichtete, das er zunächst verkaufen wollte, das er dann aber aufgrund einer neuen Entscheidung ab Fertigstellung vermietete.

Solange das Gebäude veräußert werden sollte, waren die während der Bauphase anfallenden Finanzierungsaufwendungen laut BFH keine vorab entstandenen Werbungskosten. Es habe sich aber die Frage gestellt, ob sie insoweit in die Herstellungskosten und damit in die AfA-Bemessungsgrundlage einbezogen werden konnten.

Der BFH bejahte diese Frage. § 255 Absatz 3 Satz 2 des Handelsgesetzbuches (HGB) erlaube den Ansatz von Bauzeitinsen, also von Zinsen, die auf den Zeitraum der Herstellung entfallen. Allerdings würden die Vorschriften des HGB zunächst nur für bilanzierende Steuerpflichtige gelten: Ihr handelsrechtliches Einbeziehungswahlrecht werde auch einkommensteuerrechtlich anerkannt. Nach der ständigen Rechtspre-



chung des BFH seien die AfA (Absetzungen für Abnutzungen) für den Bereich der Überschusseinkünfte indes nach den gleichen Grundsätzen wie für die Gewinneinkünfte zu bestimmen. Da Systematik und Zweck des Gesetzes keine unterschiedliche Auslegung gebieten, könnten Bauzeitinsen ganz unabhängig von den während der Herstellungsphase verfolgten Zwecken in die AfA-Bemessungsgrundlage einbezogen werden, wenn der Steuerpflichtige das fertiggestellte Gebäude dazu nutze, Einkünfte aus Vermietung zu erzielen.

Bundesfinanzhof, Urteil vom 23.05.2012, IX R 2/12

### **Miete nicht gezahlt: Mieter können sich nicht auf Irrtum über Ursache eines Mangels der Mietsache berufen**

Die Beklagten sind Mieter eines Einfamilienhauses der Kläger. Im Dezember 2008 teilten sie den Klägern mit, dass sich im Haus aufgrund baulicher Mängel Schimmel und Kondenswasser bildeten. Anlässlich eines Ortstermins im Dezember 2008 brachten die Kläger gegenüber den Beklagten zum Ausdruck, dass ihrer Ansicht nach das Heiz- und Lüftungsverhalten der Beklagten dafür verantwortlich sei. Die Beklagten minderten die Bruttomiete in Höhe von 1.550 Euro pro Monat für die Monate März 2009 bis Juni 2010 um jeweils 310 Euro (20 Prozent). Die Kläger kündigten das Mietverhältnis mit Schriftsatz vom 07.01.2010 wegen des bis dahin aufgelaufenen Mietrückstands in Höhe von 3.410 Euro fristlos.

Mit ihrer Klage haben die Kläger Zahlung des bis Januar 2010 aufgelaufenen Mietrückstands nebst Zinsen sowie die Räumung des Hauses verlangt. Das Amtsgericht hat nach Einholung eines Sachverständigenutachtens mit Urteil vom 27.05.2010 einen zur Minderung berechtigenden Mangel verneint und der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Die Beklagten glichen daraufhin im Juni 2010 den für die Monate Februar 2010 bis Mai 2010 aufgelaufenen Mietrückstand aus und zahlten ab Juli 2010 unter Vorbehalt wieder die volle Miete. Während des Berufungsverfahrens glichen die Beklagten im Februar 2011 den zu diesem Zeitpunkt noch offenen Mietrückstand vollständig aus. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Beklagten – nachdem die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache in Höhe von 3.410 Euro übereinstimmend für erledigt erklärt hatten – zur Zah-

lung von Zinsen verurteilt und die Klage hinsichtlich der Räumung abgewiesen. Bei der Begründung hat es darauf abgestellt, dass die Beklagten kein Verschulden an der Nichtzahlung der Miete treffe und sie sämtliche Rückstände im Februar 2011 ausgeglichen hätten.

Die Revision der Kläger hatte Erfolg. Der BGH hat entschieden, dass auch im Rahmen des § 543 Absatz 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) der Mieter die Nichtzahlung der Miete zu vertreten hat, wenn ihm Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last fällt. Das sei der allgemeine Sorgfaltsmaßstab des § 276 Absatz 1 Satz 1 BGB. Für eine mildere Haftung und damit eine Privilegierung des Mieters bestehe auch in den Fällen kein Anlass, in denen der Mieter die Ursache eines Mangels fehlerhaft einschätzt. Der Mieter könne bei Zweifeln die Miete unter Vorbehalt zahlen, sodass ihm die Möglichkeit bleibe, eine gerichtliche Klärung seiner Rechte herbeizuführen, ohne dem Risiko einer fristlosen Kündigung ausgesetzt zu sein.

Im vorliegenden Fall konnte der Zahlungsverzug laut BGH nicht wegen fehlenden Verschuldens der Beklagten verneint werden. Den Beklagten habe sich die Vermutung aufdrängen müssen, dass das Vorhandensein zweier Aquarien sowie eines Terrariums mit Schlangen eine die Schimmelbildung begünstigende höhere Luftfeuchtigkeit in der gemieteten Wohnung bedingte und somit an das Lüftungsverhalten entsprechend höhere Anforderungen zu stellen gewesen seien.

Die Mietrückstände seien erst im Februar 2011 vollständig ausgeglichen worden. Da diese Zahlung nicht mehr innerhalb der Schonfrist des § 569 Absatz 3 Nr. 2 BGB erfolgt sei, habe sie die Wirksamkeit der Kündigung vom 07.01.2010 unberührt gelassen. Damit seien die Beklagten zur Räumung verpflichtet.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 11.07.2012, VIII ZR 138/11

# Angestellte

## Telearbeitsplatz: Aufwendungen voll abziehbar

Aufwendungen für einen Raum, der sich in der eigenen Wohnung befindet, unterliegen nicht zwingend dem Abzugsverbot für ein häusliches Arbeitszimmer. Habe sich ein Arbeitnehmer gegenüber seinem Arbeitgeber verpflichtet, an mehreren Arbeitstagen von zu Hause an seinem Telearbeitsplatz zu arbeiten, könne er die ihm hierfür entstehenden Erwerbsaufwendungen in voller Höhe abziehen, berichtet die Vereinigte Lohnsteuerhilfe (VLH). Dies ergebe sich aus einem Urteil des Finanzgerichts (FG) Rheinland-Pfalz.

In dem zugrunde liegenden Fall sei ein Oberregierungsrat aufgrund einer arbeitszeitvertraglichen Vereinbarung wöchentlich drei Tage beim Arbeitgeber und an zwei Tagen von zu Hause aus tätig gewesen. Dafür habe er einen Raum vorhalten müssen, für den der Arbeitgeber die Telefonkosten übernommen und die EDV-Einrichtung mit der Absicht gestellt habe, Einsparmöglichkeiten in seinem Dienstgebäude zu nutzen.

Da der Arbeitnehmer arbeitsvertraglich und damit erwerbsbedingt verpflichtet gewesen sei, einen Telearbeitsplatz in einem separaten Raum bei sich einzurichten, sei das FG nach Würdigung der besonderen Umstände der Meinung gewesen, dass der beruflich genutzte Raum nicht dem Typus eines häuslichen Arbeitszimmers gleichzustellen sei und insofern alle dafür entstandenen Kosten abziehbar seien, so die Lohnsteuerhilfe.

Sie rät allen Personen, die im Einvernehmen mit ihrem Arbeitgeber teilweise oder ganz von zu Hause aus arbeiten, die dafür entstehenden Erwerbsaufwendungen für den Tätigkeitsraum und den Telearbeitsplatz in voller Höhe zu beantragen. Lehnt das Finanzamt dies ab, sollte nach Meinung der VLH hiergegen Einspruch eingelegt und die Aussetzung der Entscheidung hierüber beantragt werden. Dabei sei auf das Revisionsverfahren hinzuweisen, das gegen das Urteil des FG Rheinland-Pfalz mittlerweile beim Bundesfinanzhof laufe (VI R 40/12). Vereinigte Lohnsteuerhilfe e. V., PM vom 09.07.2012 zu Finanzgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 19.01.2012, 4 K 1270/09

## Doppelte Haushaltsführung auch bei rund 140 Kilometern Entfernung möglich

Eine Wohnung dient dann im Sinne einer doppelten Haushaltsführung dem Wohnen am Beschäftigungsort, wenn sie es dem Arbeitnehmer ermöglicht, seine Arbeitsstätte täglich aufzusuchen. Dabei spielen Gemeinde- oder Landesgrenzen keine Rolle. Dies betont der Bundesfinanzhof (BFH). Der Begriff „Beschäftigungsort“ sei nicht auf die politische Gemeinde begrenzt, sondern erfasse die gesamte Umgebung. Der BFH stellt außerdem klar, dass die Entscheidung darüber, ob eine Wohnung so gelegen ist, dass der Arbeitnehmer in zumutbarer Weise täglich von dort seine Arbeitsstätte aufsuchen kann, in erster Linie der tatrichterlichen Würdigung durch das Finanzgericht obliegt.

Im zugrunde liegenden Fall befand sich die Zweitwohnung rund 140 Kilometer entfernt von der Arbeitsstätte der Klägerin. Das Finanzgericht behandelte diese trotzdem als Zweitwohnung im Sinne einer doppelten Haushaltsführung. Der BFH hat diese Würdigung nicht beanstandet. Die Entfernung zwischen Wohnung und Arbeitsstätte sei ein wesentliches, allerdings nicht allein entscheidungserhebliches Merkmal. Es könne zum Beispiel sein, dass die Wohnung verkehrsgünstig zur Arbeitsstätte liege und deswegen als Zweitwohnsitz anzuerkennen sei.

So liege es auch hier. Die Klägerin benötige für die Zufahrt von dem Ort ihrer Zweitwohnung zu ihrem Beschäftigungsort mit dem ICE eine Stunde. Das FG habe deswegen annehmen dürfen, dass ihr ein tägliches Aufsuchen ihrer Arbeitsstätte möglich sei, ein solcher Zeitaufwand für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte angesichts steigender Mobilitätsanforderungen nicht unüblich sei und die Wohnung mithin noch im Einzugsbereich der Arbeitsstätte liege.

Bundesfinanzhof, Urteil vom 19.04.2012, VI R 59/11

## Sperrzeit für Arbeitslosengeld: Auch, wenn Auflösungsvertrag höhere Abfindung brachte

Hat ein Arbeitsloser sein Beschäftigungsverhältnis gelöst und grob fahrlässig die Arbeitslosigkeit herbeigeführt, ruht der Anspruch auf Arbeitslosengeld für die Dauer einer Sperrfrist von zwölf Wochen. Diese Sperrzeit gilt nach einem Urteil des Landessozialgerichts (LSG) Hessen



auch dann, wenn mit dem Abschluss eines Auflösungsvertrages eine höhere Abfindung verbunden ist.

Eine 57-jährige Frau aus dem Landkreis Kassel war 15 Jahre in einem Callcenter einer überregional tätigen Luftverkehrsgesellschaft beschäftigt. Im Hinblick auf die beabsichtigte Betriebseinstellung in Kassel wurde eine Betriebsvereinbarung geschlossen. Kurz darauf unterschrieb die Frau einen Aufhebungsvertrag und erhielt eine Abfindung in Höhe von 75.060 Euro. Sie meldete sich arbeitslos. Die Bundesagentur für Arbeit gewährte Arbeitslosengeld, verhängte aber aufgrund des Auflösungsvertrages eine zwölfwöchige Sperrzeit. Die Frau widersprach. Sie hätte keine Abfindung erhalten, wenn sie auf einen Arbeitsplatz in einer anderen Stadt vermittelt worden wäre. Außerdem seien ihre Eltern zunehmend pflegebedürftig und auf ihre Hilfe angewiesen. Die Richter beider Instanzen gaben der Bundesagentur Recht. Ohne Auflösungsvertrag hätte das Arbeitsverhältnis erst nach Durchführung eines Clearingverfahrens und damit zu einem späteren Zeitpunkt gelöst werden können. Die Frau habe damit ihre Arbeitslosigkeit zumindest grob fahrlässig herbeigeführt. Sie könne sich auch weder auf einen wichtigen Grund noch auf eine besondere Härte berufen. Denn nach dem Sozialplan wäre ihr im Hinblick auf ihre pflegebedürftigen Eltern ein Arbeitsplatz in einer anderen Stadt nicht zumutbar gewesen. Anstelle der „Turboprämie“ für frühzeitiges Ausscheiden hätte sie daher bei einer betriebsbedingten Kündigung eine – wenngleich geringere – Abfindung nach dem Sozialplan erhalten. Die Revision wurde nicht zugelassen.

Landessozialgericht Hessen, L 7 AL 186/11

### **Wegeunfall: Berufsgenossenschaft muss gegebenenfalls Alkoholbedingtheit beweisen**

Unfälle auf dem Wege zur und von der Arbeit sind grundsätzlich unfallversichert. Wird eingewandt, dass ein Wegeunfall alkoholbedingt ausnahmsweise nicht unter den gesetzlichen Versicherungsschutz fällt, trägt die Beweislast hierfür die Berufsgenossenschaft. Ist die alkoholbedingte Verkehrsuntüchtigkeit nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nachweisbar, bleibt es bei der Einstandspflicht des Unfallversicherungsträgers. Dies stellt das Landessozialgericht (LSG) Bayern klar.

Auf dem Heimweg von der Arbeit im gemeindlichen Bauhof war der Kläger mit seinem Wagen von der Straße abgekommen und verunfallt. Über fünf Stunden später suchte er ein Krankenhaus auf. Dort stellte man einen Bruch der Halswirbelsäule fest sowie eine Blutalkoholkonzentration von 1,5 Promille. Die zuständige Berufsgenossenschaft lehnte die Feststellung eines Arbeitsunfalls ab. Denn der Unfall sei wesentlich durch alkoholbedingte Fahruntüchtigkeit verursacht. Der Zusammenhang mit einer versicherten Arbeit trete dahinter zurück. Das Sozialgericht hatte diese Entscheidung bestätigt.

In der Berufung entschied das Bayerische LSG anders. Die Angabe des Klägers, er habe nach dem Unfall Schnaps getrunken, schließe eine Rückrechnung der BAK von 1,5 Promille auf den Unfallzeitpunkt aus. Wieviel Alkohol der Kläger vor und nach dem Unfall getrunken hatte, habe trotz umfangreicher Beweisaufnahme nicht mehr aufgeklärt werden können. Die Aussagen der vernommenen Arbeitskollegen hätten keinen entsprechenden Nachweis erbracht. Ein medizinisches Sachverständigengutachten habe verneint, dass ein jahrelanger überhöhter Alkoholkonsum die erhebliche Alkoholisierung des Klägers im Unfallzeitpunkt beweise. Allein bewiesen sei deshalb der Unfall auf dem versicherten Nachhauseweg. Für den Einwand, der Unfall sei entscheidend auf die Alkoholisierung des Klägers zurückzuführen, sei die Berufsgenossenschaft im Ergebnis beweislos geblieben. Ein Arbeitsunfall sei deshalb anzuerkennen.

Landessozialgericht Bayern, Urteil vom 17.04.2012, L 3 U 543/10 ZVW

# Familie und Kinder

## Ferienjob kann Kindergeld gefährden

Wenn Auszubildende oder Studenten in den Ferien arbeiten, kann dies dazu führen, dass der Anspruch auf Kindergeld entfällt. Hierauf weist der Deutsche Steuerberaterverband e. V. (DStV) hin.

Zwar habe der Gesetzgeber mit Wirkung ab 2012 die vormalige Hinzuverdienstgrenze von zuletzt 8.004 Euro beim volljährigen Nachwuchs gestrichen. Diejenigen, die nach Abschluss einer ersten Berufsausbildung oder eines Erststudiums noch weiter kindergeldberechtigt sind, müssten aber dennoch aufpassen. Für sie gelte stattdessen eine zeitliche Beschränkung von 20 Stunden pro Woche, wenn sie – etwa im Laufe einer weiteren Ausbildung – noch hinzuverdienen. Betroffen seien hiervon sowohl Arbeitnehmer als auch Selbstständige im Nebenberuf, so der DStV. In Monaten mit einer „schädlichen Erwerbstätigkeit“, also wenn die erlaubte Stundenanzahl überschritten wird, fielen für die Eltern das Kindergeld oder die Kinderfreibeträge weg.

Von dieser Beschränkung ausgenommen sind laut DStV generell Tätigkeiten in einem Ausbildungsverhältnis oder in einem Mini-Job. Auch Schüler und Studenten dürften – zum Beispiel als Ferienjobber – in höchstens zwei Monaten pro Jahr diese 20 Stunden überschreiten. Bedingung hierfür sei allerdings, dass sie diese Grenze im Jahresdurchschnitt insgesamt wieder einhalten. Dafür müsse dann in anderen Monaten auf eine Erwerbstätigkeit verzichtet oder diese vermindert werden.

Für Minderjährige gelten nach Angaben des DStV beim Kindergeld keine zeitlichen Begrenzungen. Zudem dürften Kinder unter 18 Jahren selten schon eine Erstausbildung absolviert haben. Unabhängig davon seien für Heranwachsende die Arbeitsschutzgesetze zu beachten.

Deutscher Steuerberaterverband e. V., PM vom 26.06.2012

## Verfahrensfehler: Trotz vorheriger Ablehnung kann Kindergeld gewährt werden

Mit dem am 26. Juni 2012 veröffentlichten Urteil zum Kindergeldrecht (Az. 5 K 2591/10) hat das Finanzgericht (FG) Rheinland-Pfalz zu der verfahrensrechtlichen Frage Stellung genommen, ob die Familienkasse gehindert ist, noch Kindergeld für einen Zeitraum festzusetzen, im dem zur Gewährung bereits zuvor ein Ablehnungsbescheid ergange-

nen ist, in dem die staatliche Förderung versagt worden war. Dabei kamen die Richter aus Sicht von Eltern zu einem positiven Ergebnis.

Im Urteilsfall hatte die Familienkasse der Mutter mitgeteilt, dass ihre Tochter in Kürze 18 Jahre alt werde und dass deshalb die Kindergeldzahlungen ab dem Monat April 2009 enden würden. Eine Weiterzahlung sei möglich, wenn sie sich noch in der Schulausbildung befände. Die Mutter gab an, dass sich ihr Kind noch bis Sommer 2010 in Schulausbildung befände, worauf die Familienkasse in einem weiteren Schreiben entgegnete, es fehle noch die Schulbescheinigung. Im Januar 2010 wurde der Antrag mit der (unzutreffenden) Begründung abgelehnt, dass die notwendigen Unterlagen nicht vorgelegt worden seien. Darauf hin beantragte die Mutter im August 2010 erneut Kindergeld und verwies darauf, dass die notwendigen Unterlagen bereits vorliegen müssten. Mit Bescheid vom September 2010 wurde dann Kindergeld festgesetzt, allerdings erst für die Zeit ab Februar 2010. Da der frühere Antrag schon abgelehnt worden sei, könne für Mai 2009 bis einschließlich Januar 2010 auch nicht nachträglich Kindergeld festgesetzt werden, weil der Ablehnungsbescheid insoweit eine zeitliche Sperrwirkung bis zum Zeitpunkt seines Ergehens entfalte, so die Begründung der Familienkasse.

Das empfand die Mutter ungerecht, weil mittlerweile klar war, dass die Voraussetzungen für die Gewährung von Kindergeld vorgelegen hatten und das Kindergeld nur wegen der Sperrwirkung nicht rückwirkend gezahlt wurde. In der hiergegen eingelegten Klage verwies die Mutter darauf, dass sie die verlangten Schulbescheinigungen sogar mehrfach an die Familienkasse geschickt hätte. Sie habe sich auch mehrfach telefonisch nach dem Sachstand erkundigen wollen, was ihr jedoch nicht gelungen sei, weil stets neue Sachbearbeiter zuständig gewesen seien, die nichts hätten sagen können.

Diese Klage war erfolgreich. Das FG Rheinland-Pfalz führte hierzu aus, Kindergeld sei auch für den Zeitraum vom Mai 2009 bis Januar 2010 zu gewähren. Es sei unstrittig, dass die Voraussetzungen zur Gewährung von Kindergeld wegen des Schulbesuchs vorlagen und die Familienkasse auch nicht aus verfahrensrechtlichen Gründen gehindert sei, für den strittigen Zeitraum Kindergeld festzusetzen. Denn die Bekanntgabe des die Sperrwirkung entfaltenden Bescheides lässt sich nicht feststellen und im Zweifel hat die Behörde den Zugang des Verwaltungsaktes



und den Zeitpunkt des Zugangs nachzuweisen. Aus dem Bescheiddatum lässt sich nicht auf den Tag der Aufgabe zur Post schließen.

### Faustregel

*Da sich die Aufgabe von Verwaltungsakten zur Post im Wissen- und Verantwortungsbereich der Behörde abspielt, hat sie insoweit die erforderliche sog. Beweisnähe.*

Im Urteilsfall enthält der Bescheid keinen Absendevermerk der Poststelle und auf Hinweis des Gerichts, dass fraglich ist, ob der Bescheid bekannt gegeben worden sei, weil der Absendevermerk fehle, habe sich die Familienkasse nicht geäußert.

Aus den Ausführungen der Mutter können aber keine Anhaltspunkte für den Zugang entnommen werden. Das FG geht nicht davon aus, dass sie den Zugang des Bescheides – versehentlich oder bewusst – nicht angegeben hatte. Denn ihre Ausführungen waren im Übrigen jedenfalls vollständig und wahrheitsgemäß und glaubhaft.

Tenor: Damit entfaltet der ehemalige Bescheid – mangels Bekanntgabe gegenüber dem bezugsberechtigten Elternteil – keine Wirksamkeit und steht somit der beantragten erstmaligen Kindergeldfestsetzung nicht entgegen. Das FG ist sich seiner Auffassung so sicher, dass es die Revision gegen das Urteil nicht zugelassen hat.

### Wenn die Oma Taxi spielt: Fahrtkosten-Erstattung ist steuerlich absetzbar

Fahrtkosten gehören zur Kinderbetreuung und können in Höhe von 2/3 der Aufwendungen als Sonderausgaben steuerlich abzugsfähig sein. Das gilt auch dann, wenn die Betreuung an sich kostenlos erfolgt. Im entschiedenen Fall hatten die beiden Großmütter ihr Enkelkind an mehreren Tagen in der Woche im Haushalt der Eltern des Kindes betreut, während die Eltern bei der Arbeit waren.

Für die Kinderbetreuung selbst erhielten die Großmütter kein Geld, lediglich die entstandenen Fahrtkosten wurden ihnen ersetzt. Diese Regelung hatten die Eltern des Kindes und die Großmütter auch schriftlich festgehalten.

Die Eltern machten die Fahrtkostenerstattungen im Rahmen der erwerbsbedingten Kinderbetreuungskosten in ihrer Steuererklärung geltend. Das Finanzamt erkannte die Fahrtkosten nicht an, weil es der Meinung war, es handele sich um familieninterne Gefälligkeiten, die außerhalb der Rechtssphäre liegen.

Die Richter des FG Baden-Württemberg waren anderer Auffassung und erkannten die Kosten an. Die Betreuungsleistungen der Großmütter seien Dienstleistungen im Sinne des § 4f EStG, auch wenn sie unentgeltlich erbracht wurden.

Es komme nur darauf an, erklärten die Richter, ob die getroffene Vereinbarung zwischen den Eltern des Kindes und den Großmüttern über den Fahrtkostenersatz auch zwischen fremden Dritten so üblich wäre. Das war hier nach Ansicht der Richter der Fall. Dass eine fremde Betreuungsperson für die Betreuungsleistung an sich ebenfalls ein Honorar gefordert hätte, und nicht wie Großmütter unentgeltlich tätig geworden wäre, ist unerheblich (FG Baden-Württemberg vom 9.5.2012, 4 K 3278/11).

### Kinderbetreuungskosten – Rechtslage ab 1.1.2012

*Kosten für die Kinderbetreuung können bis zu einer Höhe von zwei Dritteln, jedoch maximal bis 4.000 Euro je Kind als Sonderausgaben berücksichtigt werden. Ohne Bedeutung ist, ob die Kinderbetreuung erwerbsbedingt oder nicht erwerbsbedingt ist (§ 10 Abs. 1 Nr. 5 EStG).*

# Arbeit, Ausbildung & Soziales

## Sonderausgabenabzug: Schulgeld für Schweizer Privatschule ist nicht begünstigt

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit seinem am 20. Juni 2012 veröffentlichten Urteil (Az. X R 3/11) entschieden, dass in Deutschland lebende Eltern das Schulgeld, das sie für den Schulbesuch ihres Kindes an eine schweizerische Privatschule zahlen, nicht als Sonderausgabe abziehen können. In der Begründung verweist der BFH auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH).

In zwei Urteilen vom 11. September 2007 (Rs. C-76/05 – Klagen von Eltern und Rs. C-318/05 – EU-Kommission gegen Deutschland) hatte der EuGH entschieden, dass es gegen die nach dem EU-Recht gebotene Dienstleistungsfreiheit verstößt, wenn ein Staat Schulgeldzahlungen an inländische Schulen zum Sonderausgabenabzug zulässt, Beiträge an Privatschulen in anderen Mitgliedstaaten jedoch nicht. Daraufhin hat der deutsche Gesetzgeber durch das Jahressteuergesetz 2009 vom 19. Dezember 2008 rückwirkend die Abziehbarkeit von Schulgeldzahlungen für in der Europäischen Union oder im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) ansässige Privatschulen eingeführt.

Diese Neuregelung gilt jedoch nicht für schweizerische Privatschulen, da die Eidgenossen weder Mitglied der EU noch des EWR sind. Ein Anspruch auf Gleichbehandlung kann auch nicht aus dem Freizügigkeitsabkommen zwischen der EU und der Schweiz aus dem Jahre 1999 abgeleitet werden. Nach Auffassung der Richter gewährt dessen Schutzbereich keine vergleichbare umfassende Sicherheit vor Diskriminierung grenzüberschreitender Sachverhalte.

Wegen der Eindeutigkeit der Rechtslage hat der BFH davon abgesehen, die Rechtsfragen dem EuGH zur Entscheidung vorzulegen.

Der Sonderausgabenabzug für Schulgeld ist im Jahr 2008 neu geregelt worden. Eltern können 30 Prozent des Schulgelds, höchstens 5.000 Euro pro Jahr als Sonderausgabe abziehen, sofern die in der EU oder im EWR belegene Schule zu einem von der zuständigen inländischen Behörde anerkannten oder einem inländischen Abschluss an einer öffentlichen Schule als gleichwertig anerkannten allgemein bildenden oder berufsbildenden Schul-, Jahrgangs- oder Berufsabschluss führt. Auf den landesrechtlichen Status einer Privatschule kommt es somit nicht mehr an. Durch die Steuerkappung auf maximal 5.000 Euro Son-

derausgabenabzug pro Jahr können Eltern ihre Aufwendungen bis zu 16.666 Euro mit 30 Prozent als Sonderausgaben abziehen.

Tipp: Die Schulgeldzahlungen sind dabei grundsätzlich bei dem Elternanteil zu berücksichtigen, der sie getragen hat. Zahlen beide, sind die Kosten bei jedem nur bis zu einem Höchstbetrag von 2.500 Euro zu berücksichtigen. Die Eltern können aber einvernehmlich eine andere Aufteilung beantragen. Das kommt etwa in Betracht, wenn die vom Vater getragenen Aufwendungen 2.500 Euro überschreiten, während die von der Mutter darunter liegen.

## Telefoninterviewer sind Arbeitnehmer

Telefoninterviewer, die für ein Meinungsforschungsinstitut tätig werden, sind steuerrechtlich als Arbeitnehmer und nicht als Selbstständige anzusehen. Das Institut hat deshalb als Arbeitgeber Lohnsteuer einzubehalten und abzuführen. Andernfalls kann es für die Lohnsteuer in Haftung genommen werden, wie das Finanzgericht (FG) Köln entschieden hat. Das Gericht beurteilte die Interviewtätigkeit damit anders als Arbeits- und Sozialgerichte, die in der Vergangenheit die Tätigkeit häufig als selbstständig ansahen.

Geklagt hatte ein Meinungsforschungsinstitut, das Telefoninterviewer auf freiberuflicher Basis beschäftigt hatte. Den Interviewern stand ein Telefonarbeitsplatz im Institut zur Verfügung. Ihr Honorar wurde im Wesentlichen danach kalkuliert, wie viele Interviews durchschnittlich je Stunde durchgeführt wurden, und nach der Anzahl erfolgreich abgeschlossener Interviews bemessen. Von den gezahlten Honoraren wurden weder Sozialversicherungsbeiträge noch Lohnsteuern einbehalten. Das Finanzamt nahm das Institut für Lohnsteuer in Höhe von über einer halben Million Euro in Haftung.

Das FG bejahte zwar die Arbeitnehmereigenschaft der Telefoninterviewer, reduzierte aber die Haftungssumme auf rund ein Fünftel des vom Finanzamt angesetzten Steuerhaftungsbetrags. Da die Interviewtätigkeit typischerweise vielfach von Personen ohne weitere Einkünfte (zum Beispiel Studenten) als Aushilfs- beziehungsweise Nebentätigkeit ausgeübt werde, nahm das FG an, dass bei einem erheblichen Teil der Arbeitnehmer gar keine Einkommensteuer angefallen wäre beziehungsweise die Zahlungen ordnungsgemäß versteuert worden seien.



Das Gericht verneinte außerdem die Arbeitnehmereigenschaft von ebenfalls beschäftigten „Codierern“, die Antworten nach einem vorgeschriebenen Kennzahlenplan verschlüsselten. Diese Personen seien in Heimarbeit tätig gewesen und hätten daher eine freiere und eigenverantwortlichere, gegen eine Arbeitnehmerstellung sprechende Tätigkeit ausgeübt. Bereits vor Klageerhebung hatte das Finanzamt aus diesem Grund sogenannte Face to Face-Interviewer, die persönliche Befragungen von Zielpersonen durchführten, nicht als Arbeitnehmer angesehen.

Finanzgericht Köln, Urteil vom 14.03.2012, 2 K 476/06

### **Ergänzende Lernförderung: Auch Schüler einer Ganztagschule können Anspruch darauf haben**

Auch Schüler einer Ganztagschule können einen Anspruch auf eine ergänzende angemessene Lernförderung nach § 28 Sozialgesetzbuch II (SGB II) haben. Voraussetzung ist, dass diese geeignet und zusätzlich erforderlich ist, um die nach den schulrechtlichen Bestimmungen festgelegten wesentlichen Lernziele zu erreichen. Dies hat das Sozialgericht (SG) Speyer im Rahmen eines Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes entschieden.

Ein Antrag auf angemessene Lernförderung nach § 28 Absatz 5 SGB II könne nicht mit der Begründung abgelehnt werden, dass der Besuch einer Ganztagschule eine Lernförderung immer ausschließe. Die gesetzlichen Vorgaben stützten diese Ansicht nicht. Zwar sei bei Ganztagschulen davon auszugehen, dass gegenüber konventionellen Schulen ein größeres schulisches Förderangebot (zum Beispiel Hausaufgabenbetreuung) bestehe. Jedoch sei für die Gewährung einer ergänzenden angemessenen Lernförderung im Sinne von § 28 Absatz 5 SGB II in jedem Einzelfall eine individuelle Prüfung erforderlich und eine auf das Schuljahresende bezogene prognostische Einschätzung unter Einbeziehung der schulischen Förderangebote zu treffen.

Die zwölfjährige Antragstellerin besucht eine Ganztagschule. Ausweislich des Zeugnisses für das erste Halbjahr 2012 waren die Noten in Deutsch und Mathematik „ausreichend“ und in Englisch „mangelhaft“. Auch in den Fächern Erdkunde, Musik und Wirtschaft und Verwaltung war die Note „mangelhaft“. Die Schule bescheinigte für das zweite Halbjahr 2012 einen außerschulischen Nachhilfebedarf in den

Unterrichtsfächern Englisch, Mathematik und Deutsch. Nach den weiteren Angaben der Schule ist die Versetzung gefährdet. Am 22.02.2012 wurde beim zuständigen Jobcenter eine ergänzende angemessene Lernförderung gemäß § 28 SGB II beantragt. Das Jobcenter lehnte dies ab. Eine Lernförderung nach dem Bildungs- und Teilhabepaket komme bei Schülern einer Ganztagschule nicht in Betracht.

Das SG Speyer hat im Rahmen eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens dargelegt, dass die Begründung des Jobcenters nicht in Einklang mit den rechtlichen Vorgaben steht. Gemäß § 28 Absatz 5 SGB II werde bei Schülern eine schulische Angebote ergänzende angemessene Lernförderung berücksichtigt, soweit diese geeignet und zusätzlich erforderlich ist, um die nach den schulrechtlichen Bestimmungen festgelegten wesentlichen Lernziele zu erreichen. Diese Regelung berücksichtige nach der Gesetzesbegründung, dass auch außerschulische Lernförderung als Sonderbedarf vom Anspruch auf Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums erfasst sein kann. Die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Lernförderung beziehe sich auf das wesentliche Lernziel, das sich aus den schulrechtlichen Bestimmungen des jeweiligen Landes ergebe.

Im Ergebnis hat das SG Speyer den Eilantrag auf Bewilligung der Lernförderung dennoch abgelehnt. Die individuelle Prüfung des Einzelfalls und die prognostische Einschätzung der Erfolgsaussichten der Lernförderung im vorliegenden Fall ergab nach Einschätzung des Gerichts bei Würdigung des Leistungsstandes der Antragstellerin, dass die nach den schulrechtlichen Bestimmungen festgelegten wesentlichen Lernziele auch bei Bewilligung der begehrten Lernförderung nicht erreicht werden könnten.

Sozialgericht Speyer, Beschluss vom 27.03.2012, S 6 AS 362/12 ER

# Bauen und Wohnen

## Wohnungskaufvertrag kann wegen sittenwidrig überhöhten Kaufpreises nichtig sein

Ein Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung kann rückabzuwickeln sein, wenn der Kaufpreis sittenwidrig überhöht war. Dies zeigt ein vom Kammergericht (KG) entschiedener Fall, in dem es um eine Wohnung in Berlin-Friedrichshain ging.

Die knapp 33 Quadratmeter große Wohnung hatte im Jahr 2006 76.200 Euro gekostet. Dem stand ein sachverständig festgestellter Wohnungswert in Höhe von lediglich 29.000 Euro gegenüber. Das KG ging, wie schon die erste Instanz, von der Sittenwidrigkeit des Vertrags aus. Aus dem Missverhältnis zwischen Kaufpreis und tatsächlichem Wert der Wohnung könne auf eine „verwerfliche Gesinnung“ der Verkäuferin geschlossen werden.

Diese könne sich nicht mit einem Bericht über die Einschätzung des Verkehrswertes rechtfertigen, den sie seinerzeit eingeholt habe und der zu einem durchschnittlichen Marktwert in Höhe von 1.790 Euro pro Quadratmeter gelangt sei. Dieser Bericht beruhe erkennbar auf der Annahme, dass vor dem Verkauf noch umfangreiche Instandsetzungs- und Modernisierungsarbeiten durchgeführt würden. Er bilde offensichtlich nicht den Verkehrswert Ende 2006 ab, so das KG.

Wegen der Sittenwidrigkeit müsse die Verkäuferin den Kaufpreis gegen Rückübertragung des Wohnungseigentums zurückzahlen. Hierauf müsse sich die Käuferin allerdings die Mieteinnahmen aus der Wohnung in Höhe von rund 11.000 Euro sowie Nutzungsvorteile, die sie dadurch erlangt hat, dass sie die Wohnung zeitweilig selbst genutzt hat, anrechnen lassen.

Kammergericht, Urteil vom 15.06.2012, 11 U 18/11

## Hilfebedürftiger kann Unterkunftskosten nicht durch Mietvertrag mit sich selbst bestimmen

Ein Bezieher von SGB II-Leistungen kann die Höhe der ihm zu gewährenden Unterkunftskosten nicht dadurch selbst bestimmen, dass er einen Mietvertrag mit sich selbst abschließt. Dies zeigt ein vom Landessozialgericht (LSG) Sachsen-Anhalt entschiedener Fall.

Ein Bezieher von SGB II-Leistungen hatte für seinen Gewerbebetrieb Geschäftsräume angemietet. Er schloss sodann mit sich selbst einen

Mietvertrag über einen von ihm bewohnten Teil der Fläche. Die Miete sollte höher sein als die Gesamtmiete, die er für die Geschäftsräume aufwandte. Das Jobcenter zahlte nur einen anteiligen Betrag als Unterkunftskosten.

Die dagegen gerichtete Klage blieb erfolglos. Nach Auffassung der Richter hat der mit sich selbst geschlossene Mietvertrag keine Zahlungspflicht begründet. Ein Vertrag könne nur zwischen verschiedenen Personen geschlossen werden. Es bestehe daher nur ein Anspruch auf eine anteilige Übernahme der Gesamtkosten.

Landessozialgericht Sachsen-Anhalt, Urteil vom 09.05.2012, L 5 AS 412/09, rechtskräftig

## Hartz IV: Kein Anspruch auf vermeidbare Doppelmieten

Das Jobcenter muss grundsätzlich nicht für Doppelmieten aufkommen, die dadurch entstehen, dass ein altes Mietverhältnis noch ausläuft, während bereits eine neue Wohnung bezogen wurde. Ein Anspruch auf Übernahme der Überschneidungskosten besteht nur ausnahmsweise, wenn diese trotz aller Anstrengungen unvermeidlich waren. Der Leistungsberechtigte müsse sich dabei genauso um die Vermeidung von Doppelmieten bemühen, wie dies jeder andere wirtschaftlich denkende Mieter auch tun würde, so das Sozialgericht (SG) Berlin.

Neben der Regelleistung von zurzeit 374 Euro übernimmt das Jobcenter auch die Aufwendungen für die tatsächlich bewohnte Unterkunft, sofern diese angemessen sind. Immer wieder stellt sich die Frage, wer bei einem Wohnungswechsel für die sogenannten Doppelmieten aufzukommen hat, wenn aufgrund ungünstiger Kündigungsfristen übergangsweise zwei Wohnungen unterhalten werden. Das gilt umso mehr, wenn Auslöser für den Umzug eine Kostensenkungsaufforderung des Jobcenters war.

Auf den Hinweis einer Jobcentermitarbeiterin, dass die bisherige Wohnung nach dem Auszug des ältesten Sohnes zu teuer geworden sei, machte sich der Kläger, ein Familienvater, auf die Suche nach einer billigeren Unterkunft – mit Erfolg: Ende Februar 2009 unterzeichnete er einen neuen Mietvertrag. Das Mietverhältnis begann am 01.03.2009, der Umzug erfolgte noch im selben Monat. Aufgrund einer dreimonatigen Kündigungsfrist musste der Kläger jedoch auch für die alte Woh-



nung noch bis Mai 2009 Miete zahlen. Das Jobcenter übernahm die dadurch entstandene Doppelmiete nur für den Monat März. Ab April 2009 zahlte es nur noch für die neue Wohnung.

Der anwaltlich vertretene Kläger rief daraufhin das SG Berlin an und begehrte vom beklagten Jobcenter die Übernahme der Miete für die alte Wohnung bis zum Auslaufen der Kündigungsfrist, also auch für April und Mai 2009. Es sei ihm nicht zumutbar gewesen, zunächst die alte Wohnung zu kündigen und erst danach eine neue zu suchen.

Die Klage hatte keinen Erfolg. Grundsätzlich sei das Jobcenter nur zur Übernahme der Mietkosten für die aktuell tatsächlich bewohnte Unterkunft verpflichtet. Kosten für die alte Wohnung seien nur zu übernehmen, wenn die Mietzeiträume nicht nahtlos aufeinander abgestimmt werden hätten können, etwa weil die Anmietung der neuen Wohnung ausnahmsweise keinen Aufschub duldete, so das SG. Ein solcher Fall liege hier nicht vor. Zwar sei das Bemühen des Klägers um eine kostengünstige Unterkunft zweifelsohne aner kennenswert. Es entbinde ihn jedoch nicht davon, wirtschaftlich zu handeln und unnötige Kosten zu vermeiden – zum Beispiel durch die Suche nach einer Wohnung mit einem späteren Einzugstermin, durch Rücksprache mit dem Vermieter oder den Versuch, einen Nachmieter zu stellen. Selbst eine Aufforderung des Jobcenters zum Umzug berechtige nicht dazu, gewissermaßen um jeden Preis die nächstbeste Wohnung anzumieten. Sozialgericht Berlin, Urteil vom 31.05.2012, S 150 AS 25169/09

### **Erhöhte Betriebskostenvorauszahlungen nicht geleistet: Vermieter darf Mieter fristlos kündigen**

Ein Vermieter darf einem Mieter, der Mieterhöhungen nicht entrichtet, die durch die Anpassung der Betriebskostenvorauszahlungen entstanden sind, auch dann schon fristlos kündigen, wenn er ihn (noch) nicht auf Zahlung der Erhöhungsbeträge verklagt hat und der Mieter (noch) nicht rechtskräftig zur Zahlung der Erhöhungsbeträge verurteilt worden ist. Dies stellt der Bundesgerichtshof (BGH) klar.

Die Klägerin ist Mieterin einer Wohnung der Beklagten. Der monatliche Mietzins besteht aus einer Grundmiete zuzüglich Betriebskostenvorauszahlungen und Vorauszahlungen für die Heiz- und Warmwasserkosten. Letztere wurden in den folgenden Jahren mehrfach erhöht. Ab November 2003 zahlte die Klägerin die Erhöhungsbeträge und Tei-

le der Grundmiete nicht. Die Beklagten kündigten das Mietverhältnis wegen der im Zeitraum November 2003 bis Dezember 2004 aufgelaufenen Rückstände fristlos. Ein Kündigungsgrund besteht allerdings nur dann, wenn man die Erhöhungsbeträge der Betriebskostenvorauszahlungen berücksichtigt.

Die Klägerin hat die Beklagten auf Zahlung von Schadenersatz wegen mehrerer Mängel in Anspruch genommen. Die Beklagten haben im Wege der Widerklage unter anderem Zahlung von Mietrückständen und Räumung und Herausgabe der Wohnung verlangt. In beiden Instanzen ist die Klage abgewiesen worden. Der Widerklage ist weitgehend stattgegeben worden. Insbesondere ist die Klägerin zur Räumung und Herausgabe der Wohnung verurteilt worden.

Die hiergegen gerichtete Revision der Klägerin hatte keinen Erfolg. Der BGH hat entschieden, dass die Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses durch den Vermieter wegen eines Zahlungsrückstands mit Beträgen, um die der Vermieter die Betriebskostenvorauszahlungen gemäß § 560 Absatz 4 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) einseitig erhöht hat, nicht voraussetzt, dass der Mieter zuvor im Wege der Zahlungsklage in Anspruch genommen und rechtskräftig zur Zahlung der Erhöhungsbeträge verurteilt worden ist. Ein solches Erfordernis ergebe sich weder aus § 569 Absatz 3 Nr. 3 BGB noch aus einem schutzwürdigen Interesse des Mieters. Der Mieter sei vielmehr dadurch hinreichend geschützt, dass im Räumungsprozess geprüft werden müsse, ob der Vermieter die Vorauszahlungen auf die von ihm festgesetzte Höhe anpassen durfte.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 18.07.2012, VIII ZR 1/11

# Ehe, Familie und Erben

## Erbrecht: Einheitliche Regeln in der EU

Am 8. Juni 2012 hat der Rat der EU-Justizminister eine neue EU-Erbrechtsverordnung angenommen, die einfache und unbürokratische Regelungen bringt, indem in der Regel in Zukunft das Erbrecht des Staates angewendet wird, in dem der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Das berücksichtigt, dass Erben und Vererben so ziemlich alle Bürger im Laufe ihres Lebens irgendwann einmal betrifft.

Bislang bestimmt jeder EU-Mitgliedstaat in seinem nationalen Erbrecht, wer Erbe wird, welche Höhe Erbteile oder Pflichtteile haben, welche Formvorschriften für Testamente gelten und auf welche Weise Erben ihre Rechte nachweisen können. Die nationalen Regelungen können dazu führen, dass derselbe Erbfall in zwei Staaten unterschiedlich beurteilt und behandelt wird. Auch werden Erbnachweise aus einem Mitgliedstaat der EU in den anderen häufig nicht anerkannt. Dadurch müssen Erben derzeit unter Umständen in verschiedenen Staaten parallel Erbnachweise beantragen.

Die neue EU-Verordnung schafft Abhilfe und minimiert Rechtsunsicherheit und bürokratischen Aufwand. Die Neuregelungen werden künftig die grenzüberschreitende Nachlassplanung und die Durchführung von Erbsachen mit EU-Bezug erleichtern. Damit wird auch der zunehmenden Mobilität vieler Menschen Rechnung getragen, für viele gehört es heute zum Alltag, sich in einem anderen EU-Staat niederzulassen und dort eine Familie zu gründen, ein Haus zu kaufen oder Geld anzulegen. Durch diese gesteigerte Mobilität mehren sich auch die Erbfälle mit Bezug ins EU-Ausland, bereits heute haben 10 Prozent aller Erbfälle in Europa einen grenzüberschreitenden Bezug, das sind etwa 450.000 Erbfälle mit einem Nachlasswert von ca. 120 Milliarden Euro.

Die Verordnung legt einheitliche Regeln darüber fest, welches Erbrecht auf einen internationalen Erbfall anzuwenden ist. Durch die Vereinheitlichung des internationalen Privatrechts, indem in allen Mitgliedstaaten der EU mit Ausnahme von Dänemark, Irland und Großbritannien das anwendbare Erbrecht nach denselben Regeln bestimmt wird, wird die derzeitige Rechtszersplitterung bei der Beurteilung grenzüberschreitender Erbsachen künftig beseitigt.

Die allgemeine Regel: Es wird das Erbrecht des Staates angewendet, in dem der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Für alle Menschen, die auf Dauer in Deutschland leben und dann verster-

ben, gilt also künftig deutsches Erbrecht, gleichgültig welche Staatsangehörigkeit sie besitzen.

Testament oder Erbvertrag: Der Erblasser kann stattdessen auch laut schriftlicher Verfügung das Erbrecht des Staates wählen, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt. Zum Beispiel kann ein dauerhaft auf Mallorca lebender Deutscher deutsches Erbrecht wählen. Dann wird er nach deutschem Recht beerbt. Wenn er dagegen keine Rechtswahl trifft, kommt künftig spanisches Erbrecht zur Anwendung, wenn der letzte gewöhnliche Aufenthalt Mallorca war.

Europäisches Nachlasszeugnis: Dieses gilt in allen Mitgliedstaaten der Verordnung einheitlich. Erben und Testamentsvollstrecker können damit in den Mitgliedstaaten ihre Rechtsstellung einheitlich nachweisen.

Nationale Erbnachweise: Urkunden der Mitgliedstaaten, zum Beispiel der deutsche Erbschein, werden in den anderen Mitgliedstaaten nach den Regeln der Verordnung anerkannt. Erben müssen also künftig nicht mehr in jedem Mitgliedstaat einen neuen Erbnachweis beantragen.

Die Verordnung wird im Laufe des Jahres 2015 zur Anwendung kommen. Diese Übergangsfrist soll es allen Betroffenen ermöglichen, sich auf die neue Rechtslage einzustellen. Die Verordnung gilt in allen EU-Mitgliedstaaten mit Ausnahme von Dänemark, Irland und Großbritannien.

## Ins Grundbuch darf der Sohn auch ohne Erbschein schauen

Ist ein Sohn vom verstorbenen Vater nicht als Erbe bedacht worden, so hat er das Recht, das Grundbuch einzusehen, ohne bereits einen Erbschein vorlegen zu können, um gegebenenfalls seine Pflichtteilsansprüche geltend machen zu können.

Über den Antrag auf Abänderung der Entscheidung des Urkundsbeamten entscheidet der Rechtspfleger beim Amtsgericht.

Im entschiedenen Fall wollte der Sohn feststellen, in welchem Umfang sein Vater über Grundstücke verfügt hatte. Einen Erbschein konnte er deshalb noch nicht vorlegen, weil ihm der aus verschiedenen Gründen verweigert wurde – wogegen er bereits Klage eingereicht hatte. Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main sprach ihm dennoch das Einsichtsrecht in mehrere Grundbuchblätter zu, da er als Pflichtteilsberechtigter ein „berechtigtes Interesse“ daran habe.

OLG Frankfurt am Main, 20 W 72/11



### Schenkungsteuer: Manchmal kommt es innerhalb von zehn Jahren auf einen einzigen Tag an

Hat ein Vater seinem Sohn am 31. Dezember 2001 ein Grundstück übertragen und tut er dies genau zehn Jahre später noch einmal mit einem weiteren Grundstück, so sind beiden Werte für die Berechnung der Schenkungsteuer nicht zusammenzurechnen.

Im entschiedenen Fall fiel damit der Wert des ersten Grundstücks aus der für Schenkungen maßgebenden Zehn-Jahresfrist heraus, was die Steuerfreiheit für die letzte – und für eine zwischenzeitliche weitere – Schenkung zur Folge hatte.

Der Bundesfinanzhof rechnete so: Die Zehnjahres-Frist für die Schenkung vom 31. Dezember 2011 endete, rückwärts betrachtet, genau am 1. Januar 2002 – und die Schenkung vom 31. Januar 2001 durfte deshalb nicht mehr berücksichtigt werden.

BFH, II R 43/11 vom 28.03.2011

### Waisenrente kann auch in länger wählender Übergangszeit zwischen Abitur und Studium zu zahlen sein

Ein Anspruch auf Weiterzahlung der Waisenrente in der Zeit zwischen Abitur und Studium kann auch dann bestehen, wenn der Zeitraum länger als vier Monate währt. Das gilt zum Beispiel dann, wenn das Kind in dieser Zeit ein Praktikum absolviert. Dafür muss das Praktikum keine zwingende Voraussetzung für die Aufnahme des Studiums sein. Dies hat das Trierer Sozialgericht (SG) entschieden.

Rechtlicher Hintergrund: Waisenrente wird für ein Kind längstens bis zur Vollendung des 27. Lebensjahres gewährt, wenn es sich in Schul- oder Berufsausbildung oder in einer Übergangszeit von höchstens vier Kalendermonaten befindet, die zwischen zwei Ausbildungsabschnitten liegt. Da bei zahlreichen Studiengängen die Aufnahme eines Studiums erst zum Wintersemester möglich ist, kann dies infolge des vorgezogenen Abiturs in Rheinland-Pfalz für Waisenrentenberechtigten zu einem finanziellen Engpass führen. Liegen zwischen beiden Ausbildungsabschnitten nämlich mehr als vier Monate, entfällt nach der gesetzlichen Regelung grundsätzlich ihr Leistungsanspruch.

Die Klägerin hat im März 2010 ihr Abitur abgelegt. Im Oktober 2010 begann sie ein Lehramtsstudium an der Technischen Universität Kaiserslautern. Die Zwischenzeit füllte sie mit einem Praktikum in einer Behinderteneinrichtung sowie einem Auslandsaufenthalt zur Intensivierung der Sprachkenntnisse aus. Die Universität Kaiserslautern erkannte das Praktikum in der Behinderteneinrichtung an. Die beklagte Rentenkasse meinte dagegen, ein Praktikum zähle nur dann zur „Ausbildung“, wenn es für den berufsqualifizierten Abschluss zwingend erforderlich sei, weil es zum Beispiel im Rahmen einer Studienordnung vorgeschrieben sei oder von der geplanten Schule als Vorpraktikum verlangt werde.

Das SG Trier hat entschieden, dass auch ein solches Praktikum an einer Förderschule einer „Ausbildung“ gleichsteht. Die zwischen Abitur und dem Beginn des Studiums liegende ausbildungsfreie Zeit von sechs Monaten habe so auf vier Monate begrenzt werden können. Bei dem Praktikum habe es sich nicht nur um eine lediglich nützliche, der Persönlichkeitsbildung dienende, wünschenswerte, sinnvolle Nutzung der Übergangszeit zwischen Abitur und Aufnahme des Studiums gehandelt, sondern vielmehr um einen qualifizierten Erkenntniserwerb. Denn es sei auch von der Universität Kaiserslautern als ein für das Studium vorgeschriebenes Orientierungspraktikum anerkannt worden. Die Tatsache, dass die Durchführung eines solchen Praktikums keine zwingende Voraussetzung für die Aufnahme des Studiums gewesen sei, stehe dem dann nicht entgegen.

Sozialgericht Trier, Urteil vom 21.05.2012, S 2 LW 5/12, rechtskräftig

# Medien & Telekommunikation

## Softwarehersteller muss Weiterverkauf seiner „gebrauchten“ Lizenzen hinnehmen

Ein Softwarehersteller kann sich dem Weiterverkauf seiner „gebrauchten“ Lizenzen, die die Nutzung seiner aus dem Internet heruntergeladenen Programme ermöglichen, nicht widersetzen. Das ausschließliche Recht zur Verbreitung einer derart lizenzierten Programmkopie erschöpft sich mit dem Erstverkauf. Dies stellt der Europäische Gerichtshof (EuGH) in einem Rechtsstreit zwischen dem Softwareentwickler Oracle und dem deutschen Unternehmen UsedSoft klar. UsedSoft handelt mit Lizenzen, die es Oracle-Kunden abgekauft hat.

Der Grundsatz der Erschöpfung des Verbreitungsrechts gelte nicht nur dann, wenn der Urheberrechtsinhaber die Kopien seiner Software auf einem Datenträger (CD-ROM oder DVD) vermarktet, sondern auch, wenn er sie durch Herunterladen von seiner Internetseite verbreitet, so der EuGH. Stelle der Urheberrechtsinhaber seinem Kunden eine – körperliche oder nichtkörperliche – Kopie zur Verfügung, und schließe er gleichzeitig gegen Zahlung eines Entgelts einen Lizenzvertrag, durch den der Kunde das unbefristete Nutzungsrecht an dieser Kopie erhält, so verkaufe er diese Kopie an den Kunden und erschöpfe damit sein ausschließliches Verbreitungsrecht. Durch ein solches Geschäft werde nämlich das Eigentum an dieser Kopie übertragen. Somit könne sich der Rechtsinhaber, selbst wenn der Lizenzvertrag eine spätere Veräußerung untersagt, dem Weiterverkauf der Kopie nicht mehr widersetzen.

Auch erstrecke sich die Erschöpfung des Verbreitungsrechts auf die Programmkopie in der vom Urheberrechtsinhaber verbesserten und aktualisierten Fassung. Selbst wenn der Wartungsvertrag befristet sei, seien die aufgrund eines solchen Vertrags verbesserten, veränderten oder ergänzten Funktionen nämlich Bestandteil der ursprünglich heruntergeladenen Kopie. Sie könnten vom Kunden ohne zeitliche Begrenzung genutzt werden. Der EuGH weist jedoch darauf hin, dass die Erschöpfung des Verbreitungsrechts den Ersterwerber nicht dazu berechtigt, die Lizenz aufzuspalten und teilweise weiterzuverkaufen, falls die von ihm erworbene Lizenz für eine seinen Bedarf übersteigende Zahl von Nutzern gilt.

Weiter führt er aus, dass der ursprüngliche Erwerber einer körperlichen oder nichtkörperlichen Programmkopie, an der das Verbreitungsrecht des Erwerbers erschöpft ist, die auf seinen Computer heruntergela-

dene Kopie zum Zeitpunkt des Weiterverkaufs unbrauchbar machen muss. Würde er sie weiterhin nutzen, verstieße dies nämlich gegen das ausschließliche Recht des Urheberrechtsinhabers auf Vervielfältigung seines Computerprogramms. Anders als das ausschließliche Verbreitungsrecht erschöpfe sich das ausschließliche Vervielfältigungsrecht nicht mit dem Erstverkauf. Die Richtlinie erlaube jedoch jede Vervielfältigung, die für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms durch den rechtmäßigen Erwerber notwendig ist. Solche Vervielfältigungen dürften nicht vertraglich untersagt werden.

In diesem Zusammenhang stellt der EuGH klar, dass jeder spätere Erwerber einer Kopie, für die das Verbreitungsrecht des Urheberrechtsinhabers erloschen ist, rechtmäßiger Erwerber in diesem Sinne ist. Er könne also die ihm vom Ersterwerber verkaufte Kopie auf seinen Computer herunterladen. Dieses Herunterladen sei als Vervielfältigung eines Computerprogramms anzusehen, die für die bestimmungsgemäße Nutzung dieses Programms durch den neuen Erwerber erforderlich ist. Folglich könne der neue Erwerber der Nutzungslizenz, wie zum Beispiel ein UsedSoft-Kunde, als rechtmäßiger Erwerber der betreffenden verbesserten und aktualisierten Programmkopie diese von der Internetseite des Urheberrechtsinhabers herunterladen.

Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 03.07.2012, C-128/11

## File-Hosting-Dienste müssen Hinweis auf Urheberrechtsverletzungen nachgehen und gegebenenfalls handeln

File-Hosting-Dienste wie „Rapidshare“ können grundsätzlich für Urheberrechtsverletzungen ihrer Nutzer in Anspruch genommen werden. Dies gilt aber erst, wenn sie auf eine Rechtsverletzung hingewiesen worden sind und danach nicht das ihnen ohne Gefährdung ihres Geschäftsmodells technisch und wirtschaftlich Zumutbare getan haben, um den Urheberrechtsverletzungen Einhalt zu gebieten. Das hat der Bundesgerichtshof (BGH) entschieden.

Die Klägerin, Atari Europe, vertreibt das erfolgreiche Computerspiel „Alone in the dark“. Die Beklagte stellt unter der Internetadresse [www.rapidshare.com](http://www.rapidshare.com) Speicherplatz im Internet zur Verfügung (File-Hosting-Dienst). Die Nutzer des Dienstes können eigene Dateien auf der Internetseite der Beklagten hochladen, die dann auf deren Servern abge-



speichert werden. Dem Nutzer wird ein Link übermittelt, mit dem die abgelegte Datei aufgerufen werden kann. Die Beklagte kennt weder den Inhalt der hochgeladenen Dateien noch hält sie ein Inhaltsverzeichnis der Dateien vor. Gewisse Suchmaschinen gestatten aber, nach bestimmten Dateien auf den Servern der Beklagten zu suchen.

Das Computerspiel „Alone in the dark“ wurde auf Servern der Beklagten öffentlich zugänglich gemacht und konnte heruntergeladen werden. Die Klägerin sieht darin eine Urheberrechtsverletzung und verlangt von der Beklagten Unterlassung.

Das Landgericht Düsseldorf hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht Düsseldorf die Klage abgewiesen. Nunmehr hat der BGH das Urteil des Oberlandesgerichts aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückverwiesen.

Da die Nutzer des Dienstes ohne vorherige Kenntnis der Beklagten ihre Dateien hochladen, sei die Beklagte bei dabei begangenen Urheberrechtsverletzungen weder Täter noch Gehilfe. Sie könne allerdings als Störer auf Unterlassung haften, wenn sie Prüfpflichten verletzt hat. Als Diensteanbieter im Sinne des Telemediengesetzes müsse die Beklagte die bei ihr gespeicherten Informationen nicht allgemein auf Rechtsverletzungen überprüfen. Eine Prüfungspflicht der Beklagten im Hinblick auf das Computerspiel „Alone in the Dark“ entstehe daher erst, wenn die Beklagte auf eine klare Rechtsverletzung in Bezug auf dieses Spiel hingewiesen worden sei.

Die Klägerin hatte der Beklagten am 19.08.2008 einen entsprechenden Hinweis auf das Spiel „Alone in the Dark“ gegeben, das bei Rapidshare heruntergeladen werden konnte. Die Beklagte hatte daraufhin die konkrete Datei mit dem fraglichen Spiel gelöscht, es aber versäumt zu prüfen, ob das Spiel „Alone in the Dark“ von anderen Nutzern ebenfalls auf ihren Servern gespeichert worden war und dort nach wie vor abgerufen werden konnte.

Im Streitfall habe es, so der BGH, grundsätzlich nicht ausgereicht, dass die Beklagte die ihr konkret benannte rechtsverletzende Datei gesperrt habe.

Die Klägerin wolle es der Beklagten mit einem zweiten Unterlassungsantrag verbieten, Hyperlinks von bestimmten Link-Sammlungen auf bei ihr gespeicherte Dateien mit dem Computerspiel „Alone in the Dark“ zuzulassen. Die Prüfungspflichten der Beklagten können sich laut BGH grundsätzlich auch auf solche Verstöße erstrecken. Dem

Diensteanbieter sei es grundsätzlich zuzumuten, eine überschaubare Anzahl einschlägiger Link-Sammlungen auf bestimmt bezeichnete Inhalte zu überprüfen.

Die zur Zumutbarkeit von Überprüfungsmaßnahmen vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen reichten laut BGH nicht aus, um über die Frage der Pflichtverletzung der Beklagten abschließend zu entscheiden. Er habe die Sache deshalb zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 12.07.2012, I ZR 18/11 – „Alone in the dark“

### **Anbieter kostenloser Hotspots müssen ihre Nutzer nicht identifizieren**

Anbieter kostenloser Hotspots müssen ihre Nutzer nicht identifizieren. Dies hat laut Arbeitskreis Vorratsdatenspeicherung (AK Vorrat) das Landgericht München I entschieden. Damit dürfen WLAN-Internetzugänge beispielsweise in Hotels, Gaststätten, Bahnhöfen und Flughäfen weiterhin anonym angeboten werden, folgert der Arbeitskreis.

„Wenn eine Identifizierung von Nutzern kostenloser Hotspots nicht erforderlich ist, wie das Landgericht München festgestellt hat, dann ist sie auch nicht zulässig“, so Michael Ebeling vom AK Vorrat. Denn das Telekommunikationsgesetz verbiete die Erhebung nicht erforderlicher Daten. Also handelten alle diejenigen Anbieter kostenloser Hotspots rechtswidrig, die von Nutzern zur Zeit noch eine Anmeldung oder Registrierung verlangen, bevor der Zugang freigegeben wird.

Arbeitskreis Vorratsdatenspeicherung, PM vom 16.07.2012 zu Landgericht München I, Urteil vom 12.01.2012, 17 HK O 1398/11, rechtskräftig

# Staat & Verwaltung

## Übernachtungssteuer teilweise verfassungswidrig

Gemeinden dürfen Steuern nur auf privat veranlasste entgeltliche Übernachtungen erheben, nicht aber auf solche, die beruflich zwingend erforderlich sind. Dies geht aus einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) hervor. Wenn Gemeinden dies bei ihren Übernachtungssteuersatzungen nicht beachtet, verstoße dies gegen die Verfassung.

Die Revisionsklägerinnen betreiben Hotels in Trier und Bingen am Rhein. Beide Städte erheben nach ihren Satzungen eine sogenannte Kulturförderabgabe für entgeltliche Übernachtungen in ihrem Stadtgebiet. Die Normenkontrollanträge gegen die Satzungen sind bei dem Oberverwaltungsgericht (OVG) erfolglos geblieben. Auf die Revisionen hat das BVerwG die Urteile der OVG geändert und die Satzungen für unwirksam erklärt.

Die Kulturförderabgabe auf Übernachtungen sei eine örtliche Aufwandsteuer nach Artikel 105 Absatz 2a des Grundgesetzes, so das BVerwG. Aufwandsteuern erfassen die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Diese komme darin zum Ausdruck, dass die Verwendung von Einkommen für den persönlichen Lebensbedarf (Konsum) über die Befriedigung des allgemeinen Lebensbedarfs hinausgeht. Diese Voraussetzung liege bei entgeltlichen Übernachtungen aus privaten, insbesondere touristischen Gründen vor. Sie fehle aber bei entgeltlichen Übernachtungen, die beruflich zwingend erforderlich sind. Solche Übernachtungen dienten nicht der Verwendung, sondern der Erzielung von Einkommen und unterlägen daher nicht der Aufwandbesteuerung. Eine Aufwandsteuer dürfe darüber hinaus einer bundesgesetzlich geregelten Steuer nicht gleichartig sein, so das BVerwG weiter. Die Aufwandsteuern für privat veranlasste Übernachtungen seien nach einer Gesamtbewertung nicht als gleichartig mit der Umsatzsteuer anzusehen. Zwar wiesen sie Ähnlichkeiten mit der Umsatzsteuer auf. Sie unterschieden sich jedoch von ihr erheblich. Denn sie erfassen den Steuergegenstand „Entgelt für Übernachtung“ nur in einem Teilbereich (private Übernachtung) und würden nach den hier angegriffenen Satzungen nur zeitlich begrenzt für vier beziehungsweise sieben zusammenhängende Übernachtungstage erhoben. Die Umsatzsteuer betreffe indes alle Lieferungen und sonstigen Leistungen des Unternehmers und falle ohne eine derartige zeitliche Grenze an. Die Satzungen sähen

einen Steuerpauschalbetrag vor, während die Umsatzsteuer sich nach einem Hundertsatz vom Übernachtungsentgelt berechne. Zudem werde die Übernachtungssteuer, anders als die Umsatzsteuer, nur von Erwachsenen erhoben.

Die Satzungen sind laut BVerwG gleichwohl nicht nur teilweise, sondern in vollem Umfang unwirksam. Denn sie seien nicht teilbar. Es fehle jegliche Regelung, wie berufsbedingte Übernachtungen von privaten zu unterscheiden sind und wie entsprechende Angaben kontrolliert werden sollen. Das führe zur Ungewissheit über die Besteuerungs Voraussetzungen, die auch nicht für eine Übergangszeit hingenommen werden könne.

Bundesverwaltungsgericht, Urteile vom 11.07.2012, BVerwG 9 CN 1.11 und BVerwG 9 CN 2.11

## Zwangsabgabe für Reiche: Wirtschaftsinstitut rät dazu – Bundesregierung sieht in Deutschland keinen Bedarf

Wie die „Tagesschau“ auf ihren Internetseiten meldet, rät das Deutsche Institut für Wirtschaftsforschung (DIW) vor dem Hintergrund der Schuldenkrise zu einer Zwangsabgabe für vermögende Deutsche. Dies könne Deutschland bei der Einhaltung der Maastricht-Kriterien helfen. Auch in Griechenland, Spanien oder Italien biete sich die Inanspruchnahme wohlhabender Bürger an, so die Wirtschaftsforscher. Dort gebe es Privatvermögen, die höher seien als die Staatsverschuldung.

Die Bundesregierung hat dem Vorschlag des DIW laut „Tagesschau“ eine Absage erteilt. Das deutsche Haushaltssystem funktioniere. Interessant sei eine Zwangsabgabe für Länder, in denen Steueraufkommen und Privatvermögen – anders als in der Bundesrepublik – in einem Missverhältnis stünden.

„Tagesschau“, Internetmeldung vom 11.07.2012

## Erstattungsinsen sind nicht notwendig steuerbar

Erstattungsinsen, also Zinsen, die der Fiskus auf Steuererstattungen zahlt, sind ungeachtet der durch das Jahressteuergesetz 2010 eingefügten Neuregelung des § 20 Absatz 1 Nr. 7 Satz 3 Einkommensteuergesetz (EStG) nicht steuerbar. Dies gilt nach Ansicht des Finanzgerichts



(FG) Münster auch dann, wenn die Erstattungszinsen in Zeiträumen angefallen sind, in denen vom Steuerpflichtigen gezahlte Nachzahlungszinsen als Sonderausgaben abziehbar waren. Das Gericht hat wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache die Revision zum Bundesfinanzhof (BFH) zugelassen.

Die Kläger hatten in den Jahren 1992 bzw. 1996 Erstattungszinsen in erheblicher Höhe erhalten. Zugleich hatten sie in ihrer Steuererklärung auch Nachzahlungszinsen geltend gemacht. Das Finanzamt besteuerte die Erstattungszinsen als Einkünfte aus Kapitalvermögen und berücksichtigte die Nachzahlungszinsen als Sonderausgaben. Im Jahr 2010 beantragten die Kläger unter Hinweis auf eine aktuelle Entscheidung des BFH (Urteil vom 15.06.2010, VIII R 33/07), die Erstattungszinsen steuerfrei zu stellen. Verfahrensrechtlich war dies noch möglich, da die angefochtenen Bescheide aufgrund von Einspruchs- und Klageverfahren noch nicht bestandskräftig und damit noch änderbar waren.

Das FG Münster hat den Klägern Recht gegeben. Der Gesetzgeber habe mit § 12 Nr. 3 EStG die Grundentscheidung getroffen, Erstattungszinsen zur Einkommensteuer dem nichtsteuerbaren Bereich zuzuweisen. Dies habe auch der BFH in seiner Entscheidung vom 15.06.2010 so gesehen. Soweit der BFH dies auch unter Hinweis auf den ab 1999 bestehenden Gleichklang zwischen der Steuerfreiheit von Erstattungszinsen einerseits und der Nichtabziehbarkeit von Nachzahlungszinsen andererseits begründet habe, folge hieraus nicht, dass Erstattungszinsen steuerbar seien, solange Nachzahlungszinsen – wie in den Streitjahren – noch als Sonderausgaben abzugsfähig gewesen seien. Ein solcher Umkehrschluss verstieße nach Ansicht des FG gegen die Grundentscheidung des § 12 Nr. 3 EStG und stelle eine unzulässige richterliche Rechtsfortbildung dar.

Auf die Frage, ob die durch das Jahressteuergesetz 2010 als Reaktion auf die BFH-Rechtsprechung neu eingefügte Regelung des § 20 Absatz 1 Nr. 7 Satz 3 EStG, die Erstattungszinsen ausdrücklich den Einkünften aus Kapitalvermögen zuordne, auch rückwirkend auf die Streitjahre Anwendung finde, kommt es laut FG Münster nicht an. § 20 Absatz 1 Nr. 7 Satz 3 EStG sei keine Spezialregelung gegenüber § 12 Nr. 3 EStG. Vielmehr gehe § 12 Nr. 3 EStG als eine den einzelnen Einkunftsarten systematisch vorangestellte Vorschrift § 20 Absatz 1 EStG vor.

Finanzgericht Münster, Urteile vom 10.05.2012, 2 K 1947/00 E und 2 K 1950/00 E

### Vorläufigkeitsvermerk kann trotz fehlender Wiederholung im Änderungsbescheid fortgelten

Ein Vorläufigkeitsvermerk nach § 165 Absatz 1 der Abgabenordnung (AO) kann auch dann noch fortbestehen, wenn er in einem Änderungsbescheid nicht ausdrücklich wiederholt wird. Das hat das Finanzgericht (FG) Münster entschieden.

Der Kläger erlitt im Streitjahr Verluste aus der Veräußerung eines GmbH-Anteils. Das Finanzamt versah den Einkommensteuerbescheid mit einem Vorläufigkeitsvermerk hinsichtlich der Höhe dieses Verlustes aus der Anteilsveräußerung, da diese noch nicht abschließend beurteilt werden könne. Der Bescheid erging zudem wegen anhängiger Revisionsverfahren und Verfassungsbeschwerden nach § 165 Absatz 1 Satz 2 AO vorläufig.

Ein aus anderen Gründen ergangener Änderungsbescheid enthielt zwar erneut den letztgenannten Vorläufigkeitsvermerk, nicht jedoch denjenigen, der sich auf die Veräußerungsverluste bezog. Nachdem sich die tatsächliche Höhe des Verlustes geklärt hatte, beantragte der Kläger eine entsprechende Änderung des Steuerbescheids zu seinen Gunsten. Dies lehnte das Finanzamt mit der Begründung ab, dass der Vorläufigkeitsvermerk nicht mehr bestehe, weil er im Änderungsbescheid nicht ausdrücklich wiederholt worden sei.

Das Gericht gab dem Kläger Recht. Dadurch, dass der auf den Veräußerungsverlust bezogene Vorläufigkeitsvermerk im Änderungsbescheid nicht wiederholt worden sei, sei er nicht aufgehoben worden. Das Finanzamt habe bereits im ursprünglichen Bescheid zwischen dieser und der maschinell gesetzten Vorläufigkeit nach § 165 Absatz 1 Satz 2 AO unterschieden. Der Kläger habe die Nebenbestimmung im Änderungsbescheid nicht dahingehend verstehen können, dass eine Neuregelung der Vorläufigkeit vorgenommen werden sollte. Hierzu sei das Finanzamt auch rechtlich nicht in der Lage gewesen, da die Ungewissheit über die Höhe des Verlustes zu diesem Zeitpunkt noch bestanden habe.

Finanzgericht Münster, Urteil vom 25.05.2012, 4 K 511/11 E

# Bußgeld & Verkehr

## **Pflanzenölkraftstoffe: Steuerförderung wird nicht verlängert**

Die steuerliche Förderung für Pflanzenölkraftstoffe, die Ende 2012 ausläuft, wird nicht verlängert. Dies teilt die Bundesregierung in ihrer Antwort (BT-Drs. 17/10215) auf eine Kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drs. 17/10027) mit.

Der Absatz von Pflanzenölkraftstoffen könne durch steuerliche Anreize derzeit nicht weiter verbessert werden, erläutert die Regierung. Bereits die heutige Steuerregelung führe zu einer Überkompensation bei Pflanzenölkraftstoff. Dies habe dazu geführt, dass „die europarechtlich zulässigen Spielräume für eine Steuerbegünstigung vollständig ausgeschöpft wurden“. Es bestehe aber weiterhin die Möglichkeit, Pflanzenölkraftstoff im Wege des Quotenhandels zur Erfüllung der Biokraftstoffquote einzusetzen.

Der Absatz von Pflanzenölkraftstoff sei im ersten Quartal 2012 zwar gestiegen. Er bewege sich aber – besonders im Vergleich zum Konkurrenzprodukt Biodiesel – auf eher niedrigem Niveau, schreibt die Bundesregierung.

Deutscher Bundestag, PM vom 16.07.2012

## **Elektro- und Hybridfahrzeuge: Günstigere Besteuerung des geldwerten Vorteils**

Die Ermittlung des geldwerten Vorteils aus dem vom Chef kostenlos oder verbilligt überlassenen Firmenwagen zur privaten Nutzung oder für Pendelfahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstelle erfolgt nach dem Listenpreis zuzüglich Sonderausstattung und Umsatzsteuer im Zeitpunkt der Erstzulassung – pro Monat 1 Prozent. Die gleiche Regelung gilt für Selbstständige bei der Gewinnermittlung.

Diese Rechnung benachteiligt Elektro- und extern aufladbare Hybridelektrofahrzeuge, weil deren Listenpreis derzeit deutlich höher ist als der von herkömmlichen Kfz mit Benzinantrieb. Da die Verbreitung aber nicht durch den Ansatz des höheren Listenpreises behindert werden soll, weil gerade Dienstwagenflotten ein potenzielles Marktsegment für solche E-Kfz darstellen, soll der Listenpreis nach dem Regierungsentwurf zum Jahressteuergesetz 2013 um die in diesem enthaltene Kosten für die Sonderausstattung für den Akkumulator (Batterie) ge-

mindert werden. Für bis Ende 2013 angeschaffte Elektro- oder Hybridelektrofahrzeuge sind das pauschal 500 Euro pro kWh Speicherkapazität der Batterie, für in den Folgejahren angeschaffte Autos mindert sich der Betrag um je 50 Euro pro kWh.

Dem Bundesrat ist diese angedachte gesetzliche Lösung zu kompliziert, und er regt einfachere Regelungen an. In seiner Stellungnahme vom 6. Juli 2012 zum Jahressteuergesetz 2013 (Drucksache 302/12 (B)) bittet er um Vereinfachungen beim Einbezug von Elektro- und extern aufladbaren Hybridelektrofahrzeugen in die 1-Prozent-Regelung bezüglich der Versteuerung von Dienstwagen, da die vorgesehene Regelung zu einem hohen Verwaltungsaufwand bei der Finanzverwaltung und Prüfungs- und Erklärungsaufwand bei den Steuerpflichtigen führt. So sieht die Neuregelung für Elektro- und Hybridfahrzeugen eine pauschale Listenpreisminderung um 500 Euro vor, abhängig von der Batteriekapazität und dem Anschaffungsjahr des Fahrzeugs unter Beachtung eines Höchstbetrags und eines geminderten Höchstbetrages in den Folgejahren. Für die zutreffende Berechnung der privaten Nutzungsentnahme müssen daher umfangreiche Ermittlungen der Beamten zu Fahrzeugart, Kosten und Speicherkapazität des Akkumulators sowie Minderungsbeträge für später angeschaffte Fahrzeuge unter Beachtung des Höchstbetrags angestellt werden.

Die pauschalierte Ermittlung soll jedoch gerade der Zweckmäßigkeit und Steuervereinfachung bei der Abgrenzung von betrieblichen/beruflichen und privaten Aufwendungen dienen und die ohnehin in der Praxis schon streitanfällige Abgrenzung sollte nicht zusätzlich durch eine Verkomplizierung der Vereinfachungsregelung erschwert werden. Daher sollte eine Regelung zur Einbeziehung in die 1-Prozent-Regelung gefunden werden, die die gewünschte Förderung der Nutzung derartiger Fahrzeuge als Dienstwagen mit einer praktikablen und unbürokratischen Lösung – für die Finanzverwaltungen und Steuerpflichtigen – verbindet.

## **Öffnen der Heckklappe: Gefahr des Anstoßens primär von Pkw-Eigentümer selbst zu tragen**

Öffnet jemand die Heckklappe seines Fahrzeugs, ist es primär seine Aufgabe, sich zu vergewissern, dass er dies gefahrlos tun kann, ohne mit ihr irgendwo anzustoßen. Tut er dies nicht, muss er den dadurch



entstandenen Schaden selbst tragen. Dies hebt das Amtsgericht (AG) München hervor.

Der Kläger hatte seinen Mercedes in einer Parkgarage geparkt. Als er die Heckklappe öffnete, wurde diese aufgrund der Teleskopfederung nach oben gedrückt und stieß gegen einen stählernen Querträger, der sich in einer Höhe von 1,70 Meter an der Außenwand befand. Die Heckklappe wurde dabei erheblich beschädigt. Sie musste ein- und ausgebaut, gespachtelt und lackiert werden. Die Kosten dafür beliefen sich auf fast 900 Euro. Diesen Betrag sowie Nutzungsausfall für drei Tage in Höhe von 195 Euro, die Ausgaben für den Kostenvorschlag von 43 Euro sowie pauschalen Kostenersatz in Höhe von 25 Euro wollte der Autofahrer vom Betreiber der Parkgarage ersetzt bekommen. Die Klage hatte keinen Erfolg.

Das AG verneinte schon die Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht. Zwar müsse man in einem Parkhaus, das für Fahrzeuge mit einer Höhe bis zu zwei Meter geeignet sei, grundsätzlich nicht damit rechnen, in einer Höhe von 1,70 Meter auf Hindernisse zu stoßen. Dies gelte jedoch nur, wenn sich diese Hindernisse in einem Bereich über Verkehrsflächen befänden, in dem mit ihnen nicht gerechnet werden müsse. Hier habe sich der Eisenträger am äußersten Ende des Parkhauses befunden, gewissermaßen als Ersatz für eine Außenmauer als dessen Abgrenzung. Er sei weithin sichtbar gewesen. Es habe daher an dieser Stelle keiner besonderen Warnung bedurft.

Darüber hinaus sei es primär Aufgabe des Klägers, sich zu vergewissern, dass er die Heckklappe gefahrlos öffnen könne. Da der Kläger dieser Verpflichtung nicht nachgekommen sei, überwiege sein Verschulden an dem Vorfall so sehr, dass auch aus diesem Grund eine Haftung des Beklagten ausscheide.

Amtsgericht München, Urteil vom 09.11.2011, 262 C 20120/11, rechtskräftig

### **THC-Konzentration im Blut lässt Rückschlüsse auf Häufigkeit von Cannabis-Konsum zu**

Wer „gelegentlich“ Cannabis einnimmt und nicht zwischen Konsum und Fahren trennt, ist ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen. Folge ist, dass ihm die Fahrerlaubnis zu entziehen ist. Von einem solchen „gelegentlichen“ Konsum ist auszugehen, wenn jemand jeden-

falls zweimal Cannabisprodukte konsumiert hat. Rückschlüsse auf das Vorliegen dieser Voraussetzung können nach einem Eilbeschluss des Verwaltungsgerichts (VG) Gelsenkirchen aus der Konzentration des psychoaktiven Cannabis-Wirkstoffs Tetrahydrocannabinol (THC) und dessen Abbauprodukten in einer Blutprobe gezogen werden.

Der Antragsteller war Anfang November 2011 am frühen Abend in einer Verkehrskontrolle aufgefallen und erklärte sich mit der Entnahme einer Blutprobe einverstanden. Deren Auswertung ergab eine erhebliche THC-Konzentration. Bei seiner polizeilichen Vernehmung gab er an, in der vergangenen Nacht zwei Joints konsumiert zu haben. Aufgrund dieser Aussage gingen die Straßenverkehrsbehörde und das VG von mindestens zweifachem, und damit gelegentlichem, Konsum aus. Der in der Blutprobe festgestellte THC-Wert ließ sich aufgrund der Zeitspanne, in welcher der Wirkstoff im Körper abgebaut wird, mit dem vom Antragsteller eingeräumten Konsum nämlich nicht erklären, sondern nur durch einen weiteren Konsum in der Zwischenzeit.

Da der Antragsteller sein Fahrzeug unter erheblichem Cannabiseinfluss geführt hatte, ging das VG auch davon aus, dass er nicht zwischen Konsum und Fahren trennen könne. Die nachgewiesene THC-Konzentration spreche gerade gegen den Vortrag des Antragstellers, er habe zwischen seinem letzten Cannabis-Konsum und dem Fahrtantritt eine ausreichende Zeit verstreichen lassen.

Auch der Umstand, dass der Antragsteller zwischen der festgestellten Fahrt und der Entziehung der Fahrerlaubnis gut fünf Monate am Straßenverkehr teilgenommen habe, ohne auffällig zu werden, rechtfertigt laut VG im Hinblick auf das besondere Interesse der Allgemeinheit an der Sicherheit im Straßenverkehr nicht, ihn bis zu einer Entscheidung über seine Klage gegen die Fahrerlaubnisentziehung vorläufig am Straßenverkehr teilnehmen zu lassen.

Verwaltungsgericht Gelsenkirchen, Beschluss vom 20.06.2012, 9 L 592/12

# Verbraucher, Versicherung & Haftung

## Treppe zum Wasser warnt vor sich selbst: Besucher muss mit nassen Stufen rechnen

Der Betreiber eines Mainzer Rheinstrandes muss einer Frau keinen Schadenersatz zahlen, die auf einer dortigen nassen Treppe ausrutschte, in den Rhein stürzte und sich dabei verletzte. Dies hat das Oberlandesgericht (OLG) Rheinland-Pfalz entschieden. Die Frau habe damit rechnen müssen, dass die unmittelbar in den Fluss führenden Stufen nass sein könnten. Wenn eine Gefahrenstelle derart eindeutig vor sich selbst warne, treffe den Betreiber des angrenzenden Gastronomiebetriebes grundsätzlich keine weitergehende Verkehrssicherungspflicht. In dem vom Beklagten betriebenen Mainzer Rheinstrand befindet sich eine breite Treppe, die sehr gut einsehbar ist und direkt in den Rhein führt. Oberhalb der Treppe hat der Beklagte das Rheinufer mit Sand aufgefüllt und führt dort einen Gastronomiebetrieb. Die Klägerin rutschte im Juni 2010 nachmittags beim Betreten der vorletzten, oberhalb des Wassers befindlichen Stufe der Treppe aus, fiel auf ihren rechten Unterarm und stürzte in den Rhein. Sie erlitt eine Handgelenksfraktur und beehrte von dem Beklagten unter anderem Schadenersatz in Höhe von 28.600 Euro und Schmerzensgeld in Höhe von 3.000 Euro. Dies begründete sie damit, dass der Beklagte nicht ausreichend auf die Sturzgefahr hingewiesen habe. Die Klage hatte weder in erster noch in zweiter Instanz Erfolg.

Zwar habe ein Gastwirt im Rahmen des Zumutbaren für die Sicherheit seiner Gäste Sorge zu tragen, so das OLG. Der Beklagte sei gemäß dem Pachtvertrag mit der Stadt Mainz auch für den ordnungsgemäßen Zustand der Anlage verantwortlich. Er habe aber im Hinblick auf die nassen Stufen keinerlei Verkehrssicherungspflicht verletzt. Diese Pflicht beginne immer erst dort, wo auch für den aufmerksamen Verkehrsteilnehmer eine Gefahrenlage überraschend eintrete oder jedenfalls nicht ohne Weiteres erkennbar sei.

Wer eine Treppe betrete, die aufgrund des Wellengangs jedenfalls an den unteren Stufen nass sein müsse, habe sich auf diesen Zustand der Treppe einzustellen. Vorliegend sei es offensichtlich gewesen, dass die Gäste den Treppenabgang zum Rhein vor allem nutzten, um die Füße in das Wasser zu halten. Zudem schwappe durch den üblichen Wellengang immer wieder Wasser über die unteren Stufen. Die damit verbundene Nässe sei aber unmittelbar zu erkennen. Die Gefahren-

stelle warne daher vor sich selbst und begründe keine darüber hinausgehende Verkehrssicherungspflicht für den Betreiber. Die Klägerin könne daher den Beklagten nicht erfolgreich auf Schadenersatz in Anspruch nehmen.

Oberlandesgericht Rheinland-Pfalz, Beschlüsse vom 07.05.2012 und 31.05.2012, 8 U 1030/11

## Verbraucherdarlehensvertrag: Unterzeichnung auf elektronischem Schreibtablett genügt nicht

Die Unterzeichnung eines Verbraucherdarlehensvertrages auf einem elektronischen Schreibtablett genügt nicht der erforderlichen Form. Dies hat das Oberlandesgericht (OLG) München entschieden.

Der Kläger erwarb in einem Fachmarkt ein Fernsehgerät, zu dessen Finanzierung ihm auf einem elektronischen Schreibtablett ein Kreditvertragsformular der beklagten Bank nebst Hinweisen auf sein Widerrufsrecht vorgelegt wurde. Der Kläger unterzeichnete den Kreditvertrag auf dem Tablett. Von dem Vertragsformular erhielt er einen Ausdruck, auf dem sich jedoch keine Unterschrift eines Verantwortlichen der Bank befand. Zweieinhalb Wochen, nachdem das Fernsehgerät an den Kläger ausgeliefert worden war, widerrief dieser den Kreditvertrag. Dies wollte die Bank nicht gelten lassen. Vor Gericht beehrte der Kläger daher die Feststellung, dass der Darlehensvertrag mangels Einhaltung der Schriftform nichtig sei beziehungsweise hilfsweise, dass er diesen Vertrag wirksam widerrufen habe. Zunächst hatte er hiermit keinen Erfolg. Erst in zweiter Instanz bekam er weitgehend Recht.

Das OLG stellte zunächst fest, dass der konkrete Darlehensvertrag formnichtig ist. Bei einem zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer geschlossenen Darlehensvertrag sei die Schriftform nach § 126 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) oder die elektronische Form nach § 126a BGB einzuhalten. Beide Formvorschriften seien hier nicht gewahrt. Eine schriftliche Urkunde im Sinne des § 126 BGB erfordere dauerhaft verkörperte Schriftzeichen auf einem Schreibmaterial. Daran fehle es hier. Das Dokument sei zwar elektronisch gespeichert worden, aber zu keinem Zeitpunkt körperlich vorhanden gewesen. Der dem Kläger übergebene Ausdruck sei zwar körperlicher Natur, entspreche aber nicht der Schriftform des § 126 BGB, die eine eigenhändige Namensunterschrift erfordere. Die Bank habe gar nicht unterschrie-



ben. Die Unterschrift des Klägers sei nicht eigenhändig auf der Urkunde erfolgt, sondern darauf nur als elektronische Kopie wiedergegeben. Da der Kläger seine Unterschrift lediglich mit einem elektronischen Stift auf dem Schreibtablett geleistet, das elektronische Dokument aber nicht mit einer sogenannten qualifizierten elektronischen Signatur versehen hat, liegen laut OLG auch die Voraussetzungen des § 126a BGB nicht vor.

Allerdings sei die Formunwirksamkeit des Darlehensvertrags geheilt, weil der Kläger das Darlehen tatsächlich empfangen habe. Daraus indes habe die beklagte Bank jedoch keinen Nutzen ziehen können. Denn aufgrund der Formnichtigkeit des Darlehensvertrags habe die Widerrufsfrist später zu laufen begonnen. Sie laufe erst ab Vertragsschluss. Ein solcher sei frühestens mit der Heilung durch Auszahlung des Darlehens erfolgt.

Oberlandesgericht München, Urteil vom 04.06.2012, 19 U 771/12

### **Arzthaftung: Nichtbeachtung einschlägiger Fachliteratur kann zu grobem Behandlungsfehler führen**

Ein Arzt ist verpflichtet, sich auf seinem Fachgebiet regelmäßig weiterzubilden. Wissenschaftlich gesicherte Erkenntnisse, die in einer führenden Fachzeitschrift veröffentlicht werden, muss er zeitnah im Berufsalltag umsetzen. Versäumt er diese Pflicht, kann dies zu einem groben Behandlungsfehler führen und einen Schmerzensgeldanspruch des Patienten auslösen. Dies hat das Oberlandesgericht (OLG) Koblenz entschieden. Einer Patientin, die nach einer Operation drei Tage an einer heftigen, vermeidbaren Übelkeit litt, sprach das Gericht ein Schmerzensgeld von 1.000 Euro zu.

Die Klägerin hatte sich im März 2005 in einem Mainzer Krankenhaus einem gynäkologischen Eingriff unterziehen müssen. Vor der Operation hatte sie darauf hingewiesen, dass sie die üblichen Narkosemittel nicht vertrage. Infolge der Intubationsnarkose litt sie im Anschluss an die Operation drei Tage an heftiger Übelkeit mit Erbrechen. Wegen dieser und anderer Operationsfolgen klagte sie gegen das Krankenhaus und den operierenden Arzt auf Schmerzensgeld. Das Landgericht Mainz wies die Klage ab. Die Berufung der Klägerin gegen dieses Urteil hatte nun gegenüber dem Krankenhaus in einem Punkt Erfolg.

Das OLG konnte zwar weder einen Aufklärungs- noch einen Behandlungsfehler bei der Operation feststellen. Die Klage gegen den operierenden Arzt wurde daher auch vom OLG abgewiesen. Die Richter meinen jedoch, die Anästhesie sei nicht mit der erforderlichen Sorgfalt durchgeführt worden. Daher hafte das ebenfalls beklagte Krankenhaus auf Schmerzensgeld. Wegen der bekannten Überempfindlichkeit gegen die üblichen Narkosemittel hätte der Klägerin ein weiteres, die Übelkeit minderndes oder gar völlig unterdrückendes Medikament verabreicht werden müssen.

Dass dieser Wirkstoff die Beschwerden lindere, sei mit wissenschaftlich gesicherten Erkenntnissen bereits im Jahr 2004 in einer anerkannten Fachzeitschrift veröffentlicht worden. Dem Anästhesisten hätte daher im März 2005 bekannt sein müssen, dass die Gabe eines dritten Medikaments erforderlich gewesen sei. Die Zeitspanne zwischen Publikation und Operation sei so lang, dass das Versäumnis als grober Behandlungsfehler zu werten sei. Demnach hätte das Krankenhaus nachweisen müssen, dass die Übelkeit auch mit dem Medikament eingetreten wäre. Da dieser Nachweis nicht geführt wurde, verurteilte das OLG das Krankenhaus zur Zahlung des Schmerzensgeldes.

Oberlandesgericht Koblenz, Urteil vom 20.06.2012, 5 U 1450/11l

# Wirtschaft, Wettbewerb & Handel

## Verbindliche Auskunft: Kein Anspruch auf bestimmten rechtmäßigen Inhalt

Es besteht kein Anspruch auf einen bestimmten rechtmäßigen Inhalt einer verbindlichen Auskunft. Dies hat der Bundesfinanzhof (BFH) entschieden. Es genüge, wenn die rechtliche Einordnung des zu beurteilenden Sachverhalts, die das Finanzamt vorgenommen hat, in sich schlüssig und nicht evident rechtsfehlerhaft sei.

Der Kläger beantragte eine verbindliche Auskunft zur Steuerbarkeit einer Erbbaurechtsbestellung an zwei landwirtschaftlichen Grundstücken zu Erschließungszwecken. Er glaubte, hierdurch die Besteuerung des Veräußerungsgewinns zu vermeiden und wollte sich diese Ansicht vom Finanzamt vorab bestätigen lassen. Das Finanzamt hielt dagegen eine Veräußerung für gegeben und teilte dies in der Auskunft mit. Dagegen klagte der Kläger mit dem Ziel, das Finanzamt zur Erteilung der seines Erachtens richtigen Auskunft zu verpflichten. Das Finanzgericht (FG) hat die Klage abgewiesen und entschieden, das Finanzamt habe sein Ermessen zutreffend ausgeübt.

Der BFH ist dem nur im Ergebnis gefolgt. Die verbindliche Auskunft sei eine Leistung für den Steuerpflichtigen, um ihn bei der Planung zukünftiger Gestaltungen zu unterstützen. Sie bezwecke insbesondere, ihm eine Risikoabschätzung im Vorfeld eines etwaigen Besteuerungsverfahrens zu erleichtern. Als solche habe sie lediglich den Anforderungen eines fairen rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens zu genügen. Das bedeute, dass die Auskunft dem entsprechen müsse, was das Finanzamt für richtig hält. Ein Ermessen stehe dem Finanzamt indes nicht zu. Die inhaltliche Richtigkeit der Auskunft könne insbesondere gerichtlich nicht umfassend überprüft werden. Das sei auch nicht erforderlich, so der BFH. Denn eine verbindliche Auskunft entfalte keine Bindungswirkung für die Steuerfestsetzung, wenn sie zu Ungunsten des Steuerpflichtigen rechtswidrig sei. Die rechtliche Einordnung des zu beurteilenden Sachverhalts müsse aber in sich schlüssig und dürfe nicht evident rechtsfehlerhaft sein. Dies habe das FG zu prüfen. Im Streitfall sei die Auskunft danach nicht zu beanstanden gewesen.

Bundesfinanzhof, Urteil vom 29.02.2012, IX R 11/11

## Aqua-Fitness: Keine umsatzsteuerbefreite Heilbehandlung

Umsätze aus dem Betrieb einer Schwimmschule sind nicht von der Umsatzsteuer befreit. § 4 Nr. 14 Satz 1 Umsatzsteuergesetz (UStG), nach dem unter anderem Umsätze aus einer ähnlichen heilberuflichen Tätigkeit im Sinne des § 18 Absatz 1 Nr. 1 Einkommensteuergesetz (EStG) steuerfrei sind, greift nicht. Denn bei den Leistungen einer Schwimmschule, wie Schwimmkurse und Wassergymnastik, handelt es sich nicht um eine Heilbehandlung. Dies stellt das Finanzgericht (FG) Münster klar.

Der Kläger betrieb eine Schwimmschule. Mit mehreren Arbeitnehmern, überwiegend Physiotherapeuten, führte er Baby-, Kleinkinder-, sonstige Kinder- und Erwachsenenschwimmkurse sowie Wassergymnastik wie Aqua-Jogging beziehungsweise Aqua-Fitness in Hallenbädern durch, die er vom jeweiligen kommunalen Betreiber stundenweise angemietet hatte. Die Kursteilnehmer entrichteten für die Teilnahme an den Kursen an den Kläger ein von ihm berechnetes Entgelt, das auch ein gegebenenfalls auf die Kursteilnehmer entfallendes Eintrittsgeld für die Hallenbadbenutzung umfasste. Die Kommunen erhoben vom Kläger für die Nutzungsüberlassung der Hallenbäder ein Entgelt von in der Regel 20 Prozent der von ihm vereinnahmten Kursgebühren. Auf der Grundlage des § 20 des Sozialgesetzbuches (SGB) V erstatteten die Krankenkassen die für die Aqua-Fitness-Kurse erhobenen Entgelte ganz oder teilweise an die Kursteilnehmer, da laut dem Vortrag des Klägers die Krankenkassen Aqua-Fitness-Kurse als Leistung zur gesundheitlichen Prävention ansahen. Der Kläger erachtete die mit seiner Schwimmschule getätigten Umsätze als steuerfrei.

Dem ist das FG entgegengetreten. Die Steuerfreiheit nach § 4 Nr. 14 Satz 1 UStG setze voraus, dass der Unternehmer eine Heilbehandlung im Bereich der Humanmedizin durch ärztliche oder artzähnliche Leistung erbringt und die dafür erforderliche Qualifikation besitzt. Heilbehandlungen in diesem Sinne seien Tätigkeiten, die zum Zwecke der Vorbeugung, der Diagnose, der Behandlung und, soweit möglich, der Heilung von Krankheiten oder Gesundheitsstörungen beim Menschen



vorgenommen werden. Normzweck des § 4 Nr. 14 Satz 1 UStG sei die Entlastung der Sozialversicherungsträger, insbesondere der Krankenkassen, von der Umsatzsteuer. Leistungen, die keinem solchen therapeutischen Zweck – Behandlung und soweit möglich Heilung einer Krankheit oder einer anderen Gesundheitsstörung – dienen, seien vom Anwendungsbereich dieser Vorschriften ausgeschlossen.

Die Schwimmkurse des Klägers einhielten indes keine Heilbehandlungen im vorgenannten Sinne, so das FG. Es sei nicht festzustellen, dass der Kläger mit diesen Kursen bei den Kursteilnehmern eine wissenschaftlich anerkannte Heilmethode zur Gesundheitserhaltung beziehungsweise -wiederherstellung angewandt habe. Mit seinen Kursen habe er sich an unterschiedliche Personenkreise gewendet, darunter auch an gesunde Personen, um deren Allgemeinbefinden zu stärken. Eine Maßnahme zur bloßen Steigerung des Allgemeinbefindens sei aber keine Heilbehandlung im Sinne des § 4 Nr. 14 Satz 1 UStG.

Finanzgericht Münster, Urteil vom 13.12.2011, 15 K 1041/08 U

### **Mehrwertsteuerabzug darf nicht wegen Steuerhinterziehung des Rechnungsausstellers verweigert werden**

Der Mehrwertsteuerabzug kann grundsätzlich nicht wegen Unregelmäßigkeiten verweigert werden, die der Rechnungsaussteller begangen hat. Dies geht aus einem Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) hervor. Der Abzug müsse jedoch verweigert werden, wenn der Steuerpflichtige wusste oder hätte wissen müssen, dass der zur Begründung des Abzugsrechts geltend gemachte Umsatz in eine Steuerhinterziehung einbezogen war. Dies müsse gegebenenfalls die Steuerbehörde nachweisen.

Der EuGH weist weiter darauf hin, dass ein Wirtschaftsteilnehmer, wenn Anhaltspunkte für Unregelmäßigkeiten oder Steuerhinterziehung vorliegen, verpflichtet sein kann, über einen anderen Wirtschaftsteilnehmer Auskünfte einzuholen, um sich von dessen Zuverlässigkeit zu überzeugen. Die Steuerbehörde könne jedoch nicht generell verlangen, dass der Steuerpflichtige, der sein Recht auf Mehrwertsteuerabzug ausüben will, überprüft, dass auf der Ebene der Wirtschaftsteilnehmer einer vorhergehenden Umsatzstufe keine Unregelmäßigkeiten

und Steuerhinterziehung vorliegen. Es sei nämlich Sache der Steuerbehörden, bei den Steuerpflichtigen die erforderlichen Kontrollen durchzuführen, um Unregelmäßigkeiten und Mehrwertsteuerhinterziehung aufzudecken und gegen den Steuerpflichtigen, der sie begangen hat, Sanktionen zu verhängen. Diese Behörden könnten daher nicht ihre eigenen Kontrollaufgaben auf die Steuerpflichtigen übertragen und diesen wegen mangelhafter Erfüllung dieser Aufgaben die Ausübung ihres Abzugsrechts verweigern.

Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 21.06.2012, C-80/11 und C-142/11

### **Wer nur 46% seiner Einnahmen bucht, macht auch das gutmütigste Finanzamt hellhörig**

Wird anlässlich einer Steuerprüfung festgestellt, dass ein Steuerzahler Steuern in erheblichem Umfang hinterzogen hat, muss dieser es hinnehmen, dass das Finanzamt auch noch Jahre in die Prüfung einbezieht, die bereits geprüft worden waren. Denn es entspricht „kriminalistischer Erfahrung“, dass mit einer Steuerhinterziehung nicht genau mit dem Beginn eines neuen Prüfungszeitraumes begonnen wird.

Im entschiedenen Fall hatte ein Gebrauchtwagehändler nur 46,6% seiner Einnahmen offengelegt.

FG Münster, 14 K 4222/11 AO vom 20.04.2012