

Ihre Steuerkanzlei informiert.

# SCHAUFENSTER STEUERN 08/2017

## Termine

Steuern und Sozialversicherung

## Nichteheliche verschiedengeschlechtliche Lebensgemeinschaft

Partner nicht zusammen veranlagbar

## Kommunale Wählervereinigungen

Zuwendungen nicht steuerbegünstigt



Sehr geehrte Mandanten,

können Sie sich vorstellen, worum es geht, wenn der Eigentümer eines Urnenbegräbniswaldes klagt? Ganz klar, es geht um Umsatzsteuer!

Der Kläger bot seinen Kunden zwei getrennt zu buchende Leistungen an: Einmal konnte man ein Liegerecht erwerben, welches auch die Baumpflege beinhaltet. Zum anderen wurden auch Bestattungsleistungen angeboten.

Damit geht das steuerliche Problem schon los: Bestattungsleistungen sind umsatzsteuerpflichtig. Steuerfrei sind hingegen die Vermietung und die Verpachtung von Grundstücken und von Berechtigungen (§ 4 Nr. 12a UStG). Insoweit wäre dann wohl die Vergabe der Liegerechte steuerfrei. Fraglich ist also, ob die Bestattungsleistungen von der Vergabe der Liegerechte trennbar sind. Dies bejahte das Finanzgericht Schleswig-Holstein mit Urteil vom 21.11.2016 (Az: 4 K 36/14).

Die Vergabe der Liegerechte war jedoch nicht alleine Bestandteil der Gesamtleistung, sondern daneben wurden noch Grünpflegearbeiten angeboten. Da Letztere umsatzsteuerpflichtig sind, wollte das Finanzamt doch noch Umsatzsteuer sehen.

Auch diesem Wunsch erteilte das Finanzgericht eine Absage. Einleuchtende Begründung: Das Liegerecht ist die Hauptleistung und die Grünpflege eine unselbständige Nebenleistung. Da die Nebenleistung umsatzsteuerlich das Schicksal der Hauptleistung teilt, ist beides steuerfrei.

Aber wenn der Fiskus gerne Umsatzsteuer haben möchte, dann möchte er sie haben. Also muss nun der BFH (Az: V R 3/17) klären, ob die Vergabe von Liegerechten in einem Urnenbegräbniswald wirklich umsatzsteuerfrei ist. Auch dies ist deutsches Steuerrecht.

Eine informative Lektüre wünscht Ihnen

Thomas Maier  
Steuerberater

Thomas Maier  
Pirmasenser Straße 18, 66994 Dahn  
Telefon: 06391 92280 | Telefax: 06391 922888

# 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

4

- Termine: Steuern und Sozialversicherung
- Nichteheliche verschiedengeschlechtliche Lebensgemeinschaft: Partner nicht zusammen veranlagbar
- Kommunale Wählervereinigungen: Zuwendungen nicht steuerbegünstigt

## Unternehmer

6

- Investitionsabzugsabzugsbetrag: Kein Abzug bei Besteuerung der offenen Gewinnrücklagen im Rahmen einer formwechselnden Umwandlung
- Gewinnermittlung durch Einnahme-Überschussrechnung: Gewinngrenze für Investitionsabzugsbetrag ist verfassungsgemäß
- Buchführungsdaten: Pflicht zu elektronischer Bereitstellung umfasst auch Pflicht zur Bereitstellung von Programmen zur Lesbarmachung der Daten

## Kapitalanleger

8

- Abgeltend besteuerte negative Einkünften aus Kapitalvermögen: Verlustausgleich im Wege der Günstigerprüfung möglich
- Bankrecht: Die Verjährungsfrist darf nicht "versteckt" reduziert werden
- Spekulation mit Immobilien: Kein Beschluss gegen Share Deals
- Regelbesteuerung: Nicht bei nur mittelbarer beruflicher Tätigkeit für die Kapitalgesellschaft

## Immobilienbesitzer

10

- Verluste aus Betrieb einer Photovoltaikanlage können auch bei negativer Gewinnprognose steuerlich anzuerkennen sein
- Wohngebäudeversicherungen müssen nicht Feuerschutzsteuer unterliegen
- Eigentumswohnung: Beim Kauf gilt nicht zwingend die 10-Prozent-Marke
- Mehrere Häuser aneinander sind nicht nur "ein" Haus
- Immobilienmakler müssen künftig ihre Sachkunde nachweisen

## Angestellte

12

- Grobe Beleidigung rechtfertigt fristlose Kündigung auch langjährigen Arbeitsverhältnisses
- Im Krankenhaus als "freie Mitarbeiterin" tätig: Krankenschwester kann dennoch als abhängig beschäftigte Arbeitnehmerin zu qualifizieren sein
- Freifahrticket für Ehepartner kann schutzwürdige Betriebsrentenleistung sein

## Familie und Kinder

14

- Kindergeldsachen: Streitwert kann unterhalb des Jahresbetrags des Kindergeldes liegen
- Anspruch auf Ausbildungsunterhalt kann aus Gründen des Vertrauensschutzes begrenzt sein
- Anspruch auf Ausbildungsunterhalt kann aus Gründen des Vertrauensschutzes begrenzt sein

## Arbeit, Ausbildung & Soziales

16

- Krankenkasse muss anstelle des Sozialhilfeträgers für Schulwegbegleitung zahlen
- Schulgeldzahlungen: Nicht als Krankheitskosten abziehbar
- Konkurrenztaetigkeit im Arbeitsverhältnis kann zu fristloser Kündigung führen
- Schüler-Handy darf übers Wochenende einbehalten werden

## Bauen & Wohnen

18

- Immobilienkauf: Reservierungsvereinbarung ist formbedürftig
- Betrieb und Verkauf einer Photovoltaikanlage führen zu Einkünften aus Gewerbebetrieb
- Formulklausel zu bei Gewährung eines Bauspardarlehens zu zahlender "Kontogebühr" ist unwirksam

## Ehe, Familie & Erben

20

- Unterbringung eines Angehörigen in Seniorenwohnheim: Nur bei eigenem Hausstand des Bewohners Steuerermäßigung für Aufwendungen
- Ehwohnung kann bei Drohungen des Ehemannes der Ehefrau zuzusprechen sein
- Erbschaftsteuer: Kinder haben bei Pflege ihrer Eltern Anspruch auf Freibetrag

## Medien & Telekommunikation

22

- Vorratsdatenspeicherung: Bundesnetzagentur sieht vorerst von Durchsetzung der Speicherpflichten ab
- Facebook/Irland darf auf Deutsch verklagt werden
- Rundfunkbeiträge: Finanzgericht klärt Fragen der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung

## Staat & Verwaltung

24

- Besoldung kinderreicher Richter: Karlsruhe soll Verfassungsmäßigkeit klären
- Freude bei ehrenamtlichen Richterinnen und Richtern: Zeitver-säumnis abgabenfrei
- Polizeivollzugsdienst: Einstellung darf von Mindestgröße abhängig gemacht werden
- Durchführung waffenrechtlicher Aufbewahrungskontrolle: Erhebung einer Gebühr ist rechtmäßig

## Bußgeld & Verkehr

26

- Autounfall: Im Parkhaus nicht blind "rechts vor links" fahren
- Einmalige Trunkenheit im Verkehr: Bei weniger als 1,6 Promille darf grundsätzlich kein Fahreignungsgutachten verlangt werden
- Unfall mit dem Auto des Vaters gebaut: Kaskoversicherung muss Schaden zahlen
- Fahrrad-Schutzstreifen: Fahrradfahrer haftet wegen Nutzung entgegen der Fahrtrichtung überwiegend

## Verbraucher, Versicherung & Haftung

28

- Flugpreise im Internet: EuGH soll klären, welche Währung anzugeben ist
- Verkehrssicherungspflicht eines Supermarktes: Nicht für aus Weidekorb herausragende Weidestäbchen
- Reisevertrag: Fehlen geeigneter Ausweisdokumente Risiko des Reisenden

## Wirtschaft, Wettbewerb und Handel

30

- Apotheken dürfen beim Verkauf verschreibungspflichtiger Arzneimittel keine "BonusBons" ausgeben
- PC-gestütztes Kassensystem ist grundsätzlich manipulationsanfällig
- Entsorgungspflichten nach dem ElektroG: Rückstellungsbildung setzt Abholanordnung voraus

# Alle Steuerzahler

## Termine: Steuern und Sozialversicherung

10.8.

- Umsatzsteuer
- Lohnsteuer
- Kirchensteuer zur Lohnsteuer

Die dreitägige Zahlungsschonfrist endet am 14.8. für den Eingang der Zahlung.

15.8.

- Gewerbesteuer
- Grundsteuer

Die dreitägige Zahlungsschonfrist endet am 18.8. für den Eingang der Zahlung.

Anmerkung: In Teilen Bayerns und im Saarland ist der 15.8.2017 ein Feiertag. Aus diesem Grund verschiebt sich dort der Termin für die Gewerbesteuer- und Grundsteuervorauszahlungen auf den 16.8.2017. Die Zahlungs-Schonfrist endet dann am 21.8.2017.

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

Fälligkeit der Sozialversicherungsbeiträge August 2017

Die Beiträge sind in voraussichtlicher Höhe der Beitragsschuld spätestens am drittletzten Bankarbeitstag eines Monats fällig. Für August ergibt sich demnach als Fälligkeitstermin der 29.8.2016.

## Nichteheliche verschiedengeschlechtliche Lebensgemeinschaft: Partner nicht zusammen veranlagbar

Der Bundesfinanzhof (BFH) lehnt es ab, Partner einer nichtehelichen verschiedengeschlechtlichen Lebensgemeinschaft zusammen zu veranlagen. § 2 Absatz 8 Einkommensteuergesetz (EStG) finde auf verschiedengeschlechtliche Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft keine Anwendung.

Die Kläger leben in einer nichtehelichen verschiedengeschlechtlichen Lebensgemeinschaft, führen einen gemeinsamen Haushalt und stehen sozial und wirtschaftlich füreinander ein. Sie haben drei gemeinsame

Kinder, die ebenfalls in ihrem Haushalt leben. Darüber hinaus ist ein weiteres Kind der Klägerin in den Haushalt der Kläger aufgenommen. Sie wollen unter Anwendung des Splittingtarifs zusammen zur Einkommensteuer veranlagt werden. Nachdem sie mit diesem Begehren vor dem Finanzgericht (FG) nicht durchgedrungen sind, begehren sie die Zulassung der Revision. Dies hat der BFH abgelehnt.

Die Revision sei insbesondere nicht wegen grundsätzlicher Bedeutung (§ 115 Absatz 2 Nr. 1 Finanzgerichtsordnung) zuzulassen. Die von den Klägern aufgeworfene Rechtsfrage, ob der in § 2 Absatz 8 EStG verwendete Begriff „Lebenspartner“ auch auf verschiedengeschlechtliche Partner einer nicht eingetragenen Lebensgemeinschaft Anwendung findet, sei nicht klärungsbedürftig, da sie anhand der gesetzlichen Grundlagen und der bereits vorliegenden Rechtsprechung beantwortet werden könne.

Der BFH habe bereits entschieden, dass daraus, dass das Gesetz in § 2 Absatz 8 EStG zwar lediglich von Lebenspartnern und Lebenspartnerschaften und nicht von Partnern einer eingetragenen Lebenspartnerschaft und eingetragenen Lebenspartnerschaften spricht, nicht der Schluss gezogen werden kann, dass Partner von Lebensgemeinschaften, die keine Lebenspartner im Sinne des Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG) sind, in den Genuss der steuerlichen Vorteile kommen können, die bis zur Einfügung des § 2 Absatz 8 EStG allein Ehegatten vorbehalten waren.

Hinzu komme, dass das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) die einfachgesetzliche Privilegierung der Ehe gegenüber anderen Lebensformen für gerechtfertigt erachte. Dies stütze es vor allem darauf, dass die Ehe mit rechtlicher Verbindlichkeit und in besonderer Weise mit gegenseitigen Einstandspflichten ausgestattet ist und sich so als dauerhafte Paarbeziehung darstellt. Insoweit unterscheide sie sich von anderen ungebundenen oder weniger verbindlichen Paarbeziehungen (Beschluss vom 07.05.2013, 2 BvR 1981/06).

Vor diesem Hintergrund habe der BFH die Vorschrift des § 2 Absatz 8 EStG dahingehend interpretiert, dass sie nur Lebenspartner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft im Sinne des LPartG erfasst, weil nur derartige Partnerschaften sich hinsichtlich der durch sie erzeugten rechtlichen Bindungen und gegenseitigen Einstandspflichten herkömmlichen Ehen derart angenähert haben, dass eine steuerliche Ungleichbehandlung nicht mehr zu rechtfertigen sei. Verschiedenge-



schlechtliche Partner, die keine Ehe geschlossen, schon mangels Erfüllung der Voraussetzungen des § 1 LPartG auch keine Lebenspartnerschaft im Sinne des LPartG begründet und damit auch keine vergleichbaren rechtlichen Bindungen und gegenseitigen Einstandspflichten übernommen haben, fielen danach nicht unter den Anwendungsbereich des § 2 Absatz 8 EStG.

Die von den Klägern vorgetragene Argumente ließen eine erneute Prüfung und Entscheidung der Rechtsfrage durch den BFH nicht als geboten erscheinen. Dass der Gesetzgeber in § 2 Absatz 8 EStG die Begriffe „Lebenspartner“ und „Lebenspartnerschaften“ durch die Konjunktion „und“ verbunden hat, deutet zwar darauf hin, dass er den beiden Begriffen unterschiedlichen Inhalt zuweisen wollte. Für die daraus gezogene Schlussfolgerung, auch Partner einer nicht eingetragenen verschiedengeschlechtlichen Partnerschaft sollten erfasst werden, hätten die Kläger jedoch keine Argumente angeführt. Ebenso wenig hätten sie sich mit nahe liegenden alternativen Gründen auseinandergesetzt, die zur fraglichen Begriffsverwendung geführt haben könnten. So verwende zum einen auch das LPartG in seinen Einzelbestimmungen diese Begriffe und nicht die Begriffe „eingetragene Lebenspartner“ oder „eingetragene Lebenspartnerschaft“. Zum anderen stelle § 2 Absatz 8 EStG die Begriffe „Lebenspartner“ und „Lebenspartnerschaften“ den Begriffen „Ehegatten“ und „Ehen“ gegenüber, um den unterschiedlichen Formulierungen der für anwendbar erklärten Regelungen des EStG gerecht zu werden.

Bundesfinanzhof, Beschluss vom 26.04.2017, III B 100/16

### **Kommunale Wählervereinigungen: Zuwendungen nicht steuerbegünstigt**

Spenden an kommunale Wählervereinigungen sind nicht nach § 10b Absatz 2 des Einkommensteuergesetzes (EStG) begünstigt. Wie der Bundesfinanzhof (BFH) entschieden hat, sind zwar Spenden an politische Parteien im Sinne des § 2 Parteiengesetz (PartG) bis zur Höhe von insgesamt 1.650 Euro und im Fall der Zusammenveranlagung bis zur Höhe von 3.300 Euro im Kalenderjahr abziehbar. Nehmen Wählervereinigungen aber nicht an den Bundestags- oder Landtagswahlen teil,

seien sie keine Parteien im Sinne des PartG. Ein Spendenabzug nach § 10b EStG sei damit ausgeschlossen. Spendern stehe lediglich die Steuerermäßigung nach § 34g Satz 1 Nr. 2a EStG zu.

Im Streitfall wandte der Kläger einer kommunalen Wählervereinigung Beträge zu, die die nach § 34g EStG begünstigten Ausgaben überstiegen. Der nicht begünstigte Teilbetrag sollte als Spende nach § 10b Absatz 2 Satz 1 EStG berücksichtigt werden. Das Finanzamt lehnte den Spendenabzug ab, da die kommunale Wählervereinigung keine Partei im Sinne des § 2 PartG sei. Klage und Revision blieben erfolglos.

Nach Ansicht des BFH ist die fehlende Begünstigung von Spenden und Beiträgen an kommunale Wählervereinigungen verfassungsrechtlich unbedenklich und verletzt deren Chancengleichheit auf kommunaler Ebene nicht. Dies entspreche der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG), welches wiederholt zu dieser Frage entschieden habe. Die geltenden Höchstbeträge stimmten inflationsbedingt im Wesentlichen mit den vom BVerfG überprüften Beträgen überein. Auch habe sich das rechtliche Umfeld auf kommunaler Ebene nicht wesentlich verändert. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber bei der so genannten mittelbaren Parteienfinanzierung die besonderen Aufgaben der Parteien auf regionaler wie überregionaler Ebene zu beachten habe.

Bundesfinanzhof, Urteil vom 20.03.2017, X R 55/14

# Unternehmer

## Investitionsabzugsabzugsbetrag: Kein Abzug bei Besteuerung der offenen Gewinnrücklagen im Rahmen einer formwechselnden Umwandlung

Bei der Ermittlung des fiktiven Dividendenanteils nach § 7 Satz 1, 9 Satz 1 Umwandlungssteuergesetz (UmwStG) aufgrund des Formwechsels einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft ist das in der Steuerbilanz ausgewiesene Eigenkapital der Kapitalgesellschaft nicht um einen außerbilanziell gebildeten Investitionsabzugsbetrag im Sinn des § 7g Einkommensteuergesetz (EStG) zu vermindern. Dies hat das Finanzgericht (FG) Schleswig-Holstein entschieden.

Die Klägerin ist eine KG, die durch formwechselnde Umwandlung einer GmbH aufgrund des Umwandlungsbeschlusses vom 20.08.2008 entstanden ist. Der Antrag auf Eintragung der Umwandlung ins Handelsregister wurde Ende August 2008 gestellt. Die Bilanz der GmbH zum 31.12.2007, die der Umwandlung zugrunde gelegt wurde, wies einen Bilanzgewinn in Höhe von 140.603 Euro aus. Die GmbH nahm im Streitjahr 2007 außerbilanziell einen Investitionsabzugsbetrag gemäß § 7g Absatz 1 EStG in Höhe von 140.400 Euro in Anspruch, den die Klägerin im Jahr 2008 in Höhe von 130.330 Euro und im Jahr 2009 in Höhe des Restbetrags außerbilanziell gemäß § 7g Absatz 2 EStG hinzurechnete.

Das Finanzamt stellte die Einkünfte der Klägerin aus Gewerbebetrieb mit Bescheid über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen für 2007 in Höhe von 140.603 Euro fest und rechnete diese als Sonderbetriebseinnahmen dem Kommanditisten und vorherigen Alleingesellschafter der GmbH zu. Hiergegen richtete sich die Klage, mit der die Klägerin geltend machte, dass bei der Ermittlung des fiktiven Dividendenanteils nach § 7 Satz 1 UmwStG der außerbilanziell gebildete Investitionsabzugsbetrag vom Bilanzgewinn abzuziehen sei.

Das FG wies die Klage ab, da es bei der Besteuerung der offenen Gewinnrücklagen im Rahmen der formwechselnden Umwandlung nur auf das in der Steuerbilanz ausgewiesene Eigenkapital ankomme. Der Bilanzgewinn der GmbH in Höhe von 140.603 Euro sei nicht um den Investitionsabzugsbetrag von 140.400 Euro zu vermindern, da außerbilanzielle Korrekturen, die sich zwar auf das Einkommen der GmbH, nicht aber auf deren Vermögen auswirkten, nach dem eindeutigen

Wortlaut des § 7 Satz 1 UmwStG bei der Ermittlung des fiktiven Dividendenanteils nicht zu berücksichtigen seien.

Eine teleologische Extension des § 7 Satz 1 UmwStG durch Einbeziehung außerbilanzieller Korrekturen in die Ermittlung des Eigenkapitals kommt nach Auffassung des FG nicht in Betracht, da § 7 UmwStG insoweit nach seinem Zweck keine ergänzungsbedürftige Regelungslücke aufweise und die Einbeziehung außerbilanzieller Korrekturen der vom Gesetzgeber beabsichtigten Beschränkung auf das in der Steuerbilanz ausgewiesene Eigenkapital widerspreche.

§ 7 Satz 1 UmwStG bezwecke die Sicherung des Besteuerungsrechts an den offenen Gewinnrücklagen, da durch die formwechselnde Umwandlung der Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft die Besteuerungsebene der Körperschaft weg falle und nach der Umwandlung die Entnahme aus der Personengesellschaft nur noch einen steuerlich unbeachtlichen Vorgang darstelle. Durch die außerbilanzielle Bildung des Investitionsabzugsbetrags werde die Höhe der offenen Gewinnrücklagen nicht vermindert, sodass handelsrechtlich keine Ausschüttungssperre bestehe. Die durch die Nichtberücksichtigung des Investitionsabzugsbetrags eingetretene steuerliche Mehrbelastung der Klägerin beruhe allein darauf, dass nach der formwechselnden Umwandlung die Besteuerungsebene der Kapitalgesellschaft weggefallen sei und § 7 UmwStG im Hinblick darauf die Besteuerung der in der Steuerbilanz ausgewiesenen offenen Gewinnrücklagen auf der Gesellschafterebene durch Ansatz eines fiktiven Dividendenanteils sicherstellen solle.

Der fiktive Dividendenanteil nach § 7 Satz 1 UmwStG ist nach Auffassung des FG auch dann im Rahmen der einheitlichen und gesonderten Gewinnfeststellung bei der KG als Sonderbetriebseinnahme des Kommanditisten zu erfassen, wenn es sich bei dessen Beteiligung an der GmbH um einen Anteil im Privatvermögen im Sinne des § 17 Absatz 1 EStG handelte, da auch dieser Anteil der Einlagefiktion des § 5 Absatz 2 UmwStG unterliege, die zu einer Umqualifikation des fiktiven Dividendenanteils in Einkünfte aus Gewerbebetrieb führe. Der fiktive Dividendenanteil sei im Streitjahr 2007 zu erfassen, da die formwechselnde Umwandlung gemäß § 9 Satz 3 UmwStG mit steuerlicher Rückwirkung auf den 31.12.2007 als Übertragungstichtag erfolgte.

Gegen das Urteil ist Revision eingelegt worden. Das Revisionsverfahren wird beim Bundesfinanzhof unter dem Aktenzeichen IV R 1/17 geführt. FG Schleswig-Holstein, Urteil vom 15.09.2017, 4 K 98/15, nicht rkr



### Gewinnermittlung durch Einnahme-Überschussrechnung: Gewinngrenze für Investitionsabzugsbetrag ist verfassungsgemäß

Die in § 7g Absatz 1 Satz 2 Nr. 1c Einkommensteuergesetz (EStG) geregelte Gewinngrenze für die Inanspruchnahme des Investitionsabzugsbetrags durch Steuerpflichtige, die ihren Gewinn durch Einnahme-Überschussrechnung nach § 4 Absatz 3 EStG ermitteln, ist verfassungsgemäß. Dies hat das Finanzgericht (FG) Schleswig-Holstein entschieden.

Der Kläger erzielt Einkünfte aus freiberuflicher Tätigkeit, die er durch Einnahme-Überschussrechnung nach § 4 Absatz 3 EStG ermittelt. Im Streitjahr 2013 beliefen sich diese Einkünfte nach der Einnahme-Überschussrechnung auf 142.341 Euro. In der Einkommensteuererklärung machte der Kläger einen Investitionsabzugsbetrag gemäß § 7g Absatz 1 EStG in Höhe von 30.800 Euro für die Anschaffung eines Pkw geltend. Das Finanzamt erkannte den Investitionsabzugsbetrag nicht an, da der Gewinn des Klägers über der Gewinngrenze von 100.000 Euro lag. Hiergegen wandte sich der Kläger mit seiner Klage, mit der er geltend machte, dass die starre Gewinngrenze von 100.000 Euro gegen den verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz und das Willkürverbot verstoße.

Das FG wies die Klage ab, da der Kläger im Streitjahr 2013 die Gewinngrenze des § 7g Absatz 1 Satz 2 Nr. 1 Buchst. c EStG in Höhe von 100.000 Euro überschritten hatte und die Gewinngrenze nicht verfassungswidrig war. Der mit dem Investitionsabzugsbetrag verfolgte Zweck der Förderung kleiner und mittlerer Betriebe sei im Hinblick auf die Gewinngrenze gleichheits- und zweckgerecht ausgestaltet. Die Gewinngrenze von 100.000 Euro stelle ein zweckmäßiges Kriterium zur Abgrenzung kleiner und mittlerer Betriebe dar und stehe in einem angemessenen Verhältnis zum Größenmerkmal des Betriebsvermögens von 235.000 Euro in § 7g Absatz 1 Satz 2 Nr. 1a EStG für Betriebe, die ihren Gewinn nach § 4 Absatz 1 EStG oder § 5 EStG ermitteln.

Die Festlegung einer starren Gewinngrenze ist nach Auffassung des FG nicht willkürlich, da der Gesetzgeber verfassungsrechtlich nicht verpflichtet sei, bei Subventionsnormen wie § 7g EStG im Übergangsbereich von Wertgrenzen eine Staffelung zur Abmilderung von Härten vorzusehen. Die vorübergehende Anhebung der Gewinngrenze

auf 200.000 Euro in den Jahren 2009 und 2010 sowie ihre erneute Absenkung auf 100.000 Euro ab 2011 stellten eine zeitlich befristete Reaktion auf die weltweite Konjunkturabschwächung dar, mit der der Gesetzgeber in verfassungsmäßiger Weise von seinem weiten Gestaltungsspielraum Gebrauch gemacht habe.

Gegen das Urteil ist Nichtzulassungsbeschwerde beim Bundesfinanzhof eingelegt worden. Das dortige Aktenzeichen lautet VIII B 18/17.

Finanzgericht Schleswig-Holstein, Urteil vom 14.12.2016, 4 K 37/16, nicht rechtskräftig

### Buchführungsdaten: Pflicht zu elektronischer Bereitstellung umfasst auch Pflicht zur Bereitstellung von Programmen zur Lesbarmachung der Daten

Die elektronische Bereitstellung von Buchführungsdaten umfasst auch die Verpflichtung, Programme zur Lesbarmachung der Daten zur Verfügung zu stellen. Dies hebt das Finanzgericht (FG) Hamburg hervor. Weiter führt das Gericht aus, dass es einen formellen Mangel der Buchführung darstellt, wenn Handbücher, Programmierprotokolle, die nachträgliche Änderungen dokumentieren, und sonstige Organisationsunterlagen des benutzten Kassensystems nicht vorgelegt werden können.

Die Methode der Quantilschätzung – bei der aus den betriebseigenen Daten des Steuerpflichtigen eine Spannweite des „Normalen“ herausgelesen wird – sei grundsätzlich geeignet, bei einer nicht ordnungsgemäßen Buchführung unter Heranziehung der betriebseigenen Daten eine Hinzuschätzung vorzunehmen, heißt es in dem Beschluss des FG weiter. Da die Quantilschätzung denklogisch immer zu einem Mehrergebnis führt, bildet sie laut FG Hamburg nur dann eine sachgerechte Schätzungsgrundlage, wenn aus anderen Gründen feststeht, dass die Buchführung nicht nur formell, sondern auch materiell unrichtig ist.

Finanzgericht Hamburg, Beschluss vom 31.10.2016, 2 V 202/16, rechtskräftig



# Kapital- anleger

## Abgeltend besteuerte negative Einkünften aus Kapitalvermögen: Verlustausgleich im Wege der Günstigerprüfung möglich

Negative Einkünfte aus Kapitalvermögen, das eigentlich dem gesonderten Tarif des § 32d Absatz 1 EStG (Abgeltungsteuer) unterliegt, können mit positiven Einkünften aus Kapitalvermögen, das nach dem progressiven Regeltarif zu besteuern ist, verrechnet werden. Dies hat der BFH entschieden. Hierzu erforderlich sei allerdings, dass der Steuerpflichtige die so genannte Günstigerprüfung beantragt.

Nach Einführung der Abgeltungsteuer fallen Kapitaleinkünfte grundsätzlich unter den gesonderten Steuertarif in Höhe von 25 Prozent (§ 32d Absatz 1 EStG). Verluste aus Kapitalvermögen dürfen nicht mit anderen Einkunftsarten ausgeglichen werden (§ 20 Absatz 6 EStG). Nach dem BFH-Urteil steht diese Vorschrift aber einer Verrechnung negativer Kapitaleinkünfte, die unter die Abgeltungsteuer fallen, mit solchen positiven Kapitaleinkünften, die gemäß § 32d Absatz 2 EStG dem Regeltarif des § 32a EStG unterliegen, nicht entgegen.

Voraussetzung sei jedoch, dass der Steuerpflichtige einen Antrag auf Günstigerprüfung stellt. Dieser habe zur Folge, dass die der Abgeltungsteuer unterliegenden negativen Kapitaleinkünfte der tariflichen Einkommensteuer unterworfen werden, sodass eine Verlustverrechnung möglich wird. Der Abzug des Sparer-Pauschbetrags sei in diesem Fall jedoch ausgeschlossen. Denn bei regelbesteuerten Einkünften aus Kapitalvermögen könnten nur die tatsächlich angefallenen und nicht fiktive Werbungskosten in Höhe des Pauschbetrags abgezogen werden, so der BFH unter Verweis auf § 32d Absatz 2 Nr. 1 Satz 2 EStG.

Im Streitfall hatte der Kläger unter anderem Zinsen aus einem privaten Darlehen erzielt. Dieses ordnete das Finanzamt als „Darlehen zwischen nahestehenden Personen“ ein, sodass die Zinsen nach dem progressiven Regeltarif zu besteuern waren. Daneben erzielte der Kläger negative Einkünfte aus Kapitalvermögen, die dem gesonderten Steuertarif gemäß § 32d Absatz 1 EStG unterlagen. Er beantragte im Wege der Günstigerprüfung die Verrechnung dieser Kapitaleinkünfte. Finanzamt und Finanzgericht (FG) lehnten diese Verrechnung ab.

Der BFH gab dem Kläger insoweit Recht, als er eine Saldierung der Kapitaleinkünfte aufgrund des Antrags auf Günstigerprüfung für zulässig erachtete. Den vom Kläger geltend gemachten Abzug des Sparer-

Pauschbetrags von den regelbesteuerten positiven Einkünften aus Kapitalvermögen lehnte er jedoch ab. Da auf der Grundlage der Feststellungen des FG fraglich war, ob die abgeltend zu steuernden negativen Einkünfte aus Kapitalvermögen und die positiven regelbesteuerten Einkünfte aus Kapitalvermögen dem Grunde und der Höhe zutreffend ermittelt wurden, hat der BFH den Streitfall an das FG zurückverwiesen. Bundesfinanzhof, Urteil vom 30.11.2016, VIII R 11/14

## Bankrecht: Die Verjährungsfrist darf nicht „versteckt“ reduziert werden

Wer geschlossene Fonds gekauft hat, der hat drei Jahre „ab Kenntnis“ Zeit, einen Fehler zu reklamieren und den Anbieter ersatzpflichtig zu machen. Sollte im „Kleingedruckten“ des Prospekts diese Frist (hier auf 6 Monate) reduziert worden sein, so ist eine solche Klausel ungültig, wenn sie nicht für den Fall des Vorsatzes oder grober Fahrlässigkeit ausgenommen wurde.

BGH, II ZR 340/14 vom 22.09.2015

## Spekulation mit Immobilien: Kein Beschluss gegen Share Deals

Die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen hat sich mit einem Vorstoß gegen die Spekulation mit Immobilien nicht durchsetzen können. Sie hatte dazu die Aufhebung der Grunderwerbsteuerbefreiung beim Kauf von Unternehmensanteilen, in denen Grundstücke enthalten sind (Share Deals), verlangt. Der Finanzausschuss des Bundestages lehnte am 21.06.2017 einen entsprechenden Antrag (BT-Drs. 18/8617) der Fraktion mit der Mehrheit der Koalitionsfraktionen CDU/CSU und SPD ab. Die Oppositionsfraktionen Die Linke und Bündnis 90/Die Grünen stimmten dafür.

Würden Anteile an Unternehmen gekauft, in denen die Grundstücke enthalten seien, entfalle die Grunderwerbsteuer, wenn der Käufer weniger als 95 Prozent dieser Unternehmensanteile erwerbe, erläuterte die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen in ihrem Antrag. Davon würden vor allem große Firmen profitieren und mit 94,9 Prozent der gekauften Anteile gerade unter der Grenze der Steuerpflicht bleiben. Ohne die Steuerfreiheit dieser „Share Deals“ würden sich der Handel und





die Fusion großer Wohnungsunternehmen weniger lohnen. Durch einen Wegfall der Steuerbefreiung werde die aus Verbrauchersicht hoch problematische Konzentration von Wohnungsbeständen in immer größeren Immobilienunternehmen eingeschränkt. Eine Konzentration von Wohnungsbeständen in Händen großer Marktteilnehmer berge dagegen die Gefahr steigender Mietpreise in Ballungszentren, warnen die Abgeordneten.

Die CDU/CSU-Fraktion erklärte, es gebe Missbrauch, aber im Wesentlichen handele es sich um Unternehmensverkäufe. Den Antrag bezeichnete ein Sprecher der Fraktion als übereilt. Die SPD-Fraktion sah Handlungsbedarf beim Thema „Share Deals“. Es gehe auch um Gerechtigkeit, da diese Gestaltungsmöglichkeit bei privaten Immobilientransaktionen ausgeschlossen sei. Den Gerechtigkeitsaspekt sprach auch die Fraktion Die Linke an und verwies darauf, dass besonders ausländische Fonds beim Kauf großer Immobilien die Gestaltungsmöglichkeit nutzten.

An einem Beispiel wird in dem Antrag erläutert, wie sich „Share Deals“ auswirken: Beim Verkauf des Frankfurter Eurotowers (ehemaliger Sitz der Europäischen Zentralbank und jetziger Sitz der Europäischen Bankenaufsicht) seien dem Land Hessen 29 Millionen Euro an Grunderwerbsteuern entgangen. Eine Familie, die in Frankfurt ein Haus für 300.000 Euro gekauft hätte, hätte dagegen 18.000 Euro Grunderwerbsteuer bezahlen müssen.

Deutscher Bundestag, PM vom 21.06.2017

### **Regelbesteuerung: Nicht bei nur mittelbarer beruflicher Tätigkeit für die Kapitalgesellschaft**

Die Option einer Regelbesteuerung bei Kapitalerträgen besteht nicht, wenn nur mittelbar eine berufliche Tätigkeit für die betreffende Kapitalgesellschaft ausgeübt wird. Dies stellt das Finanzgericht (FG) Düsseldorf klar.

Streitig ist der Abzug von Zinsen für ein Darlehen zur Anschaffung einer GmbH-Beteiligung als Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen. Der Kläger war bis zu seiner Pensionierung im Jahr 2012 Geschäftsführer der A GmbH. Zudem fungierte er als Geschäftsführer der B GmbH und C GmbH. Im Jahr 2007 hatte er ein Darlehen über 200.000 Euro zur Finanzierung eines Anteils von zehn Prozent an der

A GmbH aufgenommen. 2013 veräußerte er einen Gesellschaftsanteil von neun Prozent. Zugleich zahlte er das Darlehen samt aufgelaufener Zinsen, insgesamt 242.313 Euro, an den Darlehensgeber zurück.

Der Kläger begehrte die Anwendung der tariflichen Einkommensteuer und den Abzug der Zinsen in Höhe von 42.313 Euro als Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen. Dies lehnte das beklagte Finanzamt unter Hinweis darauf ab, dass der Kläger nach Aufgabe seines Geschäftsführerpostens im Jahr 2012 nicht mehr für die Gesellschaft beruflich tätig sei.

Dem ist das FG Düsseldorf gefolgt. Im Streitjahr 2013 komme eine Option zur Regelbesteuerung (und damit ein Abzug von Werbungskosten) bei Gewinnausschüttungen unter anderem dann in Betracht, wenn der Steuerpflichtige unmittelbar oder mittelbar zu mindestens einem Prozent an der Kapitalgesellschaft beteiligt und beruflich für diese tätig sei. Letzteres sei hier jedoch nicht der Fall gewesen. Die nichtselbstständige Tätigkeit des Klägers für die A GmbH habe mit seinem Ausscheiden als Geschäftsführer im Jahr 2012 geendet.

Etwas anderes folge nicht aus dem Umstand, dass der Kläger auch als Geschäftsführer der C GmbH tätig gewesen sei und diese entgeltliche Beratungsleistungen gegenüber der A GmbH erbracht habe. Derartige nur mittelbare Vertragsbeziehungen zwischen dem Kläger und der A GmbH reichten nicht aus.

Das FG Düsseldorf hat die Revision zum Bundesfinanzhof zugelassen. Zwar habe sich die Gesetzesfassung geändert, die Streitfrage stelle sich aber nach der Gesetzesänderung gleichermaßen, meint das Gericht. Finanzgericht Düsseldorf, Urteil vom 10.05.2017, 7 K 3226/16 E

# Immobilien- besitzer

## Verluste aus Betrieb einer Photovoltaikanlage können auch bei negativer Gewinnprognose steuerlich anzuerkennen sein

Verluste aus dem Betrieb einer Photovoltaikanlage können auch bei negativer Gewinnprognose steuerlich anzuerkennen sein, wie ein Urteil des Finanzgerichts (FG) Baden-Württemberg zeigt.

Der Kläger erwarb einen Anteil an einem Erbbaurecht an Grundstücken verbunden mit dem Recht, Teilflächen zur Errichtung einer Photovoltaikanlage zu benutzen, sowie von einer Personengesellschaft zu Alleineigentum zwei Photovoltaikanlagen. Diese plante nach ihrem Verkaufsprospekt einen Solarpark aus unabhängigen Einzelanlagen, deren erzeugte Energie über einen jeweils integrierten Zähler erfasst, für jede Anlage abgerechnet und zusammengefasst in das öffentliche Versorgungsnetz eingespeist wird. Der Prospekt enthielt eine Ertragsprognose. Hiervon wich die tatsächliche Leistung der Anlagen ab. Gutachter zur Ursachenerforschung wurden beauftragt.

Der Kläger nahm zur Finanzierung der Anlagen ein Darlehen auf. Anstelle einer laufenden Tilgung schloss er eine fondsgebundene Rentenversicherung ab, die er an die finanzierende Bank abtrat. Mit dieser vereinbarte er eine weitere fondsgebundene Rentenversicherung. Die Einnahmen reichten zur Deckung der Ausgaben für das Darlehen nicht aus. Der Kläger widerrief den Darlehensvertrag und begehrte erfolglos die Rückabwicklung. Die Bank senkte daraufhin jedoch den Sollzinssatz. Der Kläger erklärte in seiner Einkommensteuererklärung 2012 Verluste aus Gewerbebetrieb von 9.678 Euro. Das Finanzamt berücksichtigte diese nicht. Sei der zu erwartende Totalgewinn negativ, fehle die Gewinnerzielungsabsicht. Es liege eine steuerlich unbeachtliche private Tätigkeit, ein Liebhabereibetrieb, vor.

Das FG Baden-Württemberg erkannte die Verluste steuerlich an. Die Gewinnerzielungsabsicht sei zweistufig zu prüfen. Es gehe zunächst um die Ergebnisprognose. Diese sei für einen Prognosezeitraum von 20 Jahren, der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer der Anlagen, negativ. Sodann seien die Gründe hierfür zu würdigen. Beim Betrieb von Photovoltaikanlagen spreche der Beweis des ersten Anscheins für eine Gewinnerzielungsabsicht, der durch die negative Totalgewinnprognose erschüttert werde. Die verlustbringende Tätigkeit beruhe jedoch nicht auf persönlichen Gründen. Der Kläger habe im Rahmen seiner

Möglichkeiten alles unternommen, um Verluste gering zu halten. Technische Maßnahmen zur Verbesserung des betrieblichen Ergebnisses seien ergriffen worden, wie die Überprüfung der Verkabelung des Solarparks und der Module und die Reinigung der Moduloberflächen. Dadurch seien die Einnahmen gestiegen. Der Kläger habe ferner die Ausgaben durch Gespräche mit der Bank reduziert. Im Verkaufsprospekt werde auch nicht mit einer Steuerersparnis durch mögliche Verluste aus dem Betrieb des Solarparks geworben. Die Verknüpfung der Finanzierung der Photovoltaikanlagen mit Rentenversicherungen sei nicht schädlich. Der Steuerpflichtige sei bezüglich Finanzierung und Kapitalverwendung frei.

FG Baden-Württemberg, Urteil vom 09.02.2017, 1 K 841/15, rkr

## Wohngebäudeversicherungen müssen nicht Feuerschutzsteuer unterliegen

Das BMF hat ein Schreiben zur Umsetzung eines finanzgerichtlichen Urteils erlassen, wonach Wohngebäudeversicherungen, bei denen tatsächlich kein Feuerrisiko abgesichert ist, nicht der Feuerschutzsteuer unterliegen.

Ausweislich der Begründung des mittlerweile rechtskräftigen Urteils des Kölner Finanzgerichts vom 07.12.2016 (2 K 3652/14) handelt es sich bei solchen Wohngebäudeversicherungen gerade nicht um Versicherungen im Sinne von § 1 Absatz 1 Nr. 2 des Feuerschutzsteuergesetzes (FeuerschStG), das heißt um Versicherungen, die teilweise auf Gefahren entfallen, die Gegenstand einer Feuerversicherung sein können. Die bisher von der Finanzverwaltung für Wohngebäudeversicherungen im Sinne des § 1 Absatz 1 Nr. 2 FeuerschStG und Hausratversicherungen im Sinne des § 1 Absatz 1 Nr. 3 FeuerschStG vertretene gegenteilige Auffassung wird laut Bundesfinanzministerium nicht aufrechterhalten. Das Urteil sei ab sofort im Hinblick auf alle gemäß § 8 VersStG beziehungsweise § 8 FeuerschStG abzugebenden Steueranmeldungen bei Fällen von Wohngebäude- und Hausratversicherungen ohne tatsächliche Absicherung des Feuerrisikos anzuwenden. Derartige Versicherungen unterfielen ausschließlich der Versicherungsteuer.

Sind in diesen Fällen Versicherungsteuer- und Feuerschutzsteueranmeldungen abgegeben worden, bei denen die Festsetzungsfrist noch nicht abgelaufen ist, gilt laut BMF-Schreiben Folgendes: Steuerpflichtige können ihre Versicherungsteuer- und Feuerschutzsteuer-



anmeldungen entsprechend berichtigen. In diesem Fall entspricht die anzumeldende und nachzutrichtende Versicherungsteuer betragsmäßig der vom Bundeszentralamt für Steuern zu erstattenden Feuerschutzsteuer (Hinweis auf BMF-Schreiben vom 12.05.2010 – VersSt-S 6565/09/10001, VersSt-S 6413/10/10002; BStBl I 2010, 544).

Es ist nach Angaben des BMF nicht zu beanstanden, wenn Steuerpflichtige von einer Berichtigung der Feuerschutzsteuer- und Versicherungsteueranmeldungen aus Anlass des genannten Urteils des FG Köln absehen. BMF-Schreiben vom 28.04.2017, III C 4 - S 6560/09/1000

### **Eigentumswohnung: Beim Kauf gilt nicht zwingend die 10-Prozent-Marke**

Ist eine Eigentumswohnung kleiner als vom Verkäufer angegeben, so kann der Käufer eine Kaufpreisminderung geltend machen. Dazu ist es aus Sicht des Saarländischen OLG nicht immer nötig, eine vertragliche „Kauf“-Ver Vereinbarung über die Wohnfläche vorlegen zu können. Es reiche aus, wenn der Käufer ein besonderes Interesse an der Wohnungsgröße gezeigt hat.

Die bei Mietwohnungen im Grundsatz geltende, für eine Minderungsmaßgebliche Mindestabweichung in Höhe von zehn Prozent muss für den Verkauf einer Eigentumswohnung nicht maßgebend sein. Das jedenfalls dann nicht, wenn der Käufer deutlich gemacht hatte, dass ihm die Wohnungsgröße „wichtig“ gewesen ist (hier unter anderem durch das Anfordern der Wohnflächenberechnung nachgewiesen).

Auch wenn die tatsächliche Größe von der im Mietvertrag angegebenen lediglich um etwas mehr als 9 Prozent abweicht, sei eine nachträgliche Preisminderung gerechtfertigt.

Saarländisches OLG, 8 U 450/10 vom 01.12.2011

### **Mehrere Häuser aneinander sind nicht nur „ein“ Haus**

Wer als Privatmann weniger als vier Immobilien innerhalb von fünf Jahren kauft und verkauft, der gilt nicht als gewerblicher Verkäufer, was enorme steuerliche Vorteile hat.

Allerdings liegt in solchen Fällen die Schwierigkeit im Detail. Wie muss zum Beispiel gerechnet werden, wenn zweimal zwei Häuser aneinander grenzen (quasi miteinander verbunden sind): Sind es dann zwei oder vier Objekte?

Das Finanzgericht Düsseldorf ging in einem ähnlich – ziemlich spektakulären – Fall davon aus, dass „aneinandergereihte“ Häuser nicht als ein Ganzes zählen, sondern separat aufzulisten sind. Sehr zum Missfall des Ehepaares, das unter anderem vier aneinander grenzende Mehrfamilienhäuser und auf einem anderen Grundstück weitere neun – freistehende – Mehrfamilienhäuser ersteigert hatten und von zwei „Zähl-objekten“ ausgegangen war, die verkauft wurden. Die Richter hatten eine andere Rechenmaschine zur Hand: das Bewertungsgesetz.

FG Düsseldorf, 16 K 3895/15 vom 03.11.2016

### **Immobilienmakler müssen künftig ihre Sachkunde nachweisen**

Immobilienmakler müssen künftig einen Sachkundenachweis erbringen, ehe sie eine gewerberechtliche Erlaubnis erhalten. Das hat der Bundestag am 20.06.2017 mit Koalitionsmehrheit gegen die Stimmen der Opposition beschlossen, als er einen Gesetzentwurf der Bundesregierung auf Empfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie annahm. Gegen die Stimmen der Opposition abgelehnt wurde hingegen ein Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen.

Ziel des Gesetzes sei es, die Qualität der Dienstleistungen von Immobilienmaklern und Wohnungseigentumsverwaltern zu verbessern, heißt es in der Begründung. Die Pflicht, die Sachkunde nachzuweisen, gilt auch für Mitarbeiter von Kreditinstituten, weil es sich bei der Grundstücks- und Immobilienvermittlung nicht um Bankgeschäfte im Sinne des Kreditwesengesetzes handele. Für Makler und Wohneigentumsverwalter, die bereits länger als sechs Jahre tätig sind, sind Möglichkeiten zur Befreiung vom Sachkundenachweis vorgesehen.

Die Grünen forderten in ihrem Antrag die Bundesregierung auf, ein Wohnungseigentumsgesetz vorzulegen, das die Verbraucherrechte von Wohnungseigentümern und Wohnungseigentümergeinschaften festschreibt. Neuregelungen wollten die Grünen auch für die Verwaltung der Finanzen von Wohnungseigentümergeinschaften. Weitere Forderungen bezogen sich darauf, Umbaumaßnahmen und Sanierungen zu fördern, die Möglichkeiten außergerichtlicher Streitbeilegung zu stärken und Qualifizierungsnachweise für Immobilienmakler und Verwalter festzuschreiben.

Deutscher Bundestag, PM vom 22.06.2017

# Angestellte

## Grobe Beleidigung rechtfertigt fristlose Kündigung auch langjährigen Arbeitsverhältnisses

Eine Bezeichnung des Chefs als „soziales Arschloch“ kann auch in einem langjährigen Arbeitsverhältnis in einem familiengeführten Kleinbetrieb ohne vorherige Abmahnung die außerordentliche Kündigung rechtfertigen. Dies hat das Landesarbeitsgericht (LAG) Schleswig-Holstein entschieden.

Der 62 Jahre alte Kläger war bei einem kleinen Gas- und Wasserinstallateurbetrieb beschäftigt. Neben den Geschäftsführern arbeiteten dort noch deren Mutter im Büro sowie drei Gesellen. Am 15.02.2016 kam es zu einem Wortwechsel zwischen dem Kläger und dem Vater der Geschäftsführer, der früher den Betrieb geführt hatte. Ob dieser auf eine Frage etwas sarkastisch reagiert hat, ist streitig. Der Kläger verließ grußlos den Raum. Dabei hörte er, wie der eine Geschäftsführer das sinngemäß mit den Worten kommentierte: „Kinderkram/Sind wir hier im Kindergarten?“ Am nächsten Morgen kehrte der Kläger ins Büro zurück. Er äußerte in einem gereizten Wortwechsel mit den Geschäftsführern, dass der Geschäftsführer F. B. gerne den Chef raushängen lasse und dass sich dessen Vater ihm gegenüber wie ein „Arsch“ benommen habe. Der Geschäftsführer sei auf dem besten Wege, seinem Vater den Rang abzulaufen. Auf die Worte des Klägers „dann kündigt mich doch“ erwiderte der Geschäftsführer: „Damit wir dann als soziale Arschlöcher dastehen.“ Der Kläger gab zur Antwort, dass die Firma dies sowieso schon sei.

Nach dem Gespräch arbeitete der Kläger zunächst noch weiter und wurde abends für drei Tage von der Arbeit freigestellt. Als sich der Kläger auch dann noch nicht entschuldigt hatte, kündigte der Arbeitgeber fristlos, hilfsweise ordentlich. Der Kläger wendet sich mit seiner Kündigungsschutzklage gegen diese Kündigung. Seine Äußerungen seien durch die Meinungsfreiheit gedeckt. Er habe aus einem Affekt heraus gehandelt und sei durch den Geschäftsführer sowie dessen Vater provoziert worden.

Die Klage war sowohl vor dem Arbeitsgericht als auch vor dem LAG erfolglos. Bei groben Beleidigungen könne sich ein Arbeitnehmer nicht auf sein Recht auf freie Meinungsäußerung berufen. Die Äußerungen des Geschäftsführers und des Vaters stellen nach Meinung des LAG keine Provokationen dar. Von besonderem Gewicht sei die 16-stündige

Zeitspanne zwischen den beiden Gesprächen, die eine Affekthandlung ausschließe. Einer Abmahnung habe es hier gerade wegen der fehlenden Entschuldigung und der auch noch in der Berufungsverhandlung fehlenden Einsicht des Klägers, sich gegenüber dem Arbeitgeber falsch verhalten zu haben, nicht bedurft. Es sei der Beklagten als kleinem Familienbetrieb nicht zuzumuten gewesen, das über 23 Jahre andauernde Arbeitsverhältnis auch nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist (30.09.2016) fortzusetzen.

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Urteil vom 24.01.2017, 3 Sa 244/16, rechtskräftig

## Im Krankenhaus als „freie Mitarbeiterin“ tätig: Krankenschwester kann dennoch als abhängig beschäftigte Arbeitnehmerin zu qualifizieren sein

Auch wenn eine Krankenschwester laut Vertrag mit einem Krankenhaus bei diesem „als freie Unternehmerin“ tätig ist, kann sie abhängig beschäftigt sein, wenn die Anhaltspunkte hierfür überwiegen. Dies zeigt ein vom Sozialgericht (SG) Heilbronn entschiedener Fall.

Die Klägerin ist Krankenschwester für Anästhesie und Intensivmedizin. Vermittelt über eine Agentur war sie in einem Verbund mit anderen Pflegekräften als „freie Mitarbeiterin“ in verschiedenen Krankenhäusern tätig. Für ihre Tätigkeit als Intensivpflegekraft in den Monaten April bis Juni 2014 erhielt sie vom beigeladenen Krankenhaus eine Vergütung von mehr als 17.000 Euro, mit dem sie zuvor einen „Dienstleistungsvertrag“ geschlossen hatte. Hierin war ausgeführt, dass die Klägerin „Dienstleistungen gemäß dem Berufsbild einer examinierten Kranken- und Gesundheitspflegekraft“ erbringe und „kein Arbeitnehmer (...) im Sinne des Sozialversicherungs-, Steuer- und Arbeitsrechtes“ sei. Zudem könne die Klägerin „als freier Unternehmer grundsätzlich auch mehr als zehn Stunden/Tag eingesetzt werden“. Auf einen so genannten Statusfeststellungsantrag entschied die beklagte Rentenversicherung (DRV Bund), dass die Klägerin beim Krankenhaus im betreffenden Zeitraum abhängig beschäftigt gewesen sei.

Die hiergegen gerichtete Klage blieb erfolglos. Zwar stelle der Wille der Vertragsparteien zu freier Mitarbeit ein Indiz für eine selbstständige Tätigkeit dar. Vorliegend sei aber maßgeblich, dass die Klägerin in die betriebliche Organisation des Krankenhauses eingebunden ge-



wesen sei. So habe sie Patienten bei Dienstantritt übernommen und nach Dienstende wieder übergeben. Anweisungen der diensthabenden Ärzte habe sie befolgen müssen, die Stationsleitung habe ihre Arbeit kontrolliert. Notwendigerweise habe sie mit fest angestellten Pflegekräften des Krankenhauses zusammengearbeitet.

Zudem habe die Krankenschwester auch kein wirtschaftliches Risiko getragen. Denn es sei von vornherein ein festes Stundenhonorar vereinbart gewesen. Auch sei sie keinem Unternehmerrisiko ausgesetzt gewesen, da sie selbst weder Arbeitnehmer beschäftigt noch wesentliches Eigenkapital eingesetzt habe. So habe sie nach eigenen Angaben lediglich zu Hause ein „Büro“ unterhalten. Sie sei vielmehr lediglich einem Einkommensrisiko ausgesetzt gewesen, welches jeden Arbeitnehmer treffen könne, der nur Zeitverträge bekomme oder auf Abruf arbeite und nach Stunden bezahlt werde. Dass nach den Angaben des Krankenhauses derzeit ein Personalmangel bestehe, sei ein Problem des Arbeitsmarktes und könne die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit nicht rechtfertigen, so das SG Heilbronn abschließend.

Sozialgericht Heilbronn, Urteil vom 01.02.2017, S 10 R 3237/15, rkr

### Freifahrticket für Ehepartner kann schutzwürdige Betriebsrentenleistung sein

Ein Freifahrticket, das ein Unternehmen des öffentlichen Nahverkehrs Familienangehörigen seiner Belegschaft zur Verfügung stellt, kann eine Betriebsrentenleistung sein, die für die Zeit des Betriebsrentenbezugs nicht durch eine Betriebsvereinbarung abgelöst werden kann. Dies hat das Landesarbeitsgericht (LAG) Düsseldorf entschieden.

Die Beklagte betreibt ein öffentliches Nahverkehrsunternehmen. Der Kläger ist dort seit 1977 als Busfahrer beschäftigt und befindet sich seit dem 01.12.2013 in der so genannten Passivphase der Altersteilzeit. Die Beklagte gewährte der Ehefrau des Klägers wie allen übrigen Ehepartnern ihrer Beschäftigten und Betriebsrentnern bis zum 31.12.2015 unentgeltlich ein VRR-Ticket. Grundlage waren in der Vergangenheit unter anderem die „Bestimmungen über die Gewährung von Dienstausweisen, Frei-Fahrkarten, Familien-Fahrkarten, Lehrlings- und Schülerkarten“ vom 25.10.1958, wonach verheiratete Belegschaftsmitglieder Familien-Fahrkarten erhielten, die auch für die Ehefrau des Belegschaftsmitgliedes gültig waren.

Am 27.11.1991 schloss die Beklagte mit ihrem Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung, wonach Arbeitnehmer der Beklagten ein Ticket 2000 unter dem Begriff „Firmenservice“ erhalten sollten. Jeder Arbeitnehmer konnte unabhängig davon ein Ticket seiner Wahl ohne Zuzahlung für seinen jeweiligen Familienangehörigen beziehen. Diese wurden während des Ruhestands weiter gewährt. Zum 01.01.2016 vereinbarte die Beklagte eine Betriebsvereinbarung (BV 2016), die alle vorhergehenden Regelungen und Betriebsvereinbarungen betreffend das Firmenticket ersetzen sollte. Ab dem 01.01.2016 gewährte die Beklagte der Ehefrau des Klägers kein Ticket mehr.

Die Klage hatte nur teilweise Erfolg. Die BV 2016 habe die Regelungen bei der Beklagten über die Gewährung von Freifahrtickets ab dem 01.01.2016 ablösen können, so das LAG. Es habe sich insgesamt um Vereinbarungen beziehungsweise Regelungen gehandelt, die einen kollektiven Bezug gehabt hätten, also „betriebsvereinbarungsoffen“ gewesen seien. Sie hätten durch eine nachfolgende Betriebsvereinbarung abgelöst werden können. Während der aktiven Zeit als Arbeitnehmer habe der Kläger deshalb keinen Anspruch auf ein Freifahrticket für seine Ehefrau mehr. Die Auslegung der BV 2016 ergebe, dass sie diesen Anspruch vollständig abgeschafft habe.

Soweit dies auch für die Zeit des Ruhestandes gelten soll, sei die Ablösung indes unwirksam, heißt es in dem Urteil weiter. Die dem Kläger gewährte Leistung der freien Fahrt für seine Ehefrau sei für die Zeit des Bezugs von Betriebsrente eine Leistung der betrieblichen Altersversorgung. Diese sei nach den Grundsätzen des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit besonders geschützt, die hier einer Ablösung entgegenstanden. Der Kläger könne für seine Ehefrau ab Betriebsrentenbeginn (01.12.2018) das zuletzt von dieser bis zum 31.12.2015 bezogene Ticket 1000 Preisstufe D des VRR verlangen, solange die Eheleute verheiratet sind und im gleichen Haushalt leben.

Das LAG hat für beide Parteien die Revision zugelassen. In fünf Parallelverfahren hat es zudem nach diesen Grundsätzen entschieden.

Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Urteil vom 23.06.2017, 6 Sa 173/17



# Familie und Kinder

## Kindergeldsachen: Streitwert kann unterhalb des Jahresbetrags des Kindergeldes liegen

Bei der Streitwertbemessung in Kindergeldsachen ist nicht der Jahresbetrag des Kindergeldes anzusetzen, wenn die in die Zukunft reichenden Wirkungen der angegriffenen Behördenentscheidung auf eine Dauer von weniger als einem Jahr begrenzt sind. Dies hat das Finanzgericht (FG) Baden-Württemberg entschieden.

Der Erinnerungsführer hatte gegen die Aufhebung einer Kindergeldfestsetzung ab Januar 2015 und die Rückforderung bezahlten Kindergeldes der Monate Januar bis April 2015 (736 EUR) geklagt, weil sein Sohn vor dem Beginn seines Studiums im Wintersemester 2015/16 noch eine „Work-and-travel-Tour“ mache. Für die zurückgenommene Klage ging die Kostenbeamtin von einem Streitwert in Höhe von 3.776 Euro aus. Der Streitwert setzte sich aus dem Jahresbetrag des Kindergeldes (12 x 184 Euro = 2.272 Euro) und der bis zur Klageerhebung im August 2015 zu zahlenden Kindergeldbeträge (8 x 188 Euro = 1.504 Euro) zusammen.

Das FG verminderte die vom Kläger zu tragenden Gerichtskosten auf der Grundlage eines auf 1.656 Euro reduzierten Streitwertes. Der Streitwert sei nicht in Höhe eines Jahresbetrags des Kindergeldes zuzüglich der für Zeiträume beanspruchten Beträge, die auf Zeiträume vor Klageerhebung entfallen, zu bemessen. Vielmehr sei es dem Kläger um Kindergeld für seinen Sohn für die Zeiträume Januar bis September 2015 gegangen. Das darauf bezogene Interesse sei mit 9 x 184 Euro (1.656 Euro) zu bemessen.

Der Kläger habe schon im Einspruchsverfahren darauf hingewiesen, dass sein Sohn im Wintersemester 2015/16 ein Studium beginnen und damit eine Berufsausbildung aufnehmen werde, die einen Kindergeldanspruch begründe. Da sich damit eine Änderung der für die Kindergeldgewährung erheblichen Umstände bereits bei Klageerhebung konkret abzeichnete, wäre es verfehlt, das wirtschaftliche Interesse des Klägers mit einem Jahresbetrag (zuzüglich des Betrags der für zurückliegende Zeiträume mit der Klage geltend gemachten Ansprüche) zu bemessen.

Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass die in § 52 Absatz 3 Satz 3 des Gerichtskostengesetzes (GKG) für entsprechend anwendbar erklärten Regelungen in § 42 Absatz 1 Satz 1 und Absatz 3 GKG dazu dienen, die

durch § 52 Absatz 3 Satz 2 GKG in die Wertbemessung miteinbezogene Zukunftsbedeutung einer Klage zu quantifizieren. Die Zukunftsbedeutung sei allerdings nach § 52 Absatz 3 Satz 2 GKG nur insofern von Belang, als sie „offensichtlich absehbar“ sei. Im Streitfall seien mit der Klage offensichtlich absehbare Auswirkungen über den September 2015 hinaus nicht verbunden gewesen.

Finanzgericht Baden-Württemberg, Beschluss vom 15.03.2017, 11 KO 3702/16

## Anspruch auf Ausbildungsunterhalt kann aus Gründen des Vertrauensschutzes begrenzt sein

Teilt ein uneheliches Kind seinem Vater, mit dem es seit dem 16. Lebensjahr keinen Kontakt mehr hat, trotz Nachfrage nichts über seine beruflichen Pläne nach dem Abitur (hier: Absolvierung einer Lehre, sodann Studium) mit, so kann dies einer Inanspruchnahme des Vaters für die Kosten eines erst sechs Jahre nach dem Abitur aufgenommenen Studiums entgegenstehen. Dies zeigt ein vom Bundesgerichtshof (BGH) entschiedener Fall.

Das Antrag stellende Land nimmt den Antragsgegner, dessen Tochter es Vorausleistungen nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz (BAföG) gewährt hat, auf Ausbildungsunterhalt aus übergegangenem Recht in Anspruch. Die Ende 1984 geborene nichteheliche Tochter erwarb 2004 das Abitur mit einem Notendurchschnitt von 2,3. Ab dem Wintersemester 2004/2005 bewarb sie sich um einen Medizinstudienplatz. Nachdem ihr kein solcher zugewiesen wurde, begann sie im Februar 2005 eine Lehre als anästhesietechnische Assistentin, die sie im Januar 2008 erfolgreich abschloss. Ab Februar 2008 arbeitete sie in diesem erlernten Beruf. Für das Wintersemester 2010/2011 wurde ihr schließlich ein Studienplatz zugewiesen; seitdem studiert sie Medizin. Im September 2011 erhielt der Vater durch die Aufforderung des Studierendenwerks zur Auskunft über seine finanziellen Verhältnisse Kenntnis von der Studienaufnahme seiner Tochter. Er hatte weder mit deren Mutter noch mit ihr jemals zusammengelebt und seine Tochter letztmals getroffen, als sie 16 Jahre alt war. Per Brief hatte er ihr 2004 nach dem Abitur – dessen erfolgreiche Ablegung er annahm – mitgeteilt, er gehe vom Abschluss der Schulausbildung aus und davon, keinen weiteren Unterhalt mehr zahlen zu müssen. Sollte dies anders



sein, möge sich seine Tochter bei ihm melden. Nachdem eine Reaktion hierauf unterblieb, stellte er die Unterhaltszahlungen für seine Tochter ein.

Der auf Zahlung von insgesamt 3.452,16 Euro (BAföG-Vorausleistung für Oktober 2011 bis September 2012) gerichtete Antrag ist in allen Instanzen erfolglos geblieben. Gemäß § 1610 Absatz 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) umfasse der Unterhalt eines Kindes die Kosten einer angemessenen Ausbildung zu einem Beruf, erläutert der BGH. Geschuldet werde danach eine Berufsausbildung, die der Begabung und den Fähigkeiten, dem Leistungswillen und den beachtenswerten Neigungen des Kindes am besten entspricht und sich in den Grenzen der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Eltern hält. Ein einheitlicher Ausbildungsgang in diesem Sinn könne auch gegeben sein, wenn ein Kind nach Erlangung der Hochschulreife auf dem herkömmlichen schulischen Weg (Abitur) eine praktische Ausbildung (Lehre) absolviert hat und sich erst danach zu einem Studium entschließt (so genannte Abitur-Lehre-Studium-Fälle). Hierfür müssten die einzelnen Ausbildungsabschnitte jedoch in engem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang stehen; die praktische Ausbildung und das Studium müssten sich jedenfalls sinnvoll ergänzen.

Eine feste Altersgrenze, ab deren Erreichen der Anspruch auf Ausbildungsunterhalt entfällt, lasse sich dem Gesetz nicht entnehmen. Maßgeblich sei, ob den Eltern unter Berücksichtigung aller Umstände die Leistung von Ausbildungsunterhalt noch zumutbar ist. Dies werde nicht nur durch ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit bestimmt, sondern auch davon, ob und inwieweit sie damit rechnen müssen, dass ihr Kind weitere Ausbildungsstufen anstrebt. Denn zu den schützenswerten Belangen des Unterhaltspflichtigen gehöre, sich in der eigenen Lebensplanung darauf einstellen zu können, wie lange die Unterhaltslast dauern wird. Eine Unterhaltspflicht komme daher umso weniger in Betracht, je älter der Auszubildende bei Abschluss seiner praktischen Berufsausbildung ist. Auch wenn der Unterhaltsanspruch keine Abstimmung des Ausbildungsplans mit dem Unterhaltspflichtigen voraussetzt, könne es der Zumutbarkeit entgegenstehen, wenn der Unterhaltspflichtige von dem Ausbildungsplan erst zu einem Zeitpunkt erfährt, zu dem er nicht mehr damit rechnen muss, zu weiteren Ausbildungskosten herangezogen zu werden.

Nach diesen rechtlichen Maßgaben hat laut BGH im entschiedenen Fall kein Unterhaltsanspruch mehr bestanden. Allerdings sei das Studium nicht allein wegen der Abiturnote unangemessen. Entstehen bei einem mit Numerus Clausus belegten Studiengang notenbedingte Wartezeiten, könne das lediglich zur Folge haben, dass das Kind seinen Bedarf während der Wartezeit durch eine eigene Erwerbstätigkeit sicherstellen muss. Auch fehle insbesondere nicht der zeitliche Zusammenhang zwischen Lehre und Studium, weil die Tätigkeit im erlernten Beruf lediglich der Überbrückung der zwangsläufigen Wartezeit diene. Die Inanspruchnahme des Vaters sei aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalls hier dennoch unzumutbar, selbst wenn er während der Lehre seiner Tochter nicht für ihren Unterhalt aufkommen musste. Denn bei dem Alter der Tochter von fast 26 Jahren bei Studienbeginn habe der Vater typischerweise nicht mehr ohne weiteres mit der Aufnahme eines Studiums seiner Tochter rechnen müssen. Entsprechend habe er im Vertrauen darauf, nicht mehr für den Unterhalt der Tochter aufkommen zu müssen, verschiedene längerfristige finanzielle Dispositionen (kreditfinanzierter Eigenheimkauf; Konsumentenkredite) getroffen. Dieses Vertrauen war nach Ansicht des BGH im vorliegenden Fall auch schützenswert, weil ihn seine Tochter trotz seiner schriftlichen Nachfrage zu keinem Zeitpunkt über ihre Ausbildungspläne in Kenntnis gesetzt hatte.

Bundesgerichtshof, Beschluss vom 03.05.2017, XII ZB 415/16



# Arbeit, Ausbildung & Soziales

## Krankenkasse muss anstelle des Sozialhilfeträgers für Schulwegbegleitung zahlen

Ein schwerbehinderter Schüler hat einen Anspruch auf Übernahme der Kosten für eine Begleitung auf seinem Schulweg gegen seine Krankenkasse, obwohl es sich dabei um eine Leistung der Sozialhilfe handelt. Dies hat das Landessozialgericht (LSG) Niedersachsen-Bremen in einem Eilverfahren unter Hinweis darauf entschieden, dass Zuständigkeitsstreitigkeiten zwischen dem Sozialhilfeträger und der Krankenkasse nicht zulasten der Schwerbehinderten gehen dürften.

Der 1998 geborene Schüler leidet an einer schweren Mehrfachbehinderung mit Epilepsie. Für ihn sind ein Grad der Behinderung von 100 sowie die Merkzeichen G, H, RF und aG anerkannt. Für seinen Weg zur Schule besteht das Erfordernis einer ständigen Begleitung. Der als Träger der Sozialhilfe (hier: Leistungen der Eingliederungshilfe für behinderte Menschen) zuständige Landkreis hatte einen Antrag des Schülers auf Bewilligung einer Schulwegbegleitung mit der Begründung abgelehnt, er sei hierfür nicht zuständig. Zuständig sei vielmehr die Krankenkasse des Schülers, weil dieser – auch während der Fahrten zur Schule – unter regelmäßig auftretenden schweren epileptischen Anfällen leide und deshalb eine Schulwegbegleitung aus medizinischen Gründen notwendig sei.

Der Landkreis leitete den Antrag sodann nach § 14 Sozialgesetzbuch (SGB) IX an die Krankenkasse des Schülers weiter. Die Krankenkasse lehnte den Antrag jedoch ebenfalls mit der Begründung ab, sie sei nicht zuständig, weil es sich bei der Schulwegbegleitung nicht um eine medizinische Hilfeleistung, sondern um eine Beaufsichtigung zur Sicherung der Teilhabe des Schülers an Erziehung und Bildung und damit um eine Sozialhilfeleistung zur Teilhabe am Leben in der Gesellschaft handele. Das LSG hat die Krankenkasse zur Kostenübernahme für die Schulwegbegleitung verpflichtet.

Zwar handele es sich im vorliegenden Fall um eine Angelegenheit der Sozialhilfe, für die eigentlich der Sozialhilfeträger zuständig wäre. § 14 SGB IX habe aber einen Schutzcharakter, der eine Zuständigkeit des zweitangegangenen Trägers (hier: der Krankenkasse) gegenüber dem behinderten Menschen selbst dann begründe, wenn die gewünschten Leistungen nicht zu seinem Zuständigkeitsbereich gehören. Der vom Gesetzgeber gewollte Einigungsdruck zwischen den Trägern von So-

zialleistungen führe hier dazu, dass die Krankenkasse Sozialhilfeleistungen zugunsten des schwerbehinderten Schülers erbringen müsse. Eine Schulwegbegleitung folge dessen Anspruch auf eine allgemeine Schulbildung.

Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 13.03.2017, L 4 KR 65/17 B ER, rechtskräftig

## Schulgeldzahlungen: Nicht als Krankheitskosten abziehbar

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob Schulgeldzahlungen für die Kinder der Steuerpflichtigen als außergewöhnliche Belastung berücksichtigt werden können.

Die Kläger machten mit ihren Steuererklärungen Schulgeldzahlungen für englische Boarding Schools in Höhe von insgesamt rund 40.000 Euro (2012) bzw. 29.000 Euro (2013) geltend. Zur Begründung verwiesen sie auf die Aufmerksamkeitsstörung (ADHS) ihrer Tochter und die emotionale Entwicklungsverzögerung mit Aufmerksamkeitsstörung ihres Sohnes. Beide Kinder sind teilleistungshochbegabt. Dies habe den Besuch besonderer Schulen mit kleineren Klassenverbänden notwendig gemacht. Zum Nachweis legten sie ärztliche Bescheinigungen bzw. Verordnungen vor, die der Kläger, ebenfalls Arzt, teilweise selbst ausgestellt hatte.

Das beklagte Finanzamt ließ die Aufwendungen nicht zum Abzug zu. Die dagegen gerichtete Klage hatte keinen Erfolg. Das Finanzgericht Düsseldorf führte aus, dass die Aufwendungen keine Krankheitskosten darstellten und es im Übrigen an einer im Vorhinein ausgestellten ärztlichen Bescheinigung fehle.

Die Schulgeldzahlungen seien keine unmittelbaren Krankheitskosten, sondern Kosten der Lebensführung. Aufwendungen für Privatschulbesuche könnten nur unter ganz engen – hier nicht einschlägigen – Voraussetzungen als Krankheitskosten angesehen werden. Die Kläger hätten nicht dargelegt, dass an den Privatschulen eine Therapie der ADHS-Erkrankung ihrer Kinder stattgefunden habe.

Im Übrigen fehle es an einem vor Beginn der Heilbehandlung ausgestellten amtsärztlichen Gutachten oder einer ärztlichen Bescheinigung des Medizinischen Dienstes der Krankenkasse. Dieses Erfordernis gelte nicht nur im Fall der medizinisch erforderlichen auswärtigen



Unterbringung eines behinderten Kindes, sondern – erst recht – bei einfacher Erkrankung. Außerdem sei der Schulbesuch Bestandteil einer psychotherapeutischen Behandlung, die ebenfalls erhöhten Nachweisanforderungen unterliege.

Das Finanzgericht Düsseldorf hat die Revision zum Bundesfinanzhof zugelassen.

FG Düsseldorf, Mitteilung vom 06.06.2017 zum Urteil 13 K 4009/15 vom 14.03.2017

### **Konkurrenztätigkeit im Arbeitsverhältnis kann zu fristloser Kündigung führen**

Wer sich zu 50 Prozent an einem Konkurrenzunternehmen beteiligt, riskiert die fristlose Kündigung seines Arbeitsverhältnisses. Dies hat das Landesarbeitsgericht (LAG) Schleswig-Holstein entschieden.

Der Kläger war für die Beklagte, ein Dienstleistungsunternehmen insbesondere im Bereich der Telekommunikation, seit 2007 zuletzt als leitender Angestellter mit Prokura zuständig für Logistik und Operations. Daneben beteiligte er sich mit 50 Prozent an einer anderen Gesellschaft im Bereich „Handel, Service und Beratungen im Umfeld von Telekommunikations- und Medienunternehmen“, ohne dies der Beklagten mitzuteilen. Diese Gesellschaft hat unter anderem Aufträge für die Beklagte durchgeführt.

Nachdem die Beklagte von der Gesellschafterstellung des Klägers Kenntnis erlangt hatte, kündigte sie ihm fristlos, obwohl das Arbeitsverhältnis ohnehin zum Monatsende hätte enden sollen. Der Kläger hält die Kündigung für unwirksam, da er trotz seines Gesellschaftsanteils keinen bestimmenden Einfluss auf die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft gehabt habe.

Die Kündigungsschutzklage war sowohl vor dem Arbeitsgericht als auch vor dem LAG erfolglos. Solange das Arbeitsverhältnis besteht, sei dem Arbeitnehmer jede Konkurrenztätigkeit untersagt, so das LAG. Dies gelte auch für die Beteiligung an einem Konkurrenzunternehmen, wenn dies zu maßgeblichem Einfluss auf den dortigen Geschäftsbetrieb führt. Bei einer 50-Prozent-Beteiligung sei dies der Fall, wenn Beschlüsse der Gesellschafterversammlung – wie hier – mit Stimmenmehrheit gefasst werden müssten.

Die Gesellschaft, an der der Kläger beteiligt war, habe in Konkurrenz zur Beklagten gestanden. Sie habe ihre vergleichbare Dienstleistung nicht nur gegenüber der Beklagten erbracht, sondern sie auch über ihren Internetauftritt am Markt Dritten angeboten. Dass der Kläger den Inhalt des Internetauftritts mit Nichtwissen bestreitet, reiche nicht aus. Aufgrund seines gesellschaftsrechtlichen Einflusses sei er in der Lage gewesen, sich darüber Kenntnis zu verschaffen. Das Fehlverhalten wog nach Ansicht des LAG – gerade auch wegen andernfalls möglicherweise zu zahlender Karenzentschädigung für das von der Beklagten nicht mehr gewollte nachvertragliche Wettbewerbsverbot – so schwer, dass der Beklagten die Fortführung des Arbeitsverhältnisses auch nur bis zum Monatsende nicht zuzumuten gewesen sei.

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Urteil vom 12.04.2017, 3 Sa 202/16, rechtskräftig

### **Schüler-Handy darf übers Wochenende einbehalten werden**

Schüler, die mit Hilfe ihres Handys den Unterricht stören, müssen damit rechnen, dass ihnen die Lehrerin oder der Lehrer das Gerät abnehmen. In Berlin ging diese „Erziehungsmaßnahme“ sogar so weit, dass der Lehrer das Handy auch nach Unterrichtsschluss nicht wieder herausgab – und über das Wochenende behielt.

Dagegen klagten sowohl der (inzwischen volljährige) Schüler (weil er an dem Wochenende „plötzlich unerreichbar“ gewesen sei) als auch seine Eltern, die sich gegen die „Ehrverletzung“ ihres Sohnes wandten. Das Verwaltungsgericht Berlin wies beide Klagen ab, da der junge Mann inzwischen die Schule verlassen hatte und deshalb eine „Feststellung, dass die Einziehung und Verwahrung des Handys rechtswidrig“ gewesen sei, kein besonderes Interesse mehr bestehe. Eine etwaige Diskriminierung wirke jedenfalls nicht mehr fort. Und in das elterliche Erziehungsrecht sei durch die Maßnahme des Lehrers auch nicht eingegriffen worden.

VwG Berlin, 3 K 797/15

# Bauen und Wohnen

## Immobilienkauf: Reservierungsvereinbarung ist formbedürftig

Die Reservierungsvereinbarung für den Kauf einer Immobilie bedarf der notariellen Beurkundung. Dies stellt das AG München klar.

Der Beklagte war Eigentümer einer Einzimmerwohnung in Berlin, die er zum Kaufpreis von 141.000 Euro zum Kauf anbot. Der Kläger interessierte sich für diese Wohnung. Nach den Verkaufsgesprächen unterzeichneten er und seine Ehefrau im Mai 2015 eine Reservierungsvereinbarung, die auszugsweise wie folgt lautet: „Der Kaufpreis beträgt 140.740 Euro. Darüber hinaus ist vom Kläger bei Kaufvertragsabschluss eine Provision an die Firmen Bauplanungs GmbH, Berlin, und Immobilienbüro, Berlin, in Höhe von insgesamt 7,14 Prozent inklusive gesetzlicher Mehrwertsteuer, somit 10.049 Euro zu bezahlen. Dem Käufer ist bekannt, dass eine wirtschaftliche Verflechtung zwischen dem Verkäufer und der Firma Bauplanungs GmbH besteht. Sollte der notarielle Kaufvertrag aus Gründen, die der Käufer zu vertreten hat, zwischen den Parteien nicht zustande kommen, so steht der Betrag entsprechend Ziff. 3 als pauschalierter Schadenersatz dem Verkäufer zu.“

Der Kläger und seine Ehefrau zahlten die Reservierungsgebühr in Höhe von 3.000 Euro an den Beklagten. Letzten Endes erklärte der Beklagte die Vertragsverhandlungen über den endgültigen Kaufpreis für gescheitert. Die Beklagte lehnte die Rückzahlung der Reservierungsgebühr ab. Er meint, dass es sich um eine individuelle Vereinbarung handelt und der Kläger dadurch nicht unangemessen benachteiligt wird.

Das AG München verurteilte den Beklagten auf Rückzahlung der 3.000 Euro. Die Reservierungsvereinbarung sei wegen Formnichtigkeit unwirksam, da keine notarielle Beurkundung erfolgt sei. Der Beurkundungszwang solle die Parteien auf die Bedeutung des Geschäfts hinweisen und vor dem Eingehen übereilter Verpflichtungen schützen (Warnfunktion). Zudem solle eine sachkundige Beratung der Parteien sichergestellt werden (Beratungsfunktion), erläutert das Gericht. Ein Kaufvertrag über eine Immobilie und eine in diesem Zusammenhang geschlossene Reservierungsvereinbarung bildeten eine solche rechtliche Einheit, da die Vereinbarung zum Zwecke eines späteren Kaufvertrages geschlossen wird.

Das Gericht führt weiter aus, dass unabhängig vom Zweck des Beurkundungszwangs die Beurkundung in jedem Fall dann zu erfolgen hat,

wenn das in der Vereinbarung versprochene Entgelt zehn bis 15 Prozent der vereinbarten Provision übersteigt. Der Formzwang gelte auch für einen Vertrag, mit dem über die Vereinbarung eines empfindlichen Nachteils ein mittelbarer Zwang ausgeübt werden sollte, die Immobilie zu erwerben oder zu veräußern. Vorliegend mache die Reservierungsgebühr 29,7 Prozent der Maklerprovision aus. Die maßgeblichen Grenzwerte seien damit weit überschritten. Durch das unterzeichnete Vertragsstrafeversprechen wurde der Kläger mittelbar zum Kaufvertragsabschluss gedrängt, so die Urteilsbegründung.

Die Vereinbarung über die Reservierungsgebühr stelle außerdem eine unangemessene Benachteiligung des Klägers da, fährt das AG fort. Der Beklagte habe sich durch die Vereinbarung eine erfolgsunabhängige Vergütung gesichert. Dieser Leistung des Klägers sei kein gleichwertiges Äquivalent gegenübergestellt.

Das Urteil ist rechtskräftig, nachdem das Landgericht München I die Berufung des Beklagten zurückgewiesen hat.

Amtsgericht München vom 01.07.2016, 191 C 28518/15, rechtskräftig

## Betrieb und Verkauf einer Photovoltaikanlage führen zu Einkünften aus Gewerbebetrieb

Betrieb und Verkauf einer Photovoltaikanlage führen zu Einkünften aus Gewerbebetrieb. Dies hat das FG Baden-Württemberg entschieden.

Der Kläger war im Streitjahr 2012 zu einem Drittel Gesellschafter einer 2006 gegründeten Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die eine Photovoltaikanlage betrieb. Den produzierten Strom speiste diese in das Stromnetz eines Energieversorgers ein. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts verkaufte die Photovoltaikanlage 2012. Sie erzielte hierbei einen Gewinn von 92.660,88 Euro. Auf den Kläger entfielen ein Drittel des Veräußerungsgewinns in Höhe von 30.886,96 Euro sowie die anteiligen laufenden Kosten und Sonderbetriebsausgaben in Höhe von -4.397,82 Euro.

Das beklagte Finanzamt berücksichtigte den Gewinn bei den Einkünften aus Gewerbebetrieb. Der Kläger ist der Ansicht, er erziele Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung und die Veräußerung der Photovoltaikanlage führe zu sonstigen Einkünften.

Das FG entschied, dass Betrieb und Verkauf einer Photovoltaikanlage zu Einkünften aus Gewerbebetrieb führen. Die Gesellschaft bürgerli-



chen Rechts habe eine selbstständige nachhaltige Betätigung mit der Absicht unternommen, Gewinn zu erzielen, und sich am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr beteiligt. Ihre Betätigung überschreite den Rahmen einer privaten Vermögensverwaltung. Eine Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr setze voraus, dass die Tätigkeit gegen Entgelt am Markt erbracht und für Dritte äußerlich erkennbar angeboten wird, so im Streitfall mit der Einspeisung des Stroms in das Stromnetz eines Energieversorgers gegen Entgelt.

Die Tätigkeit für einen bestimmten Vertragspartner reiche aus. Das Entgelt hierfür könne erfolgsabhängig bestimmt werden. Produziere die Gesellschaft bürgerlichen Rechts Strom und verkaufe diesen an einen Abnehmer, überschreite diese Tätigkeit den Rahmen der privaten Vermögensverwaltung. Es werde nicht die Photovoltaikanlage an den Netzbetreiber vermietet. Dem stehe nicht entgegen, dass der Abnehmer des Stroms die jeweils abzunehmende Menge des produzierten Stroms mittels eines in die Photovoltaikanlage eingebauten Moduls steuern könne. Entgegen der Ansicht des Klägers komme es auf baurechtliche, zivilrechtliche oder arbeitsrechtliche Erwägungen, insbesondere die arbeitsrechtliche Rechtsprechung zur so genannten Scheinselbstständigkeit, für die steuerliche Behandlung nicht an. Daher könne unter anderem dahin gestellt bleiben, ob der Kläger zivilrechtlich „Verbraucher“ sei. Die steuerliche Behandlung richte sich nach dem Einkommensteuergesetz und der finanzgerichtlichen Rechtsprechung. FG Baden-Württemberg, Urteil vom 05.04.2017, 4 K 3005/14

### **Formularklausel zu bei Gewährung eines Bauspardarlehens zu zahlender „Kontogebühr“ ist unwirksam**

Eine vorformulierte Bestimmung über eine „Kontogebühr“, die der Verbraucher bei Gewährung eines Bauspardarlehens in der Darlehensphase zu zahlen hat, ist unwirksam. Dies hat der BGH entschieden. Der Kläger, ein Verbraucherschutzverband, wendet sich mit der Unterlassungsklage gegen eine von der beklagten Bausparkasse in den von ihr abgeschlossenen Bausparverträgen verwendete Klausel sowie eine damit korrespondierende Regelung in den Allgemeinen Bausparbedingungen (ABB) der Beklagten, die jeweils eine vom Bausparer in der Darlehensphase zu zahlende „Kontogebühr“ in aktueller Höhe von 9,48 Euro jährlich vorsehen. Der Kläger ist der Ansicht, dass die beiden Klauseln über die „Kon-

togebühr“ gegen § 307 BGB verstoßen und nimmt die Beklagte darauf in Anspruch, deren Verwendung gegenüber Privatkunden zu unterlassen. Die Klage war erst vor dem BGH erfolgreich. Dieser hat entschieden, dass die beiden – als einheitliche Regelung zu verstehenden – Klauseln über die Erhebung einer „Kontogebühr“ in der Darlehensphase eine gerichtlicher Kontrolle unterliegende so genannte Preisnebenabrede darstellten. In der Darlehensphase sei mit den Tätigkeiten der „bausparspezifischen Verwaltung, Kollektivsteuerung und Führung einer Zuteilungsmasse“, für die die Beklagte die Kontogebühr auch in diesem Zeitraum erhebt, weder die Erfüllung einer Hauptleistungspflicht der Beklagten noch eine rechtlich nicht geregelte Sonderleistung verbunden. Die vorgenannten Tätigkeiten erbringe die Bausparkasse nach Darlehensgewährung nicht im Interesse des Darlehensnehmers. Dass sie nach Eintritt in die Darlehensphase Zahlungen des Kunden ordnungsgemäß verbucht, liege ebenfalls ausschließlich in ihrem Interesse. Die bloße Verwaltung der Darlehensverträge nach Darlehensausreichung sei keine gesondert vergütungsfähige Leistung gegenüber dem Bausparer, sondern eine rein innerbetriebliche Leistung der Bausparkasse. Der hiernach eröffneten Inhaltskontrolle halten die beanstandeten Regelungen über die Kontogebühr in der Darlehensphase nach Ansicht des BGH nicht stand. Sie wichen von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ab und benachteiligten die Bausparkunden der Beklagten unangemessen im Sinne des § 307 BGB. Die Klauseln seien mit dem – auch für Bauspardarlehensverträge geltenden – gesetzlichen Leitbild des § 488 Absatz 1 Satz 2 BGB unvereinbar, weil die Berechnung der Kontogebühr in der Darlehensphase der Abgeltung von Aufwand für im Zusammenhang mit Bauspardarlehen stehende Verwaltungstätigkeiten der Beklagten diene und folglich Kosten auf deren Kunden abgewälzt würden, die für Tätigkeiten anfallen, die von der Beklagten überwiegend in eigenem Interesse erbracht werden. Hinreichende Gründe, die die Klauseln bei der gebotenen umfassenden Interessenabwägung dessen ungeachtet als angemessen erscheinen lassen, lägen nicht vor, so der BGH. Die Abweichung vom gesetzlichen Leitbild sei insbesondere weder sachlich gerechtfertigt noch werde der gesetzliche Schutzzweck auf andere Weise sichergestellt. Die Kontogebühr in der Darlehensphase werde schließlich auch nicht durch bausparspezifische Individualvorteile der Bausparkunden ausgeglichen. Bundesgerichtshof, Urteil vom 09.05.2017, XI ZR 308/15

# Ehe, Familie und Erben

## Unterbringung eines Angehörigen in Seniorenwohnhelm: Nur bei eigenem Hausstand des Bewohners Steuerermäßigung für Aufwendungen

Die Steuerermäßigung nach § 35a Absatz 2 Satz 1 EStG kann auch für Pflege und Betreuungsleistungen in einem Seniorenwohnhelm in Anspruch genommen werden. Voraussetzung ist, dass dort ein eigener Haushalt des Bewohners gegeben ist, ist das FG Hessen überzeugt. Dies sei der Fall, wenn die Wohnung so ausgestattet ist, dass sie dem Bewohner eine eigenständige abgeschlossene Haushalts- und Wirtschaftsführung ermöglicht, also Bad, Küche, Wohn- und Schlafbereich umfasst sowie abschließbar ist.

Der Kläger machte in seiner Einkommensteuererklärung Aufwendungen für die Wohnung seiner Mutter in einer Seniorenresidenz nach § 35a EStG geltend. Beigefügt war ein Wohn- und Betreuungsvertrag und Rechnungen der Residenz. Das Finanzamt lehnt die Berücksichtigung der Aufwendungen ab.

Die hiergegen gerichtete Klage war erfolglos. Das Finanzamt habe zutreffend die geltend gemachten Aufwendungen im Zusammenhang mit der Heimunterbringung der Mutter des Klägers nicht als abzugsfähige Aufwendungen nach § 35a EStG zum Abzug zugelassen, da es an einem von der Mutter unterhaltenen Haushalt im Pflegeheim fehle. Nach § 35a Absatz 2 S. 2 EStG könne die Steuerermäßigung des § 35a Absatz 2 S. 1 EStG auch in Anspruch genommen werden für die Inanspruchnahme von Pflege- und Betreuungsleistungen sowie für Aufwendungen, die einem Steuerpflichtigen wegen Unterbringung in einem Heim oder zur dauernden Pflege erwachsen, soweit darin Kosten für Dienstleistungen enthalten sind, die mit denen einer Hilfe im Haushalt vergleichbar sind. In beiden Alternativen des § 35a Absatz 2 S. 2 EStG sei das Vorliegen eines Haushalts erforderlich, ist das FG überzeugt. Andere Meinungen, wonach das Vorhandensein eines eigenen Haushalts im Heim oder am Ort der dauernden Pflege nicht erforderlich sein soll, lehnt es ab.

Der Begriff Haushalts sei gesetzlich nicht definiert. Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes (Urteil vom 29.07.2010, VI R 60/09) sei unter Haushalt die Wirtschaftsführung mehrerer (in einer Familie) zusammenlebenden Personen oder einer einzelnen Person zu verstehen. Dabei sei die Wohnung der räumliche Bereich, in dem sich der

Haushalt entfaltet. Das Wirtschaften im Haushalt umfasse Tätigkeiten, die für die Haushaltung oder die Haushaltsmitglieder erbracht werden. Dazu gehörten Einkaufen von Verbrauchsgütern, Zubereitung von Mahlzeiten, Wäschepflege, Reinigung und Pflege der Räume, des Gartens und auch Pflege, Versorgung und Betreuung von Kindern und kranken Haushaltsangehörigen. Ein solcher Haushalt könne grundsätzlich auch von dem Bewohner eines Wohnstifts geführt werden. Die Räumlichkeiten müssten allerdings von ihrer Ausstattung für eine Haushaltsführung geeignet sein, das heißt Bad, Küche, Wohn- und Schlafbereich umfassen und individuell genutzt werden können, also abschließbar sein.

Hier habe die Seniorenresidenz bestätigt, dass die von der Mutter des Klägers bewohnten Räumlichkeiten nach ihrer Ausstattung für eine eigenständige, abgeschlossene Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bewohners nicht geeignet seien. Es fehle somit an einem Haushalt, sodass ein Abzug der geltend gemachten Aufwendungen nach § 35a Absatz 2 EStG bereits aus diesem Grunde ausscheide.

Das FG hat die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung, insbesondere zur höchstrichterlichen Klärung der Frage, ob im Rahmen einer Heimunterbringung ein Haushalt der pflegebedürftigen Person im Heim erforderlich ist, zugelassen.

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

## Ehewohnung kann bei Drohungen des Ehemannes der Ehefrau zuzusprechen sein

Ein Ehemann, der sich nach der Trennung von seiner Frau gewaltsam Zugang zur bis dato gemeinsam genutzten Ehewohnung verschafft und seine Frau erheblich bedroht hat, muss damit rechnen, dass der Ehefrau die Wohnung zugesprochen wird.

Hintergrund: Wenn sich Eheleute trennen, kann es Streit um die Wohnung geben. Können sie sich nicht einigen, kann ein Gericht die Wohnung einem der beiden zusprechen, wenn dies nötig ist, um eine „unbillige Härte“ zu verhindern (§ 1361b BGB). Das kommt insbesondere dann in Betracht, wenn sonst das Wohl von im Haushalt lebenden Kindern beeinträchtigt ist. Aber auch andere Fälle sind denkbar.

Das OLG Oldenburg hat jetzt in einem solchen Fall die Entscheidung des AG Oldenburg bestätigt, nach der die ehemalige gemeinsame





Wohnung einer Ehefrau zugesprochen worden war. Der Ehemann, der zunächst aus der Wohnung ausgezogen war, hatte sich gegen den Beschluss des AG gewehrt. Die Zuweisung der Wohnung an seine Frau sei nicht gerechtfertigt. Diese habe ihn provoziert und wahrheitswidrig behauptet, er habe Geld von ihrem Konto abgehoben.

Das OLG gab der Frau Recht: Ein weiteres Zusammenleben mit ihrem Mann wäre ihr nicht zuzumuten. Er habe auf ihrem Anrufbeantworter eine erhebliche Drohung hinterlassen und sich gewaltsam Zugang zu der Wohnung verschafft, indem er die Terrassentür aufgebrochen habe. Im Gerichtstermin habe er auf seine frühere Tätigkeit bei einem Einsatzkommando der Polizei hingewiesen. Das AG hatte es daher für plausibel gehalten, dass der Mann seine Drohungen auch umsetzen werde.

Aufgrund der Gefährdungslage für die Ehefrau erachtete das OLG die Zuweisung der Wohnung an diese auch für verhältnismäßig. Dem Mann könne zugemutet werden, vorübergehend wieder bei seinen Eltern einzuziehen, bei denen er nach der Trennung bereits für einige Zeit gelebt habe. OLG Oldenburg, Beschluss vom 31.01.2017, 4 UFH 1/17 und 29.03.2017, 4 UF 12/17

### Erbschaftsteuer: Kinder haben bei Pflege ihrer Eltern Anspruch auf Freibetrag

Hat ein Kind einen pflegebedürftigen Elternteil zu Lebzeiten gepflegt, ist es berechtigt, nach dem Ableben des Elternteils bei der Erbschaftsteuer den so genannten Pflegefreibetrag in Anspruch zu nehmen. Wie der BFH entgegen der Verwaltungsauffassung entschieden hat, steht dem die allgemeine Unterhaltspflicht zwischen Personen, die in gerader Linie miteinander verwandt sind, nicht entgegen.

Die Klägerin war Miterbin ihrer Mutter. Diese war circa zehn Jahre vor ihrem Tod pflegebedürftig geworden (Pflegestufe III, monatliches Pflegegeld von bis zu 700 Euro). Die Klägerin hatte ihre Mutter auf eigene Kosten gepflegt. Das Finanzamt gewährte den Pflegefreibetrag nach § 13 Absatz 1 Nr. 9 des Erbschaftsteuergesetzes (ErbStG) in Höhe von 20.000 Euro nicht. Das Finanzgericht (FG) gab der hiergegen erhobenen Klage statt.

Der BFH bestätigte die Vorentscheidung des FG. Der Begriff „Pflege“ sei grundsätzlich weit auszulegen und erfasse die regelmäßige und dauerhafte Fürsorge für das körperliche, geistige oder seelische Wohl-

finden einer hilfsbedürftigen Person. Es sei nicht erforderlich, dass der Erblasser pflegebedürftig im Sinne des § 14 Absatz 1 des Elften Buchs Sozialgesetzbuch (SGB XI alter Fassung) und einer Pflegestufe nach § 15 Absatz 1 Satz 1 SGB XI alter Fassung zugeordnet war.

Eine gesetzliche Unterhaltspflicht stehe der Gewährung des Pflegefreibetrags nach § 13 Absatz 1 Nr. 9 ErbStG nicht entgegen, so der BFH weiter. Dies folge aus Wortlaut, Sinn und Zweck sowie der Historie der Vorschrift. Der Wortlaut des § 13 Absatz 1 Nr. 9 ErbStG schließe gesetzlich Unterhaltsverpflichtete nicht von der Anwendung der Vorschrift aus. Weder aus der gesetzlichen Unterhaltspflicht nach §§ 1601 ff., § 1589 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) noch aus der Verpflichtung zu Beistand und Rücksicht zwischen Kindern und Eltern nach § 1618a BGB folge eine generelle gesetzliche Verpflichtung zur persönlichen Pflege. Damit entspreche die Gewährung des Pflegefreibetrags auch für gesetzlich Unterhaltsverpflichtete dem Sinn und Zweck der Vorschrift, ein freiwilliges Opfer der pflegenden Person zu honorieren. Zudem werde der generellen Intention des Gesetzgebers Rechnung getragen, die steuerliche Berücksichtigung von Pflegeleistungen zu verbessern. Da Pflegeleistungen üblicherweise innerhalb der Familie, insbesondere zwischen Kindern und Eltern erbracht werden, liefe die Freibetragsregelung bei Ausschluss dieses Personenkreises nahezu leer. Die Höhe des Freibetrags bestimmt sich dabei nach den Umständen des Einzelfalls; Vergütungssätze von entsprechenden Berufsträgern können als Vergleichsgröße herangezogen werden. Bei Erbringung langjähriger, intensiver und umfassender Pflegeleistungen – wie im Streitfall – kann der Freibetrag auch ohne Einzelnachweis zu gewähren sein.

Wie der BFH mitteilt, kommt seiner Entscheidung im Erbfall sowie bei Schenkungen große Praxisrelevanz zu. Die Finanzverwaltung habe bislang den Freibetrag nicht gewährt, wenn der Erbe dem Erblasser gegenüber gesetzlich zur Pflege oder zum Unterhalt verpflichtet war (Erbschaftsteuer-Richtlinien 2011 R E 13.5 Absatz 1 Satz 2). Auf dieser Grundlage habe das Finanzamt die Gewährung des Freibetrags auch im Streitfall verwehrt. Dem sei der BFH entgegengetreten. Von besonderer Bedeutung sei dabei, dass der Erbe den Pflegefreibetrag nach dem Urteil des BFH auch dann in Anspruch nehmen kann, wenn der Erblasser zwar pflegebedürftig, aber zum Beispiel aufgrund eigenen Vermögens im Einzelfall nicht unterhaltsberechtigter war.

Bundesfinanzhof, Urteil vom 10.5.2017, II R 37/15

# Medien & Telekommunikation

## Vorratsdatenspeicherung: Bundesnetzagentur sieht vorerst von Durchsetzung der Speicherpflichten ab

Die Bundesnetzagentur (BNetzA) wird vor dem Hintergrund eines Urteils des Oberverwaltungsgerichts (OVG) Nordrhein-Westfalen bis auf Weiteres von Anordnungen und sonstigen Maßnahmen zur Durchsetzung der in § 113b Telekommunikationsgesetz (TKG) geregelten Speicherverpflichtungen (Vorratsdatenspeicherung) absehen.

Rechtlicher Hintergrund: Aufgrund des Gesetzes zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten vom 10.12.2015 müssen Erbringer öffentlich zugänglicher Telefon- und Internetzugangsdienste für Endnutzer ab dem 01.07.2017 nach §§ 113a, 113b TKG bestimmte Verkehrsdaten für zehn beziehungsweise vier Wochen speichern und entsprechend dem Auskunftsverlangen der Behörden an diese übermitteln.

Mit Beschluss vom 22.06.2017 hatte das OVG Nordrhein-Westfalen in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes festgestellt, dass der klagende Internetzugangsdiensteanbieter bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens nicht verpflichtet ist, die in § 113b Absatz 3 TKG genannten Telekommunikationsverkehrsdaten zu speichern (13 B 238/17).

Aufgrund dieser Entscheidung und ihrer über den Einzelfall hinausgehenden Begründung teilt die BNetzA mit, dass sie bis zum rechtskräftigen Abschluss eines Hauptsacheverfahrens von Anordnungen und sonstigen Maßnahmen zur Durchsetzung der in § 113b TKG geregelten Speicherverpflichtungen gegenüber allen verpflichteten Unternehmen absehen wird. Bis dahin würden auch keine Bußgeldverfahren wegen einer nicht erfolgten Umsetzung gegen die verpflichteten Unternehmen eingeleitet, so die Netzagentur.

Bundesnetzagentur, PM vom 28.06.2017

## Facebook/Irland darf auf Deutsch verklagt werden

Die Zustellung einer Klageschrift an die in Irland ansässige Facebook Ireland Ltd. in deutscher Sprache ist wirksam. Das hat das Amtsgericht (AG) Berlin-Mitte in einem Versäumnisurteil entschieden. Eine Übersetzung in die dortige Amtssprache Englisch sei nicht erforderlich.

Ein Facebook-Nutzer hat gegen das Unternehmen mit dem Ziel geklagt, es zu verpflichten, ihm wieder uneingeschränkter Zugang zu seinem Account und insbesondere zu all seinen Kommunikationsinhalten und zu den Funktionen der Internetplattform „facebook.com“ zu gewähren. Zugleich fordert der Kläger die Zahlung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten von 382,59 Euro. Er hatte im Jahr 2008 einen Account eingerichtet, dessen Zugang ihm das beklagte Unternehmen am 03.07.2016 entzogen haben soll. Vergeblich versuchte der Kläger per E-Mail zu erreichen, dass die Sperrung rückgängig gemacht wird. Dies lehnte die Beklagte mit E-Mail vom 06.07.2016 ab, da sie zu dem Schluss gekommen sei, dass er „zur Nutzung von Facebook nicht berechtigt“ sei. Sie verwies auf ihre im Internet veröffentlichte „Erklärung der Rechte und Pflichten“ und fügte hinzu, dass sie leider „aus Sicherheitsgründen keine zusätzlichen Informationen zur Sperrung“ geben könne.

Da auch die Einschaltung eines Rechtsanwaltes erfolglos blieb, hat der Nutzer Klage erhoben und die Klageschrift nebst Anlagen in deutscher Sprache eingereicht. Die Zustellung dieser Dokumente ist am Sitz der Beklagten in Irland erfolgt, ohne dass die Klageschrift nebst Anlagen zuvor in die englische Sprache übersetzt worden waren.

Nach der europäischen Zustellungs-Verordnung darf der Empfänger die Annahme des zuzustellenden Schriftstücks verweigern, wenn es nicht in der Amtssprache des Empfangsmitgliedstaates oder in einer Sprache, die der Empfänger versteht, verfasst beziehungsweise keine entsprechende Übersetzung beigefügt ist.

Das beklagte Unternehmen hat sich darauf berufen, dass die zuständige Rechtsabteilung die Sprache nicht verstehe, und sich bisher nicht gegen die Klage verteidigt, da die Klage nach ihrer – der Beklagten – Auffassung nicht wirksam zugestellt worden sei.

Das AG Berlin-Mitte hat auf entsprechenden Antrag des Klägers ein Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren erlassen und die Beklagte nach dem Klageantrag verurteilt. In der Begründung hat das AG ausgeführt, dass die Zustellung wirksam gewesen sei. Es sei davon auszugehen, dass die Beklagte hinreichend Deutsch verstehe. Dabei sei nicht auf die Mitglieder der Geschäftsführung abzustellen. Vielmehr seien die Gesamtumstände unter Berücksichtigung der Organisationsstruktur maßgeblich. Nicht zuletzt angesichts von 20 Millionen





Kunden der Beklagten in Deutschland könne davon ausgegangen werden, dass Mitarbeitende beschäftigt seien, die in der Lage seien, sich in deutscher Sprache um rechtliche Auseinandersetzungen mit Kunden zu kümmern. Dementsprechend sei auch die Beschwerde des Klägers in deutscher Sprache beantwortet worden.

Nach dem Vorbringen des Klägers sei die Beklagte auch verpflichtet, ihm wieder Zugang zu dem von ihr betriebenen Kommunikationsportal zu gewähren.

Gegen das Versäumnisurteil ist binnen drei Wochen ab Zustellung ein Einspruch der Beklagten möglich. Die Einspruchsfrist läuft voraussichtlich gegen Ende April 2017 ab. Bei einem zulässigen Einspruch wird der Rechtsstreit fortgesetzt.

Amtsgericht Berlin-Mitte, Versäumnisurteil vom 08.03.2017, 15 C 364/16

### **Rundfunkbeiträge: Finanzgericht klärt Fragen der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung**

In zwei Entscheidungen hat sich das Finanzgericht (FG) Berlin-Brandenburg mit der Beitreibung von Rundfunkbeiträgen im Wege der Zwangsvollstreckung befasst.

Im Verfahren 11 K 11123/16 hatte die Finanzbehörde die offenen Rundfunkbeiträge bei der Klägerin im Wege der Verrechnung mit Steuerguthaben beigetrieben. Hiergegen wandte sich die Klägerin mit ihrer Fortsetzungsfeststellungsklage, mit der das Gericht feststellen sollte, dass die Pfändungs- und Einziehungsverfügung betreffend die Rundfunkbeiträge rechtswidrig war.

Das FG hat die Klage als unzulässig abgewiesen. Es fehle an einem berechtigten Interesse der Klägerin an einer solchen Feststellung, weil sie selbst bei Feststellung der Rechtswidrigkeit der Pfändungs- und Einziehungsverfügung nicht die Rundfunkbeiträge zurückerhalten könne. Vielmehr sei eine Rückzahlung nur dann möglich, wenn die Rechtswidrigkeit der der Vollstreckung zugrundeliegenden Bescheide über den Rundfunkbeitrag festgestellt worden sei. Dies zu klären sei allerdings nicht Sache des FG, sondern müsse vor den insoweit zuständigen Verwaltungsgerichten mit einer Klage gegen die Beitragsbescheide verfolgt werden. Außerdem könne die Klägerin die Rückzahlung des Rundfunkbeitrags nicht vom beklagten Finanzamt, sondern nur vom

Gläubiger des Rundfunkbeitrags verlangen. Dieses Urteil ist mittlerweile rechtskräftig, nachdem der Bundesfinanzhof mit Beschluss vom 18.01.2017 (VII B 152/16) die gegen das Urteil erhobene Nichtzulassungsbeschwerde als unbegründet zurückgewiesen hat.

In einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, in dem sich die Antragstellerin gegen die Vollstreckung von Rundfunkbeiträgen wandte, hat das FG entschieden, dass zwar die Finanzbehörde „im Zweifel“ den Zugang von Verwaltungsakten wie einem Rundfunkbeitragsbescheid nachzuweisen hat. Jedoch müssen nach dem Beschluss berechnete Zweifel erkennbar sein, dass die auf der Erfahrung des täglichen Lebens beruhende Vermutung, eine gewöhnliche Postsendung habe den Empfänger auch tatsächlich erreicht, nicht zutrifft. Das einfache Bestreiten, gleich mehrere Leistungsbescheide nicht erhalten zu haben, sei im konkreten Fall nicht glaubhaft, da es der Antragstellerin im gesamten Verhalten ganz offenkundig darum gegangen sei, sich hartnäckig der Verpflichtung zur Zahlung des Rundfunkbeitrags zu entziehen.

Diese Verpflichtung sei, wie das Bundesverwaltungsgericht in seinem Grundsatzurteil vom 18.03.2016 (6 C 6/15) ausdrücklich festgestellt habe, rechtmäßig und verstoße insbesondere nicht gegen grundrechtliche Bestimmungen. Da ein Vorgehen gegen die Zahlungspflicht als solche keinen Erfolg verspreche, bestehe der einzige Weg für die Antragstellerin darin, die Vollstreckung möglichst lange aufzuschieben oder zu verhindern. Hierfür biete es sich insbesondere an, den Zugang der Festsetzungsbescheide der Rundfunkanstalt zu bestreiten, worauf in einschlägigen Internetforen ausdrücklich hingewiesen werde. Da die Zahl der sich aktiv gegen die Beitragsentrichtung richtenden Haushalte in Deutschland vergleichsweise gering sei, erscheine es als umso weniger glaubhaft, wenn eine den Beitrag verweigernde Person behaupte, „zufällig“ gleich mehrere Festsetzungsbescheide nicht erhalten zu haben, obgleich vom Regelfall abweichende Umstände wie zum Beispiel ein Umzug im fraglichen Zeitraum oder der Nichtzugang anderer Behördenpost nicht vorgetragen würden. Folglich sei vom Zugang des Bescheides auszugehen. Aus diesem Grund hat das FG den Antrag abgewiesen.

Finanzgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 24.08.2016, 11 K 11123/16 sowie Beschluss vom 16.11.2016, 11 V 11240/16

# Staat & Verwaltung

## Besoldung kinderreicher Richter: Karlsruhe soll Verfassungsmäßigkeit klären

Die Frage, ob die Alimentierung kinderreicher Richter der Besoldungsgruppe R 2 in den Jahren 2013 bis 2015 mit dem in Artikel 33 Absatz 5 Grundgesetz verankerten Alimentationsprinzip vereinbar ist, hat das Verwaltungsgericht (VG) Köln mit drei Beschlüssen dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) zur Entscheidung vorgelegt.

Hintergrund sind die Klagen von Richtern der Besoldungsgruppe R 2 mit drei beziehungsweise vier Kindern. Diese hatten über das Gesetz hinausgehende Besoldungsleistungen für ihr drittes beziehungsweise drittes und viertes Kind von ihrem Dienstherrn gefordert und sich dabei auf den Beschluss des BVerfG vom 24.11.1998 berufen. Hiermit war der Gesetzgeber verpflichtet worden, die Besoldung kinderreicher Richter beziehungsweise Beamter bis Ende 1999 in einem bestimmten Umfang zu erhöhen, um eine verfassungsgemäße Rechtslage herzustellen. Für den Fall, dass der Gesetzgeber dem nicht nachkommt, waren die Fachgerichte mit Wirkung vom 01.01.2000 ermächtigt worden, ergänzende Besoldungsbestandteile zuzusprechen (Vollstreckungsanordnung).

Das VG Köln hat nunmehr angenommen, dass die Vollstreckungsanordnung für die Jahre 2013 bis 2015 nicht mehr herangezogen und unmittelbare Zahlungsausprüche nicht mehr getroffen werden könnten. Die Vollstreckungsanordnung sei eng an die im Beschluss vom 24.11.1998 vorgegebene Berechnungsmethode zur Bestimmung der Amtsangemessenheit der Alimentation kinderreicher Beamten beziehungsweise Richter gebunden. Diese Berechnungsmethode könne jedoch seit den zum 01.01.2011 eingetretenen Änderungen im Sozialhilferecht, konkret der neu eingeführten Ansprüche auf Leistungen für Bildung und Teilhabe gemäß § 34 Sozialgesetzbuch XII, nicht mehr in hinreichend klarer Weise angewendet werden.

Gleichzeitig hat das VG die Verfassungswidrigkeit der Alimentation kinderreicher Richter der Besoldungsgruppe R 2 in den Jahren 2013 bis 2015 angenommen. Für 2013 seien die auf das dritte Kind entfallenden, für 2014 und 2015 die auf das dritte und vierte Kind entfallenden familienbezogenen Besoldungsbestandteile verfassungswidrig zu niedrig bemessen gewesen. Dies ergebe sich, wenn man die im Beschluss des BVerfG vom 24.11.1998 vorgegebenen Berechnungsparameter zugrunde lege und diese im Lichte der besoldungsrelevanten Gesetzesänderungen im Sozialhilferecht sowie der veränderten Sachchengrundlagen in den Jahren 2013 bis 2015 fortentwickle.

Verwaltungsgericht Köln, PM vom 31.05.2017 zu Beschlüssen vom 03.05.2017, 3 K 4913/14 (3 Kinder, 2013), 3 K 6173/14 (4 Kinder, 2014) und 3 K 7038/15 (4 Kinder, 2015)

## Freude bei ehrenamtlichen Richterinnen und Richtern: Zeitversäumnis abgabenfrei

Der Bundesfinanzhof hat den 60.000 ehrenamtlichen Richterinnen und Richtern eine Freude gemacht – wenn auch nur eine kleine: Er hat entschieden, dass die den Laienrichtern gezahlten „Entschädigungen für Zeitverlust“ (hier in Höhe von 565 Euro im betreffenden Jahr) nicht mehr als Einnahme besteuert werden dürfen.

Der zweite Wunsch des klagenden Steuerberaters, dass auch die ihm gezahlte Entschädigung für Verdienstausfall (hier in Höhe von 2.320 Euro in dem umstrittenen Jahr) steuerfrei bleiben müsse, wurde abgewiesen. Begründung: Das ohne den Ersatz aus der Staatskasse gezahlte Einkommen wäre ebenso zu versteuern gewesen.

BFH, IX R 10/16 vom 31.01.2017

## Polizeivollzugsdienst: Einstellung darf von Mindestgröße abhängig gemacht werden

Das Land Berlin darf für Bewerber für den gehobenen Polizeivollzugsdienst eine Mindestgröße von 160 Zentimetern (Frauen) beziehungsweise von 165 Zentimetern (Männer) verlangen. Entsprechende Vorgaben des Landes ließ das Verwaltungsgericht (VG) Berlin unbeanstandet.

Die 154 Zentimeter große Klägerin bewarb sich um die Einstellung in den gehobenen Dienst der Kriminalpolizei. Der Polizeipräsident in Berlin lehnte die Bewerbung ab, da die Klägerin die für die Laufbahn vorgeschriebene Mindestgröße unterschreite. Die Klägerin klagte und trug vor, ihre gesundheitliche Eignung für den Polizeivollzugsdienst stehe außer Frage. Die Anforderungen an die Größe von Bewerberinnen stellten zudem eine mittelbare Diskriminierung von Frauen dar.

Die Klage hatte vor dem VG Berlin keinen Erfolg. Die Klägerin sei zu



Recht nicht in den Polizeivollzugsdienst eingestellt worden. Es sei Sache des Dienstherrn, die aus seiner Sicht maßgeblichen Eignungs-, Befähigungs- und Leistungskriterien zu bestimmen. Dabei stehe ihm ein weiterer Einschätzungsspielraum zu, bei dessen Wahrnehmung er sich am typischen Aufgabenbereich der Ämter der Laufbahn zu orientieren habe. Bewerber müssten sich mit ihren individuellen körperlichen Fähigkeiten daher an den vom Dienstherrn getroffenen Vorgaben messen lassen.

Anders als bei Einstellungshöchstaltersgrenzen bedürfe die Festlegung einer Mindestgröße keiner gesetzlichen Grundlage, so das VG. Die Festlegung der Mindestgröße auf 160 Zentimeter für Frauen sei sachgerecht und beurteilungsfehlerfrei. Denn für die Durchsetzungsfähigkeit bei körperlichen Auseinandersetzungen und für die Anwendung unmittelbaren Zwangs müssten gewisse körperliche Mindestvoraussetzungen erfüllt sein. Polizistinnen unter 160 Zentimeter könnten zudem wegen ihrer Körpergröße als unterlegen wahrgenommen werden und damit auch eher bevorzugtes Ziel von Widerstandshandlungen sein. Eine sachwidrige und geschlechtsbezogene Benachteiligung liege mit Blick auf das mit der Regelung verfolgte Ziel nicht vor.

Die Klägerin hat gegen das Urteil des VG Berufung zum Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg eingelegt.

Verwaltungsgericht Berlin, Urteil vom 01.06.2017, VG 5 K 219.16

### **Durchführung waffenrechtlicher Aufbewahrungskontrolle: Erhebung einer Gebühr ist rechtmäßig**

Von einem Waffenbesitzer kann für die Durchführung einer waffenrechtlichen Aufbewahrungskontrolle eine Gebühr verlangt werden. Dies hat das Oberverwaltungsgericht (OVG) Bremen entschieden.

Mitarbeiter des Stadtamtes Bremen hatten in der Wohnung eines Waffenbesitzers eine verdachtsunabhängige Kontrolle der sicheren Aufbewahrung erlaubnispflichtiger Schusswaffen und Munition durchgeführt. Die Überprüfung ergab keine Beanstandungen. Für die Kontrolle wurde gegenüber dem Waffenbesitzer eine Gebühr in Höhe von 139 Euro festgesetzt. Der Waffenbesitzer hat vor dem Verwaltungsgericht (VG) Klage gegen die Stadtgemeinde Bremen erhoben. Er meint, die verdachtsunabhängige Kontrolle müsse gebührenfrei bleiben. Dies ergebe sich aus bundesrechtlichen Regelungen zum Waffenrecht. Im

Übrigen erfolgten die Aufbewahrungskontrollen im öffentlichen Interesse und nicht im Interesse des Waffenbesitzers. Das VG hat die Klage abgewiesen. Die dagegen erhobene Berufung hat das OVG jetzt zurückgewiesen.

In den Entscheidungsgründen stellt das OVG zunächst fest, dass sich die Beklagte bei der Gebührenerhebung auf eine wirksame landesrechtliche Ermächtigungsgrundlage stützen könne. Das Land Bremen sei dazu befugt, gesetzliche Regelungen über die Gebührenerhebung in waffenrechtlichen Angelegenheiten zu treffen. Es gebe keine bundesrechtliche Vorschrift, die die Erhebung von Gebühren für verdachtsunabhängige Aufbewahrungskontrollen verbiete. Die erhobene Gebühr sei zu Recht gegenüber dem Kläger festgesetzt worden und halte sich auch der Höhe nach in dem gesetzlich zulässigen Rahmen.

Die durchgeführte Kontrolle könne – obwohl der Kläger hierfür keinen zusätzlichen Anlass gegeben habe – aufgrund der spezifischen Gefährlichkeit des Waffenbesitzes und der dadurch ausgelösten Überwachungstätigkeit diesem zugerechnet werden. Wer Waffen und Munition besitze, sei gesetzlich verpflichtet, die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, um zu verhindern, dass diese Gegenstände abhandeln oder Dritte sie unbefugt an sich nehmen. Waffenbesitzer hätten die zur sicheren Aufbewahrung getroffenen Maßnahmen dauerhaft nachzuweisen. Die verdachtsunabhängigen Vor-Ort-Kontrollen dienten dazu, die Waffenbesitzer zur sorgfältigen Erfüllung dieser Pflichten anzuhalten. Die Gebührenfestsetzung sei auch in ihrer Höhe nicht zu beanstanden. Der von der Beklagten kalkulierte Personal- und Sachaufwand sei angemessen.

Das OVG hat eine Revision gegen das Berufungsurteil nicht zugelassen. Dagegen kann der Kläger Nichtzulassungsbeschwerde erheben, über die das Bundesverwaltungsgericht zu entscheiden hätte.

Oberverwaltungsgericht Bremen, Urteil vom 16.05.2017, 1 LB 234/15

# Bußgeld & Verkehr

## Autounfall: Im Parkhaus nicht blind „rechts vor links“ fahren

Eine Autofahrerin, die im Parkhaus eines Möbelgeschäftes mit einem Autofahrer zusammenstößt, der von links kommt, kann nicht davon ausgehen, dass sie vollen Schadenersatzanspruch hat, weil der Mann gegen die Regel „rechts vor links“ verstoßen habe. Denn beim Befahren eines Parkplatzes oder -hauses sei stets mit ein- und ausparkenden sowie mit anderen Fahrzeugen zu rechnen, und es gelte eine besondere Rücksichtnahmepflicht. Der Unfall hätte vermieden werden können, wenn beide Beteiligten vorliegend ihre sich aus dem Parkplatzverhältnis ergebende besondere Rücksichtnahmepflicht erfüllt hätten, so das Gericht. Die Dame durfte sich jedenfalls nicht blind auf die Regel „rechts vor links“ verlassen. Der entstandene Schaden ist hälftig zu teilen.

AmG München, 333 C 16463/13 vom 23.06.2016

## Einmalige Trunkenheit im Verkehr: Bei weniger als 1,6 Promille darf grundsätzlich kein Fahreignungsgutachten verlangt werden

Ist nach einer einmaligen Trunkenheitsfahrt mit einer Blutalkoholkonzentration (BAK) von weniger als 1,6 Promille im Strafverfahren die Fahrerlaubnis entzogen worden, darf die Verwaltungsbehörde ihre Neuerteilung nicht allein wegen dieser Trunkenheitsfahrt von der Beibringung eines medizinisch-psychologischen Fahreignungsgutachtens abhängig machen. Anders liegt es nur, wenn zusätzliche Tatsachen die Annahme eines künftigen Alkoholmissbrauchs begründen, wie das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) entschieden hat.

Im Verfahren BVerwG 3 C 24.15 hatte das Strafgericht die Klägerin wegen fahrlässiger Trunkenheit im Verkehr (BAK 1,28 Promille) nach § 316 Strafgesetzbuch (StGB) verurteilt und ihr nach § 69 StGB die Fahrerlaubnis entzogen, da sich aus der Tat ergebe, dass sie zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet sei. Als sie die Neuerteilung beantragte, erhielt sie von der Fahrerlaubnisbehörde gestützt auf § 13 Satz 1 Nr. 2 Buchstabe d in Verbindung mit Buchstabe a der Fahrerlaubnisverordnung (FeV) die Aufforderung, ein medizinisch-psychologisches Fahreignungsgutachten vorzulegen.

Im Verfahren BVerwG 3 C 13.16 hatte das Strafgericht dem Kläger die Fahrerlaubnis bei im Übrigen gleichem Sachverhalt wegen einer Trunkenheitsfahrt mit einer BAK von 1,13 Promille entzogen. In beiden Fällen ist die Klage auf Erteilung der Fahrerlaubnis ohne vorherige medizinisch-psychologische Untersuchung in den Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben.

Das BVerwG hat die vorinstanzlichen Urteile geändert und die Beklagten jeweils verpflichtet, den Klägern die beantragten Fahrerlizenzen auch ohne die Vorlage eines positiven medizinisch-psychologischen Gutachtens zur Frage von Alkoholmissbrauch neu zu erteilen. Der Auffassung, dass die Fahrerlaubnis nach strafgerichtlicher Entziehung wegen einer Trunkenheitsfahrt nur nach Beibringung eines medizinisch-psychologischen Gutachtens neu erteilt werden dürfe, ist es nicht gefolgt. Nach § 13 Satz 1 Nr. 2 Buchstabe c FeV rechtfertige eine einmalige Trunkenheitsfahrt ohne das Hinzutreten weiterer aussagekräftiger Tatsachen erst ab einer BAK von 1,6 Promille die Anforderung eines medizinisch-psychologischen Gutachtens.

Die strafgerichtliche Entziehung einer Fahrerlaubnis wegen einer Trunkenheitsfahrt sei – wie die Bezugnahme in § 13 Satz 1 Nr. 2 Buchstabe d FeV auf die unter den Buchstaben a bis c genannten Gründe zeigt – kein eigenständiger, von der 1,6 Promille-Grenze unabhängiger Sachgrund für die Anforderung eines Gutachtens. Im Strafverfahren sei der Täter bei einer Trunkenheit im Verkehr (§ 316 StGB) „in der Regel“, also ohne das Hinzutreten weiterer belastender Tatsachen, als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen anzusehen (§ 69 Absatz 2 Nr. 2 StGB). Bundesverwaltungsgericht, Urteile vom 06.04.2017, BVerwG 3 C 24.15 und BVerwG 3 C 13.16

## Unfall mit dem Auto des Vaters gebaut: Kaskoversicherung muss Schaden zahlen

Nach einem Unfall zahlt die Kaskoversicherung normalerweise den eigenen Schaden. Das gilt aber nur, wenn man sich auch an die Versicherungsbedingungen hält. Danach darf man unter anderem sein Auto nicht von jemandem fahren lassen, der keine Fahrerlaubnis hat. Über einen solchen Fall hat jetzt das OLG Oldenburg entschieden.

Ein Vater hatte sein Auto seinem Sohn und dessen beiden Freunden für einen Abend überlassen. Der Sohn hatte noch keinen Führerschein, da-



her sollte einer der Freunde fahren. In den frühen Morgenstunden kam es zu einem Unfall, bei dem das Auto mit einem am Seitenrand geparkten Fahrzeug kollidierte. Die herbeigerufene Polizei fand den Wagen verlassen vor. Weil verschiedene Verdachtsmomente dafür sprachen, dass absprachewidrig der führerscheinlose Sohn das Auto auf der Rückfahrt gefahren hatte, verweigerte die Versicherung die Zahlung. Sie war der Meinung, der Vater hätte damit rechnen müssen, dass sich auch sein Sohn ans Steuer setzen würde. Dies gelte umso mehr, als die Staatsanwaltschaft gegen den Sohn schon zweimal wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis ermittelt hätte.

Das OLG Oldenburg sieht dies anders. Ein vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten des Vaters sei nicht erwiesen. Nach der Beweisaufnahme stehe fest, dass ausgemacht war, dass der Freund das Fahrzeug lenken sollte. Trotz der beiden Ermittlungsverfahren hätte der Vater nicht mit einem eigenmächtigen Handeln des Sohnes rechnen müssen, weil sich diese Ermittlungsverfahren auf die Nutzung eines frisierten Mofas bezogen hätten. Zwischen der Nutzung eines solchen Mofas und dem Führen eines Autos ohne Fahrerlaubnis bestehe aber ein erheblicher qualitativer Unterschied. Die Hemmschwelle liege bei einer Autofahrt deutlich höher, so das OLG.

Die Versicherung muss danach den Schaden von rund 9.000 Euro begleichen.

Oberlandesgericht Oldenburg, Urteil vom 22.03.2017, 5 U 174/16, rechtskräftig

### **Fahrrad-Schutzstreifen: Fahrradfahrer haftet wegen Nutzung entgegen der Fahrtrichtung überwiegend**

Das Oberlandesgericht (OLG) Frankfurt am Main hat auf die erhöhten Sorgfaltsanforderungen hingewiesen, die einen Fahrradfahrer treffen, der einen so genannten Fahrrad-Schutzstreifen in Gegenrichtung befährt. Konkret hat das OLG die überwiegende Haftung des Fahrradfahrers bestätigt.

Der Kläger nimmt den Beklagten auf Schmerzensgeld und weiteren Schadenersatz im Zusammenhang mit einem Unfall in Anspruch. Der beklagte Fahrradfahrer fuhr in Gegenrichtung auf einem Fahrrad-Schutzstreifen in der Innenstadt von Frankfurt am Main. Seine Geschwindigkeit betrug zwischen zehn und zwölf Stundenkilometer.

Der Kläger wollte als Fußgänger den Schutzstreifen in der Nähe eines Fußgängerüberweges überqueren. Hierbei wurde er vom Fahrrad des Beklagten niedergerissen. Beide Parteien hatten sich vor dem Unfall nicht wahrgenommen. Der Kläger stürzte und erlitt unter anderem einen schmerzhaften Gelenkbruch. Der Beklagte ist nicht haftpflichtversichert.

Das Landgericht Frankfurt am Main hat dem Kläger Schmerzensgeld in Höhe von 5.000 Euro sowie weiteren Schadenersatz zugesprochen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass der Unfall auf ein ganz überwiegendes Fehlverhalten des Fahrradfahrers zurückzuführen sei (Urteil vom 19.08.2016, 2-08 O 88/16).

Die hiergegen gerichtete Berufung hielt das OLG für unbegründet. Auf einen entsprechenden Hinweis hin hat der Beklagte seine Berufung zurückgenommen. Das OLG betont in dem Hinweisbeschluss, dass der Beklagte den Fahrrad-Schutzstreifen verbotswidrig genutzt habe. Er habe gegen das Rechtsfahrgebot verstoßen. Dieses Fehlverhalten löse gesteigerte Sorgfaltspflicht aus. Der Beklagte habe deshalb insbesondere darauf achten müssen, ob Fußgänger von – aus seiner Sicht – links die Straße überqueren wollen. Diese Fußgänger müssten nicht mit einem von rechts verbotswidrig herannahenden Radfahrer rechnen. Dies gelte in besonderer Weise im Bereich einer Einbahnstraße, da dort kein Autoverkehr von rechts drohe. Außerdem müssten Fahrradfahrer in der Innenstadt grundsätzlich ihre Fahrweise auf ein erhöhtes Fußgängergeraufkommen einrichten.

Der Beklagte sei zudem in der konkreten Situation zu schnell gefahren. Er hätte die Gefährdung insbesondere älterer Menschen ausschließen müssen. Dies sei hier bei der Geschwindigkeit von zehn bis zwölf Stundenkilometern nicht möglich gewesen.

Da der Beklagte über keine Haftpflichtversicherung verfüge, hafte er persönlich für die Unfallfolgen.

Den klagenden Fußgänger treffe jedoch ein Mitverschulden von zehn Prozent, da er die Straße nicht auf dem sechs bis acht Meter von der Unfallstelle entfernten Fußgängerüberweg überquert habe.

Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Beschluss vom 09.05.2017, 4 U 233/16



# Verbraucher, Versicherung & Haftung

## Flugpreise im Internet: EuGH soll klären, welche Währung anzugeben ist

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) soll klären, in welcher Währung Flugpreise im Internet anzugeben sind. Hierum bittet ihn der Bundesgerichtshof (BGH). Konkret geht es um die Frage, ob ein in Deutschland ansässiges Luftverkehrsunternehmen seine Preise für Flüge mit Abflugort in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union im Internet statt in Euro in der dort geltenden Landeswährung angeben darf.

Die Beklagte ist eine deutsche Fluggesellschaft. Auf ihrer Internetseite war bei der Buchung eines Flugs von London nach Stuttgart am 01.09.2014 eine Flugverbindung angezeigt, deren Entgelt in britischen Pfund (GBP) angegeben war. Die im Anschluss an die Buchung erstellte Rechnung wies den Flugpreis und weitere Kosten ebenfalls in GBP aus. Die Klägerin, eine Verbraucherzentrale, meint, der Preis des Fluges wäre in Euro auszuweisen gewesen. Sie nimmt die Beklagte auf Unterlassung in Anspruch.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Sache sei nach der Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft zu beurteilen. Deren Artikel 23 Absatz 1 Satz 2 schreibe nicht vor, in welcher Währung der Endpreis auszuweisen sei. Die Bestimmung des Artikels 2 Nr. 18 der VO (EG) Nr. 1008/2008 verpflichte Luftfahrtunternehmen nicht dazu, den Flugpreis in der Währung des Landes ihres Sitzes auszuweisen. Mit ihrer vom BGH zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter.

Der BGH hat das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die nach Artikel 23 Absatz 1 Satz 2 und 3 der VO (EG) Nr. 1008/2008 auszuweisenden Flugpreise, soweit sie nicht in Euro ausgedrückt werden, in einer bestimmten und gegebenenfalls in welcher Währung anzugeben sind. In welchem Sinn der Begriff „Landeswährung“ in Artikel 2 Nr. 18 der VO (EG) Nr. 1008/2008 beim Werben für Flugdienste und Anbieten von Flugdiensten unter einer Internetadresse mit einer auf einen bestimmten Mitgliedstaat hinweisenden Top-Level-Domain durch ein in der Europäischen Union niedergelassenes Luftfahrtunternehmen auszulegen ist, sei zweifelhaft. Den

Artikeln 2 Nr. 18 und 23 Absatz 1 Satz 2 und 3 der Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 sei nicht eindeutig zu entnehmen, ob das inländische Luftfahrtunternehmen die Preise für eine Flugreise von einem anderen Mitgliedstaat in dessen Währung angeben darf.

Bundesgerichtshof, Beschluss vom 27.04.2017, I ZR 209/15

## Verkehrssicherungspflicht eines Supermarktes: Nicht für aus Weidekorb herausragende Weidestäbchen

Weidestäbchen, die ein bis zwei Zentimeter aus einem Weidekorb herausragen, stellen keine besondere Gefahrenquelle dar, in Bezug auf die einen Supermarkt eine Verkehrssicherungspflicht trifft. Dies hat das Amtsgericht (AG) München entschieden.

Die Klägerin blieb im März 2016 beim Einkaufen in einem Supermarkt unmittelbar nach dem Eingangsbereich mit ihrem Strickkleid an zwei herausstehenden Stäben eines rechteckigen Auslagenkorbes in den engen Gängen des Ladengeschäfts hängen. Dabei wurde ein Wollfaden gezogen. Das Kleid war irreparabel beschädigt. Die circa ein bis zwei Zentimeter herausstehenden Weidenstäbe befanden sich in einer Höhe von etwa 50 bis 60 Zentimetern. Das beschädigte Strickkleid hatte die Klägerin im September 2015 für rund 140 Euro gekauft und bis zum Schadensereignis nur zwei bis drei Mal getragen.

Die Haftpflichtversicherung des Supermarktes lehnte, ebenso wie der Supermarkt selbst, die Schadensregulierung ab. Vor dem AG München war auch die Klage auf Ersatz des Schadens von 140 Euro erfolglos. Die zuständige Richterin ist der Überzeugung, dass der Supermarkt keine Verkehrssicherungspflicht verletzt hat. Ein maximal 1,5 Zentimeter langes Herausstehen zweier Weidestäbe aus einem Naturprodukt (Weidekorb) stelle schlicht keine besondere Gefahrenquelle dar, so das Urteil. Es handele sich um einen ganz normalen Weidekorb. Ein leichtes Herausstehen der abgeschnittenen Enden sei bei einem handgefertigten Naturprodukt zu erwarten. Die Klägerin hätte mit einem naturgemäß empfindlichen Strickkleid nicht zu nah an den Korb herangehen sollen.

Das Gericht stellt weiter fest, dass die Klägerin selbst dann keinen Anspruch hätte, wenn der Supermarkt eine Verkehrssicherungspflicht verletzt hätte. Denn die Klägerin habe in der mündlichen Verhandlung angegeben, dass sie es eilig gehabt habe. Es sei kurz vor Ladenschluss



gewesen und sie habe noch schnell einkaufen müssen und dann nicht danach geschaut, ob irgendwelche Gefahrenzonen vorhanden seien. Vor diesem Hintergrund stellte die Richterin fest, dass das Eigenverschulden der Klägerin das Verschulden des Supermarktes wegen einer etwaigen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht bei Weitem überwiegen und dieses sogar komplett verdrängen würde. Amtsgericht München, Urteil vom 08.03.2017;111 C 21848 /16, rechtskräftig

### Reisevertrag: Fehlen geeigneter Ausweisdokumente Risiko des Reisenden

Im Verhältnis zum Reiseveranstalter fällt das Mitführen für die Reise geeigneter Ausweispapiere in die Risikosphäre des Reisenden, ohne dass es darauf ankommt, aus welchen Gründen die Pässe der Reisenden nicht als ausreichend angesehen werden. Dies hat der Bundesgerichtshof (BGH) entschieden. Der Reisevertrag sei in einem solchen Fall nicht wegen höherer Gewalt durch den Reisenden kündbar.

Die Klägerin buchte bei der beklagten Reiseveranstalterin für ihren Ehemann, ihre Tochter und sich selbst eine Pauschalreise vom 19.05. bis 01.06.2013 in die USA. Vor Reiseantritt beantragte sie für sich und ihre Tochter bei der Gemeinde ihres Wohnsitzes neue Reisepässe, die ausgestellt und übergeben wurden. Die Bundesdruckerei hatte jedoch diese beiden sowie 13 weitere an die Streithelferin versandten Ausweisdokumente wegen Nichtvorliegens einer Eingangsbestätigung als abhandengekommen gemeldet. Dies führte wiederum dazu, dass der Klägerin und ihrer Tochter am Abreisetag der Abflug in die Vereinigten Staaten verweigert wurde. Die Beklagte zahlte einen Teil des Reisepreises zurück. Die Klägerin beansprucht die Rückzahlung auch des restlichen Reisepreises.

Die Klage blieb in allen Instanzen erfolglos. Der Reisevertrag könne nach § 651j Absatz 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) sowohl vom Reiseveranstalter als auch vom Reisenden gekündigt werden, wenn die Reise infolge bei Vertragsabschluss nicht voraussehbarer höherer Gewalt erheblich erschwert, gefährdet oder beeinträchtigt wird, führt

der BGH aus. Unter höherer Gewalt werde dabei ein von außen kommendes, keinen betrieblichen Zusammenhang aufweisendes und auch durch die äußerste vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht abwendbares Ereignis verstanden. Erfasst seien etwa Naturkatastrophen oder allgemeine staatlich angeordnete Reisebeschränkungen. Es handele sich um einen besonderen Fall der Störung oder des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, deren Ursache keiner Vertragspartei zugeordnet werden kann und die daher beiden Vertragsparteien die Möglichkeit eröffnet, sich von ihren vertraglichen Verpflichtungen zu lösen.

Das Erfordernis des fehlenden betrieblichen Zusammenhangs bringe dabei für den typischen Fall, dass das nicht abwendbare Ereignis die Betriebstätigkeit des Reiseveranstalters und damit die Durchführung der Pauschalreise selbst stört oder verhindert, zum Ausdruck, dass die Ursache nicht in der (Risiko-)Sphäre des Reiseveranstalters liegen darf. Entsprechendes gelte auch für die andere Vertragspartei: Höhere Gewalt liegt laut BGH ebenso wenig vor, wenn das Ereignis der Sphäre des Reisenden zuzurechnen ist. So verhalte es sich hier. Im Verhältnis zum Reiseveranstalter falle die Mitführung für die Reise geeigneter Ausweispapiere in die Risikosphäre des Reisenden, ohne dass es darauf ankäme, aus welchen Gründen die Pässe der Reisenden nicht als ausreichend angesehen wurden. Maßgeblich sei allein, dass keine allgemeine Beschränkung der Reisemöglichkeiten – wie etwa ein kurzfristig eingeführtes Visumerfordernis – vorlag, die jeden anderen Reisenden ebenso getroffen hätte.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 16.05.2017, X ZR 142/15



# Wirtschaft, Wettbewerb & Handel

## **Apotheken dürfen beim Verkauf verschreibungspflichtiger Arzneimittel keine „BonusBons“ ausgeben**

Apotheken dürfen beim Verkauf verschreibungspflichtiger Arzneimittel keine „BonusBons“ ausgeben. Dies hat das VG Lüneburg entschieden. Den Eilantrag eines Apothekers gegen eine arzneimittelrechtliche Untersagungsverfügung der Apothekenkammer Niedersachsen lehnt das Gericht ab. In dieser Verfügung war dem Apotheker untersagt worden, Kunden beim Erwerb verschreibungspflichtiger Medikamente einen so genannten BonusBon im Wert von 0,50 Euro anzubieten, der bei einem weiteren Einkauf von rezeptfreien Produkten eingelöst werden kann.

Der Antragsteller begründete seinen Eilantrag unter anderem damit, dass durch den „BonusBon“ ausschließlich die Treue der Kunden belohnt würde. Die Ausgabe der Bons erfolge unabhängig davon, welche Produkte erworben würden. Die Antragsgegnerin hielt dem unter anderem entgegen, dass durch das Kundenbindungsmodell des Antragstellers Preisbindungsvorschriften umgangen würden.

In seinem Eilbeschluss führt das VG aus, dass Überwiegendes dafür spreche, dass das vom Antragsteller praktizierte Bonusmodell bei der Abgabe verschreibungspflichtiger Arzneimittel gegen die Arzneimittelpreisbindung nach § 78 Absatz 1 und Absatz 2 des Arzneimittelgesetzes (AMG) verstoße. Ein Verstoß gegen die gesetzliche Arzneimittelpreisbindung liege immer schon dann vor, wenn für das preisgebundene Arzneimittel zwar zunächst der korrekte Preis angesetzt, dem Kunden aber gekoppelt mit dem Erwerb des Arzneimittels ein Vorteil gewährt werde, der den Erwerb für ihn wirtschaftlich günstiger erscheinen lasse. Dieser wirtschaftliche Vorteil liege darin, dass der Kunde im Zusammenhang mit dem Erwerb des verschreibungspflichtigen Medikaments geldwerte Ersparnisse erhalte, die in anderen Apotheken für dasselbe Mittel nicht gewährt würden.

Durch die im Jahr 2013 erfolgte Einführung einer Regelung im Heilmittelwerbegesetz (§ 7 Absatz 1 Nr. 1 Hs. 2 HWG) habe der Gesetzgeber zudem zu erkennen gegeben, dass jedwede – und damit auch geringwertige – wirtschaftlichen Vorteile, die im Zusammenhang mit verschreibungspflichtigen Arzneimittel gewährt werden, unzulässig seien, wenn sie gegen öffentliches Arzneimittelrecht verstießen.

Über die vom Antragsteller zugleich gegen die Untersagungsverfügung erhobene Klage (6 A 83/17) ist nach Angaben des VG Lüneburg noch nicht entschieden.

Verwaltungsgericht Lüneburg, Beschluss vom 11.04.2017, 6 B 19/17

## **PC-gestütztes Kassensystem ist grundsätzlich manipulationsanfällig**

Ein PC-gestütztes Kassensystem ist grundsätzlich manipulationsanfällig. Dies hat das Finanzgericht (FG) Münster entschieden und dies auch für ein auf der Software Microsoft Access basierendes System bejaht. Der Kläger betrieb in den Streitjahren zwei Friseursalons. Seine Bareinnahmen erfasste er über eine PC-gestützte Kassensoftware, die auch über andere Funktionen wie Kundenkartei oder Terminverwaltung verfügte. Aufgrund einer Betriebsprüfung, in deren Verlauf der Kläger keine Programmierprotokolle für die Kasse vorgelegt hatte, nahm das Finanzamt erhebliche Hinzuschätzungen zu den Umsätzen und Gewinnen des Klägers für die Jahre 2007 bis 2009 vor. Diesen legte es eine Bargeldverkehrsrechnung sowie eine Kalkulation von „Chemieumsätzen“ (Blondierungen, Färbungen, Dauerwellen) zugrunde. Die Kalkulation basiert auf der Auswertung eines Teils des Wareneinkaufs für 2007.

Hiergegen wandte der Kläger ein, dass seine Programmierprotokolle in Dateiform im System gespeichert seien, was er durch Vorlage der Datenbank nachweisen könne. Ferner sei seine Kasse nicht manipulierbar, weshalb nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes (Urteil vom 25.03.2015, X R 20/13) keine Schätzungsbefugnis bestehe. Auch habe der Kläger tatsächlich keine Manipulationen vorgenommen. Schließlich seien die Hinzuschätzungen zu hoch, da die Bargeldverkehrsrechnung unvollständig sei, die Nachkalkulation nur auf stichprobenartig ausgewerteten Daten basiere und das Ergebnis die amtlichen Richtsätze überschreite.

Das FG holte ein Sachverständigengutachten zur Frage der Manipulierbarkeit der Kasse ein. Dieses kam zu dem Ergebnis, dass das vom Kläger verwendete System, welches auf die Software Microsoft Access zurückgreife, aufgrund der Verknüpfung verschiedener Datenbankdateien zwar nur schwierig zu manipulieren sei. Durch geschulte Personen



mit EDV-Kenntnissen beziehungsweise unter Einsatz entsprechender Programme sei dies jedoch auch im Nachhinein und ohne Rückverfolgung möglich.

Das FG gab der Klage teilweise statt. Dem Grunde nach bestehe eine Schätzungsbefugnis, weil die Kassenführung des Klägers nicht ordnungsgemäß sei. Bei Nutzung programmierbarer elektronischer Kassensysteme stelle das Fehlen der Programmierprotokolle jedenfalls bei bargeldintensiven Betrieben einen gewichtigen formellen Mangel dar. Im Streitfall habe der Kläger keine Programmierprotokolle vorgelegt. Der bloße Hinweis auf die Datenbank genüge als substantiiertes Beweis antritt nicht. Im Übrigen gehe es bei den Programmierprotokollen nicht um die Daten selbst, sondern um die Dokumentation der Programmierung.

Der Kläger könne sich auch nicht darauf berufen, dass sein Kassensystem ausnahmsweise keine Manipulationsmöglichkeiten eröffne. Nach dem Ergebnis des Sachverständigengutachtens sei das FG vielmehr davon überzeugt, dass im System Manipulationen vorgenommen werden können. Dabei komme es nicht darauf an, durch wen oder mit welchem Aufwand dies möglich sei. Die vom Kläger verwendete Software biete unabhängig davon, ob sie bereits für einen „normalen“ Anwender manipulierbar sei oder dieser erst einen IT-Spezialisten beauftragen müsse, keine Gewährleistung für die vollständige Erfassung aller Einnahmen. Da es nach der BFH-Rechtsprechung erforderlich sei, dass die Kasse keine Manipulationsmöglichkeiten eröffne, sei es unerheblich, ob der Kläger tatsächlich Manipulationen vorgenommen habe oder nicht.

Der Höhe nach begrenzte das FG die Hinzuschätzungen aufgrund der Kassenführungsmängel allerdings auf Sicherheitszuschläge in Höhe von 7,5 Prozent der erklärten Umsätze, was zu einer Reduzierung der vom Finanzamt angesetzten Beträge und damit zu einer Teilstattgabe in etwa hälftigem Umfang führte. Die Bargeldverkehrsrechnung könne nicht zugrunde gelegt werden, weil das Finanzamt weder Anfangs- noch Endbestände ermittelt und nicht angegeben habe, auf welcher Tatsachengrundlage die Lebenshaltungskosten ermittelt wurden. Die Kalkulation der „Chemieumsätze“ führe zu einem nicht schlüssigen

und außerhalb der amtlichen Richtsätze liegenden Ergebnis, was möglicherweise auf der lediglich stichprobenartig vorgenommenen Auswertung beruhe.

Finanzgericht Münster, Urteil vom 29.03.2017, 7 K 3675/13 E,G,U

### Entsorgungspflichten nach dem ElektroG: Rückstellungsbildung setzt Abholanordnung voraus

Hersteller von Elektro- und Elektronikgeräten sind nach dem Elektro- und Elektronikgerätegesetz (ElektroG) verpflichtet, nach dem 13.08.2005 in Verkehr gebrachte Geräte abzuholen und zu entsorgen. Nach einem aktuellen Urteil des Bundesfinanzhofs (BFH) können für diese Verpflichtungen Rückstellungen erst gebildet werden, wenn sie sich durch den Erlass einer so genannten Abholanordnung hinreichend konkretisiert haben.

Nach dem ElektroG müssen sich Gerätehersteller bei einer gemeinsamen Stelle registrieren und dort die in Verkehr gebrachten Geräte melden. Die Gemeinsame Stelle ermittelt sodann den Umfang der Abholpflichten, erlässt im Rahmen einer Beleihung Abholanordnungen und koordiniert die Bereitstellung von Sammelbehältern sowie die Abholung der Geräte.

Im dem vom BFH entschiedenen Streitfall handelte es sich um die Herstellerin von Energiesparlampen, welche für die von ihr in Verkehr gebrachten Geräte mit dem Argument Rückstellungen gebildet hatte, die Abhol- und Entsorgungspflicht ergebe sich unmittelbar aus dem ElektroG.

Der BFH hat in seinem Urteil nun klargestellt, dass sich die Abhol- und Entsorgungsverpflichtung der Hersteller zwar als abstrakte Rechtspflicht aus dem ElektroG ergibt, sich diese aber erst durch den Erlass einer zusätzlichen Abholverfügung hinreichend konkretisiert. Eine Rückstellungsbildung war danach mangels Abholanordnung ausgeschlossen.

Bundesfinanzhof, Urteil vom 25.01.2017, I R 70/15