

Ihre Steuerkanzlei informiert.

# SCHAUFENSTER STEUERN 05/2019

## Termine

Steuern und Sozialversicherung

## Amtsärztliches Attest

Darf auch knapp ausfallen

## Verzögerungsgeld

Muss ermessensgerecht sein

Sehr geehrte Mandanten,

immer mal wieder legt der Fiskus die Gesetze in seinen Verwaltungsanweisungen aus und später stellt sich heraus, dass diese Auslegungen keinesfalls vom Gesetzestext gedeckt sind. So auch aktuell bei den Besteuerungsausnahmen des privaten Veräußerungsgeschäftes.

Bei Immobilien liegt nämlich auch bei einer Veräußerung innerhalb von zehn Jahren kein privates Veräußerungsgeschäft vor, wenn das Objekt im Zeitraum zwischen Anschaffung/Fertigstellung und Veräußerung ausschließlich zu eigenen Wohnzwecken genutzt wird oder (in der zweiten Alternative) im Jahr der Veräußerung und in den beiden vorangegangenen Jahren zu eigenen Wohnzwecken genutzt wurde.

Die Finanzverwaltung hat sich in diesem Zusammenhang immer auf den Standpunkt gestellt, dass bei der zweiten Alternative der Besteuerungsausnahmen eine Vermietung nach Beendigung der Selbstnutzung bis zur Veräußerung des Objektes schädlich ist.

Mit Urteil vom 7.12.2018 (Az: 13 K 289/17) hat das FG Baden-Württemberg dies jedoch verneint. Ausweislich des Gesetzeswortlautes genügt es für die Besteuerungsausnahme, wenn eine Nutzung zu eigenen Wohnzwecken im Jahr der Veräußerung und den beiden vorangegangenen Jahren stattfindet.

Auch wenn der Wortlaut des Einkommensteuergesetzes in der Tat gar nicht anders interpretiert werden kann, sträubt sich die Finanzverwaltung regelmäßig, wenn ein Finanzgericht ihre Auslegungen anzweifelt. Daher wurde auch Nichtzulassungsbeschwerde beim Bundesfinanzhof (Az: IX B 28/19) eingelegt.

Auch wenn es daher nicht für das Einkommensteuergesetz gilt - aber bei uns können Sie auf den Wortlaut vertrauen.

Eine informative Lektüre wünscht Ihnen

Herbert Kramer  
Steuerberater

Herbert Kramer - Steuerberater  
Zedernweg 6, 31832 Springe, Deister  
Telefon: 05041 992-0 | Telefax: 05041 992-32  
<https://www.stb-kramer.de> | [info@stb-kramer.de](mailto:info@stb-kramer.de)

# Inhalt

## Hinweis:

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

## Alle Steuerzahler

- Termine: Steuern und Sozialversicherung
- Amtsärztliches Attest: Darf auch knapp ausfallen
- Verzögerungsgeld: Muss ermessensgerecht sein
- Taxifahrten zwischen Wohnung und erster Tätigkeitsstätte nicht als Werbungskosten abziehbar
- Spitzensteuersatz: 2018 4,1 Millionen Personen betroffen

## Unternehmer

- Anschaffung von Luxusfahrzeugen: Vorsteuerabzug nicht ausgeschlossen
- Ehegatten-Arbeitsverhältnis bei geringfügiger Beschäftigung als Bürokraft und Pkw-Überlassung nicht anzuerkennen
- Eintritt in vermögensverwaltende Personengesellschaft: Besondere Ergebnisbeteiligung möglich

## Kapitalanleger

- Zuteilung der HPE-Aktien im Rahmen des "Spin-offs" der HPI keine steuerpflichtige Sachausschüttung
- Spin-Off: Sachausschüttung kann mit Dividende vergleichbar sein
- Kapitalertragsteuer-Anmeldung nach Einkommensteuerfestsetzung nicht mehr anfechtbar

## Immobilienbesitzer

- Langjährig selbst genutzte Immobilie nach kurzzeitiger Vermietung veräußert: Gewinn nicht steuerpflichtig
- Wird die Straßenbeleuchtung zu LED, zahlt der Anlieger mit
- Verbot der kurzzeitigen Vermietung von Eigentumswohnungen nur mit Zustimmung aller Wohnungseigentümer möglich
- Verbot der kurzzeitigen Vermietung von Eigentumswohnungen nur mit Zustimmung aller Wohnungseigentümer möglich

## 4 Angestellte

- Aufhebungsverträge nicht widerrufbar - Gebot fairen Verhandeln kann aber Unwirksamkeit begründen
- Elternzeit kann zu Kürzung von Urlaubsansprüchen führen
- Unbezahlter Sonderurlaub lässt gesetzlichen Urlaubsanspruch entfallen

## Familie und Kinder

- Kindergeldzahlungen ins Ausland: Für jedes Kind wird Nachweis verlangt
- Private Krankenversicherung: Keine Kindernachversicherung für Kind des gleichgeschlechtlichen Lebensgefährten
- Kein Kindergeld bei berufsbegleitender Weiterbildung

## Arbeit, Ausbildung & Soziales

- Bewerbung um Stellen mit identischem Anforderungsprofil: Schwerbehinderter mehrmals zu Bewerbungsgespräch einzuladen
- Zu hohe Einnahmen: Krankenkasse durfte Familienversicherung aufheben
- Schule für Schüler-Computer zuständig

## Bauen & Wohnen

- Ältere Menschen in Mietwohnungen: Gericht stärkt Schutz vor (Eigenbedarfs-)Kündigungen
- Ohne Zustimmung der Miteigentümer vergrößerte Terrasse muss zurückgebaut werden
- Ohne Zustimmung der Miteigentümer vergrößerte Terrasse muss zurückgebaut werden

## Ehe, Familie & Erben

- Abfindungszahlung wegen beeinträchtigender Schenkung durch Vorerben ist abzugsfähig
- Vermutung einer Versorgungssehe erfolgreich widerlegt

12

6

14

8

16

10

18

20

- Schuldrechtlicher Versorgungsausgleich: Vereinbarte Ausgleichszahlungen sind einkommensteuerrechtlich Werbungskosten

- Abschleppkosten: Rund 315 Euro können angemessen sein
- Abschleppkosten: Rund 315 Euro können angemessen sein

### Medien & Telekommunikation

22

- WhatsApp-Nachrichten an engste Familienmitglieder: Misshandlungsvorwurf unterfällt "beleidigungsfreier Sphäre"
- Leistungen eines Fernsehshow-Teilnehmers sind nicht steuerbar
- Leistungen eines Fernsehshow-Teilnehmers sind nicht steuerbar

### Staat & Verwaltung

24

- Personalausweise: EU-Parlament beschließt neue Sicherheitsmerkmale
- Aufklärung besonders schwerer Steuerhinterziehung: Bundesrat stimmt gegen Einsatz von Telekommunikationsüberwachung
- Steuerbetrug: Europaabgeordnete fordern europäische Finanzpolizei
- Steuerhinterziehung bleibt weltweit Herausforderung

### Bußgeld & Verkehr

26

- Pkw-Fahrer haftet auch für Sturz eines Radfahrers nach erfolgreichem Ausweichen

### Verbraucher, Versicherung & Haftung

28

- Auto in anderem EU-Mitgliedsstaat gekauft: Deutsche Gerichte bei Streit über behaupteten Betrug nicht zuständig
- Online-Kauf einer Matratze auch nach Entfernen der Schutzfolie noch widerrufbar
- Online-Kauf einer Matratze auch nach Entfernen der Schutzfolie noch widerrufbar

### Wirtschaft, Wettbewerb und Handel

30

- Soziale Medien: "Taggen" von Fotos ohne Werbekennzeichnung als Schleichwerbung verboten
- Onlinehändler: Veränderte "existenzgefährdende" Vollzugspraxis einiger Finanzämter in der Kritik
- Werbung für Plüschtiere: Verbraucher können Höhe und Diagonale unterscheiden
- Markenrecht: "Glen" dürfen deutsche Whiskys nicht heißen

### Impressum

Akademische Arbeitsgemeinschaft Verlagsgesellschaft mbH | Sitz der Gesellschaft: Janderstraße 10, 68199 Mannheim | Geschäftsführer: Stefan Wahle | Telefon: 0621/ 8 62 62 62, Fax: 0621/8 62 62 63, E-Mail: akademische.info@wolterskluwer.com | Handelsregister beim Amtsgericht Mannheim: 729500 | Umsatzsteuer-ID-Nummer: Ust-ID-Nr. DE318 945 162 Verantwortlich für den Inhalt (nach § 55 Abs.2 RStV): Dr. Torsten Hahn, Akademische Arbeitsgemeinschaft Verlagsgesellschaft mbH, Janderstraße 10, 68199 Mannheim | Internet: www.akademische.de Alternative Streitbeilegung (Online-Streitbeilegung und Verbraucherschlichtungsstelle) Die Europäische Kommission hat eine Plattform zur Online-Streitbeilegung eingerichtet, die unter folgendem Link abgerufen werden kann: [www.ec.europa.eu/consumers/odr](http://www.ec.europa.eu/consumers/odr). Wolters Kluwer ist nicht bereit und nicht verpflichtet, an Streitbeilegungsverfahren vor einer Verbraucherschlichtungsstelle teilzunehmen.

# Alle Steuerzahler

## Termine: Steuern und Sozialversicherung

10.05.

- Umsatzsteuer
- Lohnsteuer
- Kirchensteuer zur Lohnsteuer

Die dreitägige Zahlungsschonfrist endet am 13.05. für den Eingang der Zahlung.

15.05.

- Gewerbesteuer
- Grundsteuer

Die dreitägige Zahlungsschonfrist endet am 20.05. für den Eingang der Zahlung.

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 Mai 2019

Die Beiträge sind in voraussichtlicher Höhe der Beitragsschuld spätestens am drittletzten Bankarbeitstag eines Monats fällig. Für Mai ergibt sich demnach als Fälligkeitstermin der 28.05.2019.

## Amtsärztliches Attest: Darf auch knapp ausfallen

Ein Steuerpflichtiger kann Kosten für eine wissenschaftlich nicht anerkannte Heilmethode auch dann als außergewöhnliche Belastung steuerlich geltend machen, wenn er dem Finanzamt zum Nachweis der Erforderlichkeit der Behandlung nur eine kurze Stellungnahme des Arztes und kein ausführliches Gutachten vorlegt. Dies hat das Finanzgericht (FG) Rheinland-Pfalz entschieden.

Ab Februar 2011 ließen die Kläger ihre zweieinhalbjährige schwerbehinderte Tochter in einem von zwei Heilpraktikern betriebenen „Naturheilzentrum“ behandeln. Nachdem die Krankenkasse die Erstattung der Kosten (16.800 Euro) abgelehnt hatte, machten die Kläger die Aufwendungen im Rahmen ihrer Einkommensteuererklärung als außergewöhnliche Belastung geltend und legten ein privatärztliches Attest einer Fachärztin für Kinder- und Jugendheilkunde (Homöopathie)

vor. Diese kam zu dem Ergebnis, dass bei dem schweren Krankheitsbild jeder Versuch, das Ergebnis zu verbessern, für die Familie wichtig und auch medizinisch jeder positive Impuls für das Kind zu begrüßen sei, weshalb sie auch ärztlich die Teilnahme am Förderprogramm des Naturheilzentrums empfehle. Auf diesem Attest hatte der zuständige Amtsarzt vermerkt: „Die Angaben werden amtsärztlich bestätigt“.

Das beklagte Finanzamt erkannte die Behandlungskosten nicht als außergewöhnliche Belastung an. Die knappe Äußerung des Arztes stelle kein „Gutachten“ dar, so die Begründung. Die dagegen gerichtete Klage hatte Erfolg. Wie das Finanzamt war auch das FG der Auffassung, dass die Tochter der Kläger mit wissenschaftlich nicht anerkannten Methoden behandelt worden sei, sodass der Nachweis der Erforderlich- beziehungsweise Zwangsläufigkeit nach § 64 Einkommensteuer-Durchführungsverordnung (EStDV) in qualifizierter Form geführt werden müsse. Diese Anforderungen – so das FG – seien aber erfüllt. Zwar enthalte der Wortlaut des § 64 Absatz 1 S. 1 Nr. 2 EStDV tatsächlich den Begriff „amtsärztliches Gutachten“. Die Vorschrift ermächtigt jedoch nicht nur den Amtsarzt, sondern in gleicher Weise auch den Medizinischen Dienst der Krankenkasse, die Zwangsläufigkeit von Aufwendungen bei unkonventionellen Behandlungsmethoden zu bestätigen. Hierfür müsse der medizinische Dienst nur eine „Bescheinigung“ ausstellen. Vor diesem Hintergrund und mit Rücksicht auf Sinn, Zweck und historische Entwicklung der Vorschrift seien daher an das „Gutachten“ des Arztes in Bezug auf Form und Inhalt keine höheren Anforderungen als an eine „Bescheinigung“ zu stellen.

Finanzgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 04.07.2018, 1 K 1480/16, rechtskräftig

## Verzögerungsgeld: Muss ermessensgerecht sein

Das Finanzgericht (FG) Münster hat zur Frage der Ermessensausübung bei Festsetzung eines Verzögerungsgeldes nach § 146 Absatz 2b Abgabenordnung wegen Nichteinräumung eines Datenzugriffs Stellung genommen und entschieden, dass die Festsetzung eines Verzögerungsgeldes ermessensgerecht sein muss.

Das Finanzamt ordnete beim Kläger, der als Rechtsanwalt und Notar auch steuerliche Mandate betreut, eine Außenprüfung an. Nachdem sich der Kläger erfolglos gegen die Prüfungsanordnung und andere da-



mit verbundene Einzelmaßnahmen gewehrt hatte, versuchte der Prüfer mehrfach vergeblich, mit ihm Termine abzustimmen, um die Prüfung fortzusetzen. Mehrere Anforderungen des Prüfers, Buchführungsunterlagen in digitaler Form vorzulegen, hob er nach Anfechtung durch den Kläger wieder auf. Gegen eine weitere Aufforderung zur Vorlage von Daten legte der Kläger ebenfalls Einspruch ein und stellte einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung. Ohne hierüber entschieden zu haben, setzte das Finanzamt zwei Wochen nach Fristablauf wegen der Nichteinräumung des Datenzugriffs ein Verzögerungsgeld in Höhe von 4.000 Euro gegen den Kläger fest. Hierbei stützte es sich im Wesentlichen darauf, dass beim Kläger eine potentielle Wiederholungsgefahr in Bezug auf die von ihm betreuten steuerlichen Mandate vorliege, der Kläger sich hartnäckig geweigert habe, die digitalen Daten vorzulegen und er die Gründe für die Verzögerung nicht ausreichend entschuldigt habe.

Die hiergegen erhobene Klage hatte in vollem Umfang Erfolg. Das Finanzamt habe, so das FG Münster, sein Entschließungsermessen fehlerhaft ausgeübt. Die angenommene potentielle Wiederholungsgefahr wegen der Betreuung steuerlicher Mandate als Rechtsanwalt und Notar stelle eine sachfremde Erwägung dar, die mit dem Zweck des Verzögerungsgeldes nicht vereinbar sei. Vielmehr komme es ausschließlich auf Verzögerungen beim betroffenen Steuerpflichtigen, nicht aber auf generalpräventive Aspekte an.

Das Finanzamt habe auch nicht hinreichend berücksichtigt, dass es noch gar nicht über den Aussetzungsantrag zur Datenüberlassung entschieden hatte. Da solche Anträge unverzüglich zu bearbeiten seien, habe es Ermessenserwägungen dazu anstellen müssen, warum auf die Datenanforderung vor der Entscheidung weitere belastende Maßnahmen wie das Verzögerungsgeld gestützt werden.

In Bezug auf die vom Finanzamt als gewichtig und hartnäckig gewerteten Pflichtverletzungen des Klägers habe das Finanzamt nicht in seine Ermessenserwägungen einbezogen, dass der Prüfer jede seiner früheren Datenanforderungen aufgehoben habe. Der seit der einzigen noch bestehenden Anforderung vergangene Zeitraum von lediglich zwei Wochen, der letztlich für die Festsetzung des Verzögerungsgelds entscheidend war, könne gerade nicht als hartnäckig bezeichnet werden. Schließlich habe das Finanzamt nicht beachtet, dass das Fehlen

von Entschuldigungsgründen nicht zu einer Vorprägung des Entschließungsermessens führe.

Finanzgericht Münster, Urteil vom 08.02.2019, 4 K 590/17 AO

### Taxifahrten zwischen Wohnung und erster Tätigkeitsstätte nicht als Werbungskosten abziehbar

Nur Aufwendungen für Fahrkarten des regelmäßig verkehrenden öffentlichen Personennah- und Fernverkehrs im Linienverkehr sind ausnahmsweise nach § 9 Absatz 2 Satz 2 Einkommensteuergesetz statt der Entfernungspauschale als Werbungskosten für Fahrten zwischen Wohnung und der ersten Tätigkeitsstätte abziehbar. Tatsächliche Kosten für solche Fahrten mit Taxen im Gelegenheitsverkehr sind im In- und Ausland abweichend von der Rechtsprechung anderer Finanzgerichte nicht anstelle der Entfernungspauschale zum Abzug zugelassen. Dies stellt das Finanzgericht (FG) Niedersachsen klar.

Aufwendungen für Besuchsreisen des anderen Elternteils zum gemeinsamen Kind ins Ausland könnten auch beim Wegzug ins Ausland von dem weggezogenen Elternteil nicht als außergewöhnliche Belastungen abgezogen werden, führt das FG Niedersachsen in dem Urteil weiter aus. Die Revision wurde zugelassen.

Finanzgericht Niedersachsen, Urteil vom 05.12.2018, 3 K 15/18, nicht rechtskräftig

### Spitzensteuersatz: 2018 4,1 Millionen Personen betroffen

4,1 Millionen Personen sind im Jahr 2018 zumindest mit Teilen ihres zu versteuernden Einkommens dem Spitzensteuersatz unterworfen worden. Dies teilt die Bundesregierung in ihrer Antwort (BT-Drs. 19/8837) auf eine Kleine Anfrage der FDP-Fraktion (BT-DRs. 19/8291) mit.

Das Einkommensteueraufkommen aller Steuerpflichtigen, die mit Teilen ihres zu versteuernden Einkommens mindestens dem Spitzensteuersatz unterworfen werden, habe im Jahr 2018 rund 149,3 Milliarden Euro betragen.

Deutscher Bundestag, PM vom 15.04.2019

# Unternehmer

## Anschaffung von Luxusfahrzeugen: Vorsteuerabzug nicht ausgeschlossen

Das Finanzgericht (FG) Hamburg hat in zwei Fällen zum Vorsteuerabzug für die Anschaffung von Luxusfahrzeugen entschieden und ihn in einem Fall zugelassen, weil die Anschaffung des Luxusfahrzeugs (hier: eines Ferrari California) zur Eröffnung „substantieller Geschäftschancen“ geführt habe.

In dem einen Fall (2 K 116/18) ging es um den Vorsteuerabzug für die Anschaffung eines Lamborghini Aventador (Bruttokaufpreis 298.475 Euro) durch ein Reinigungsunternehmen. Das Fahrzeug wurde vollständig dem unternehmerischen Bereich zugeordnet, die Privatnutzung des Gesellschafter-Geschäftsführers nach der Ein-Prozent-Methode versteuert. Die Gesellschaft erzielte in den Streitjahren ein Betriebsergebnis von rund 90.000 Euro beziehungsweise rund 100.000 Euro. Die Klägerin berief sich darauf, dass der Lamborghini zwar ein teures, gleichwohl serienmäßig hergestelltes Fahrzeug sei. Dem Geschäftsführer sei es in der Vergangenheit immer wieder gelungen, über seine Sportwagenkontakte neue Kunden zu gewinnen. Überdies sei die Nutzung des Fahrzeugs lohnversteuert worden, sodass lediglich der Differenzbetrag von unter 1.000 Euro zwischen monatlicher Absetzung für Abnutzung (AfA) und Lohnsteuer in Rede stehe. Jedenfalls müsse ein Vorsteuerbetrag für ein angemessenes Fahrzeug, beispielsweise einen Mercedes Benz der S Klasse, berücksichtigt werden.

Das Gericht hat jeglichen Vorsteuerabzug unter Hinweis auf § 15 Absatz 1a Satz 1 Umsatzsteuergesetz (UStG) in Verbindung mit § 4 Absatz 5 Satz 1 Nr. 4 Einkommensteuergesetz (EStG) verneint, weil es sich bei den Aufwendungen ihrer Art nach um unangemessenen Repräsentationsaufwand handele. Der Lamborghini Aventador, bei seiner Markteinführung dargestellt als „Supersportwagen, unter dessen transparenter Motorhaube ein 6,5 Liter-V-12 Mittelmotor-Herz mit 515 kW/700 PS pocht, das den 1.575 Kilogramm schweren Italiener in nur 2,9 Sekunden auf Tempo 100 katapultiert“, sei seinem Erscheinungsbild nach der Prototyp eines Sportwagens, der trotz serienmäßiger Herstellung im Straßenbild Aufsehen erzeuge, der sportlichen Betätigung diene und geeignet sei, ein Affektionsinteresse des Halters auszulösen und typisierend den privaten Interessen des Gesellschafter-Geschäftsführers zu dienen. Eine „Saldierung“ der AfA-Beträge mit der Lohnsteuer des

Geschäftsführers hat das FG ebenfalls abgelehnt. Dem Abzugsverbot unterliege auch solcher unangemessener Repräsentationsaufwand, den ein Steuerpflichtiger über seinen Arbeitnehmer im betrieblichen Interesse mache.

In dem anderen Fall (3 K 96/17) ging es um die Vorsteuer für die Anschaffung eines Ferrari California (Bruttokaufpreis 182.900 Euro). Hier verneinte das FG unangemessenen Repräsentationsaufwand im Sinne des § 4 Absatz 5 Satz 1 Nr. 7 EStG. Auch wenn bei dem Erwerb eines Luxus sportwagens von einem privaten Affektionsinteresse auszugehen sei und die Gesellschaft im Streitjahr und den Folgejahren nur Verluste beziehungsweise später geringe Gewinne erwirtschaftet habe, sei der Aufwand nicht unangemessen. Die Klägerin, eine GmbH, befasste sich mit der Projektentwicklung zur Energieerzeugung von regenerativen Quellen. Der Geschäftsführer, der den Ferrari nutzte, hatte sich darauf berufen, das Fahrzeug bei „Netzwerktreffen“ einzusetzen, um Kooperationspartner zu akquirieren, dies im Ergebnis allerdings ohne Erfolg. Zudem sei das Fahrzeug für Besuche potentieller Investoren benötigt worden. Demgegenüber seien für Besuche bei Landwirten, mit denen über Pacht- und Kaufverträge verhandelt worden sei, ein ebenfalls im Betriebsvermögen befindlicher VW Tiguan genutzt worden. Das Gericht war im Ergebnis davon überzeugt, dass die Anschaffung des Ferrari zur Eröffnung substantieller Geschäftschancen geführt habe.

Finanzgericht Hamburg, Urteil vom 11.10.2018, 2 K 116/18, sowie vom 27.09.2018, 3 K 96/17, beide rechtskräftig

## Ehegatten-Arbeitsverhältnis bei geringfügiger Beschäftigung als Bürokraft und Pkw-Überlassung nicht anzuerkennen

Das Finanzgericht (FG) Münster hat ein Ehegatten-Arbeitsverhältnis nicht anerkannt, bei dem die Ehefrau als Bürokraft geringfügig beschäftigt war und ihr als Teil des Arbeitslohns ein Fahrzeug zur Privatnutzung überlassen wurde.

Der Kläger war als IT-Berater und im Handel mit Hard- und Software gewerblich tätig. Er beschäftigte seine Ehefrau, die Klägerin, als Bürokraft für 400 Euro monatlich, wobei die Firmenwagennutzung eingeschlossen sein sollte. Die Arbeitszeit sollte sich nach dem Arbeitsanfall richten; eine feste Stundenzahl wurde nicht vereinbart. Überstunden



und Mehrarbeit sollten durch Freizeit ausgeglichen werden. Zu einem späteren Zeitpunkt ergänzten die Kläger den Arbeitsvertrag dahingehend, dass Teile des Gehalts monatlich durch Gehaltsumwandlung in eine Direktversicherung und in eine Pensionskasse eingezahlt werden sollten. Das Finanzamt erkannte den Arbeitsvertrag nicht an und kürzte dementsprechend den Betriebsausgabenabzug des Klägers.

Das FG Münster wies die hiergegen erhobene Klage ab, weil der Arbeitsvertrag einem Fremdvergleich nicht standhalte. Zunächst entspreche die Abrede über die Arbeitszeit nicht dem zwischen Fremden Üblichen, da die Arbeitszeit einerseits ohne Angabe eines Stundenkontingents als variabel vereinbart wurde, andererseits aber Überstunden und Mehrarbeit durch Freizeit ausgeglichen werden sollten. Fremde Dritte hätten zudem Regelungen zur zeitlichen Verfügbarkeit – etwa durch Festlegung von Kern- oder Mindestarbeitszeiten – getroffen.

Auch die vereinbarte Vergütung sei nicht fremdüblich. Dies gelte insbesondere für die Überlassung eines Kraftfahrzeugs zur privaten Nutzung, die im Rahmen einer geringfügigen Beschäftigung nicht weit verbreitet sein dürfte. Dies gelte insbesondere vor dem Hintergrund des Aufgabenkreises der Ehefrau als Bürokräftin, der nicht zwingend mit der betrieblichen Nutzung eines Fahrzeugs verbunden sei. Zudem fehlten differenzierte Regelungen über die konkrete Ausgestaltung der Fahrzeugüberlassung, insbesondere zur Fahrzeugklasse. Schließlich sei der Arbeitsvertrag nicht wie unter fremden Dritten durchgeführt worden, da die Einzahlungen in die Direktversicherung und in die Pensionskasse zusätzlich zum bisher vereinbarten Lohn und damit nicht im Wege der Gehaltsumwandlung erfolgt seien.

Finanzgericht Münster, Urteil vom 20.11.2018, 2 K 156/18 E

### Eintritt in vermögensverwaltende Personengesellschaft: Besondere Ergebnisbeteiligung möglich

Einem Gesellschafter, der unterjährig in eine vermögensverwaltende Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) eintritt, kann der auf ihn entfallende Einnahmen- oder Werbungskostenüberschuss für das gesamte Geschäftsjahr zuzurechnen sein. Allerdings muss dies mit Zustimmung aller Gesellschafter bereits im Vorjahr vereinbart worden sein, wie der Bundesfinanzhof (BFH) mit entschieden hat.

Im Streitfall waren an einer GbR mit Einkünften aus Vermietung und Verpachtung drei Gesellschafter zu jeweils einem Drittel beteiligt. Einer der Gesellschafter veräußerte seinen Anteil an einen neu eintretenden Gesellschafter. Nach dem im Oktober 1997 geschlossenen notariellen Vertrag sollte die Übertragung der Gesellschafterrechte mit Kaufpreiszahlung noch in diesem Jahr erfolgen. Der Kaufpreis wurde aber erst Mitte 1998 gezahlt. Deshalb kam es erst zu diesem Zeitpunkt zum Gesellschafterwechsel.

1998 entstand bei der GbR ein Verlust in Höhe von circa 0,6 Millionen Euro. Das Finanzamt verteilte diesen zu jeweils einem Drittel auf die verbleibenden Gesellschafter und zu je einem Sechstel auf den ausgeschiedenen und den neu eingetretenen Gesellschafter. Die vom neu eingetretenen Gesellschafter beim Finanzgericht (FG) erhobene Klage, mit der dieser eine Zurechnung eines Drittels des Verlusts des gesamten Geschäftsjahres begehrte, hatte Erfolg.

Der BFH hat die Entscheidung des FG bestätigt und dem neu eingetretenen Gesellschafter den seiner Beteiligungsquote entsprechenden Verlust des gesamten Geschäftsjahres 1998 zugesprochen. Grundsätzlich richte sich die Verteilung des Ergebnisses bei einer vermögensverwaltenden GbR nach den Beteiligungsverhältnissen. Danach wäre der Kläger nur zu einem Sechstel beteiligt gewesen, weil seine Beteiligung von einem Drittel nur für ein halbes Jahr bestand.

Von dieser gesetzlichen Regelung könnten die Gesellschafter jedoch in engen Grenzen auf vertraglicher Grundlage abweichen. Voraussetzung sei, so der BFH, dass die von den Beteiligungsverhältnissen abweichende Verteilung für zukünftige Geschäftsjahre getroffen wird und dass ihr alle Gesellschafter zustimmen. Sie müsse zudem ihren Grund im Gesellschaftsverhältnis haben und dürfe nicht rechtsmissbräuchlich sein. Werden diese Voraussetzungen eingehalten, könnten auch während des Geschäftsjahres eintretende Gesellschafter an dem vor ihrem Eintritt erwirtschafteten Ergebnis beteiligt werden.

Der BFH hat seine bisherige Rechtsauffassung insoweit gelockert. Nicht entschieden hat er, ob bei einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft eine Änderung der Ergebnisverteilung auch während des laufenden Geschäftsjahres mit schuldrechtlicher Rückbeziehung auf dessen Beginn steuerrechtlich anzuerkennen ist.

Bundesfinanzhof, Urteil vom 25.09.2018, IX R 35/17



# Kapital- anleger

## Zuteilung der HPE-Aktien im Rahmen des „Spin-offs“ der HPI keine steuerpflichtige Sachausschüttung

Aktionäre der Hewlett-Packard Company (HPC) haben durch die Ausgabe der Aktien der Hewlett-Packard Enterprise Company (HPE) im Rahmen des „Spin-offs“ der Hewlett-Packard Incorporated keine steuerpflichtigen Einkünfte erzielt. Dies hat das FG Düsseldorf entschieden. Die HPC führte im Jahr 2015 eine Kapitalmaßnahme durch. Zum 31.10.2015 änderte sie ihren Namen in Hewlett-Packard Incorporated (HPI). Anschließend übertrug sie zum 01.11.2015 ihr Unternehmenskundengeschäft im Wege eines so genannten Spin-offs auf eine Tochtergesellschaft, die HPE. Die Aktionäre erhielten für eine alte Aktie der HPC eine Aktie der umbenannten Gesellschaft HPI und zusätzlich eine Aktie der HPE. Für die Aktie der HPI wurde von einer internationalen Agentur eine neue internationale Wertpapiernummer (ISIN) erteilt.

Im Streitfall war der Kläger Aktionär der HPC. Seine depotführende Bank behielt auf die Ausgabe der Aktien der HPE Kapitalertragsteuer ein. In seiner Einkommensteuererklärung machte der Kläger geltend, dass die von seiner Bank ausgestellte Steuerbescheinigung unzutreffend sei. Der Vorgang sei ein steuerfreier Aktiensplit. Das beklagte Finanzamt hielt die Besteuerung der Aktienzuteilung als steuerpflichtige Sachausschüttung für zutreffend. Dabei verwies es auf das BMF-Schreiben vom 20.03.2017, BStBl I 2017, 431).

Dem ist das FG entgegengetreten. Nach seiner Auffassung ist die Zuteilung der Aktien der HPE kein steuerpflichtiger Vorgang. Anzuwenden seien die einkommensteuerrechtlichen Sondervorschriften für Kapitalmaßnahmen. Der von der HPI durchgeführte „Spin-off“ sei eine Abspaltung im Sinne dieser Sondervorschriften. Diese Abspaltung löse im Zeitpunkt der Zuteilung der Aktien keine Besteuerung aus.

In seiner Urteilsbegründung hat das Gericht ausführlich zu dem Begriff der „Abspaltung“ Stellung genommen. Dabei hat es der Verwaltungsanordnung der Finanzverwaltung widersprochen, wonach bei einer Abspaltung von einem nicht im EU/EWR-Raum ansässigen Unternehmen die ISIN des abspaltenden Unternehmens erhalten bleiben müsse. Die Vergabe einer neuen ISIN für die lediglich umbenannte Gesellschaft hielt das Gericht für unschädlich.

Es wies darauf hin, dass die Aktienzuteilung zu einem späteren Zeitpunkt steuerlich relevant werden könne. Eine abschließende steuer-

rechtliche Beurteilung des Vorgangs sei bei der Veräußerung der betreffenden Aktien vorzunehmen.

Der Vizepräsident des FG Düsseldorf, Harald Junker, betonte die Breitenwirkung des Urteils: „Die Frage, welche steuerlichen Folgen der Spin-off der Hewlett-Packard Incorporated im Jahr 2015 hat, dürfte auch für Kapitalmaßnahmen anderer Gesellschaften und damit für eine Vielzahl von Aktionären von Bedeutung sein. Es bleibt abzuwarten, ob die Finanzverwaltung wegen der Abweichung von dem BMF-Schreiben die vom Finanzgericht zugelassene Revision einlegen wird.“  
Finanzgericht Düsseldorf, Urteil vom 29.01.2019, 13 K 2119/17 E

## Spin-Off: Sachausschüttung kann mit Dividende vergleichbar sein

Eine Sachausschüttung ist mit einer Dividende im Sinne des § 20 Absatz 1 Nr. 1, Absatz 2 Satz 1 Nr. 1 EStG vergleichbar, wenn sie aus vorhandenen – laufenden oder in früheren Jahren angesammelten – Jahresüberschüssen der Gesellschaft (earnings and profits) gezahlt wird. Dies hat das FG Baden-Württemberg im Zusammenhang mit Kapitaleinkünften aus der Zuteilung neuer Aktien im Rahmen der Aufspaltung eines US-amerikanischen Unternehmens (sog. Spin-Off) entschieden. Die Kläger, zusammenveranlagte Ehegatten, waren Inhaber von 375 Aktien der US-amerikanischen A Inc. (A). Diese gliederte 2012 ihre Sparte für Nordamerika als selbstständiges Unternehmen unter der Bezeichnung B Inc. (B) aus dem bisherigen Unternehmen aus. Gleichzeitig änderte A die Namensbezeichnung für den verbliebenen Unternehmensteil in C Inc. (C). Als Ergebnis dieses so genannten Spin-off erhielt jeder Anteilseigner für jede A-Aktie (im Verhältnis 3:1) zusätzliche neue B-Aktien zugeteilt, ohne dass das Kapital der C herabgesetzt wurde. Den Klägern wurden daher 125 Aktien an der B zugewiesen und 2012 in ihre Depots eingebucht. Die depotführende Bank behandelte die Einbuchung der neuen Aktien als steuerpflichtige Sachausschüttung und behielt Kapitalertragsteuer sowie Solidaritätszuschlag ein. Ausländische Quellensteuer wurde nicht berechnet.

In der Einkommensteuererklärung für das Streitjahr 2012 wiesen die Kläger (zwar) die streitbefangenen Kapitalerträge aus. In einer beigefügten Anlage erklärten sie jedoch, dass die Zuteilung der B-Aktien zu Unrecht als Sachausschüttung behandelt worden sei. Es habe sich





um eine reine Kapitalrückzahlung gehandelt, die nicht zu Einkünften aus Kapitalvermögen führe. Dies werde auch durch den Umstand bestätigt, dass die US-amerikanischen Behörden die Ausgliederung als steuerfrei behandelt hätten. Das beklagte Finanzamt erfasste im Einkommensteuerbescheid wegen der Zuteilung der neuen Aktien einen unbaren Kapitalertrag.

Die hiergegen erhobene Klage wies das FG ab. Die Übertragung der neuen und eigenständigen Anteile an der B auf die Kläger habe zu im Inland steuerbaren Einkünften aus Kapitalvermögen nach § 20 Absatz 1 Nr. 1 Satz 1 EStG geführt. Nach § 20 Absatz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG gehörten Bezüge zwar nicht zu den Einnahmen aus Kapitalvermögen, soweit sie aus Ausschüttungen einer Körperschaft stammen, für die Beträge aus dem steuerlichen Einlagekonto im Sinne des § 27 Körperschaftsgesetz (KStG) als verwendet gelten. § 20 Absatz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG sei aber auch auf eine Einlagenrückgewähr durch eine Körperschaft anzuwenden, die – wie im Streitfall – in einem Drittstaat ansässig sei und kein Einlagekonto gemäß § 27 KStG führe.

Bei der Anwendung des deutschen Steuerrechts auf ausländische Sachverhalte und damit auch bei der Prüfung eines Spin-off sei eine rechtsvergleichende Qualifizierung der ausländischen Einkünfte nach deutschem Recht vorzunehmen. Eine Rückzahlung von nicht in das Nennkapital geleisteten Einlagen könne vorliegen, wenn die Leistungen der Kapitalgesellschaft im Wirtschaftsjahr das Nennkapital und den im Vorjahr festgestellten ausschüttbaren Gewinn überstiegen. Eine Einlagenrückgewähr könne sich auch aus der nach ausländischem Recht aufgestellten Bilanz der ausschüttenden Gesellschaft ergeben. Demgegenüber sei eine Sachausschüttung mit einer Dividende im Sinne des § 20 Absatz 1 Nr. 1, Absatz 2 Satz 1 Nr. 1 EStG vergleichbar, wenn sie aus vorhandenen – laufenden oder in früheren Jahren angesammelten – Jahresüberschüssen der Gesellschaft (earnings and profits) gezahlt werde. Nach diesen Maßstäben sei die streitbefangene Sachausschüttung mit einer Dividende vergleichbar. Denn aus den Bilanzberichten der C ergebe sich, dass die Sachausschüttung aus den „Retained Earnings“ gezahlt worden sei. Der Bilanzposten „Retainend Earnings“ sei im Zusammenhang mit dem Spin-off der B vermindert worden.

Das FG hat die Revision gegen sein Urteil nicht zugelassen. Hiergegen wurde Beschwerde eingelegt, die beim BFH unter dem Az. VIII B 18/19 läuft. FG Baden-Württemberg, Urteil vom 30.11.2018, 13 K 3111/18

### Kapitalertragsteuer-Anmeldung nach Einkommensteuerfestsetzung nicht mehr anfechtbar

Die Anmeldung der Kapitalertragsteuer durch ein Geldinstitut kann vom Gläubiger der Kapitalerträge nicht mehr im Wege einer Drittanfechtungsklage angefochten werden, wenn die Kapitalerträge aufgrund eines Antrags nach § 32d Absatz 4 EStG bereits in die Steuerfestsetzung mit einbezogen wurden und die abgeführte Kapitalertragsteuer auf die Steuerschuld angerechnet wurde. Dies hat der Bundesfinanzhof (BFH) in einem Fall entschieden, in dem der Steuerpflichtige mit einer Drittanfechtungsklage der Kapitalertragsteuer-Anmeldung des Geldinstituts die Erstattung der Abgeltungsteuer erreichen wollte.

Im Streitfall behielt das Geldinstitut aufgrund einer „Entflechtung (Spin-off)“ von Aktien einer amerikanischen Kapitalgesellschaft Kapitalertragsteuer ein. Der Kläger war der Auffassung, dass die Entflechtung der Wertpapiere nicht steuerpflichtig sei und erhob nach dem Erlass des Einkommensteuerbescheids, in den die Kapitalerträge aufgrund eines Antrags nach § 32d Absatz 4 EStG einbezogen worden waren, eine Drittanfechtungsklage gegen die Kapitalertragsteuer-Anmeldung des Geldinstituts. Das Finanzgericht (FG) hat die Klage mangels Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig verworfen.

Der BFH hat die FG-Entscheidung bestätigt und die Revision des Klägers zurückgewiesen. Zwar sei der Kläger als Gläubiger der Kapitalerträge grundsätzlich befugt gewesen, die Kapitalertragsteuer-Anmeldung des Geldinstituts anzufechten. Jedoch habe sich diese durch den Erlass des Einkommensteuerbescheids erledigt, da dieser aufgrund des Antrags nach § 32d Absatz 4 EStG den Regelungsgehalt der Kapitalertragsteuer-Anmeldung aufgenommen habe. Die Klage sei danach mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig gewesen.

Grundsätzlich hält der BFH die Beschränkung der Drittanfechtungsklage gegen eine Kapitalertragsteuer-Anmeldung auch verfassungs- und europarechtlich für zulässig. Nicht entschieden hat er über die Frage, wie eine Drittanfechtungsklage ohne einen Antrag nach § 32d Absatz 4 EStG zu beurteilen wäre und ob aufgrund der ab dem Veranlagungszeitraum 2016 geltenden Bindung des Geldinstituts an die Verwaltungsauffassung nach § 44 Absatz 1 Satz 3 EStG der Prüfungsumfang bei einer Drittanfechtungsklage weiter eingeschränkt wird.

Bundesfinanzhof, Urteil vom 20.11.2018, VIII R 45/15

# Immobilien- besitzer

## Langjährig selbst genutzte Immobilie nach kurzzeitiger Vermietung veräußert: Gewinn nicht steuerpflichtig

Der Gewinn aus der Veräußerung einer nach langjähriger Eigennutzung kurzzeitig vermieteten Eigentumswohnung ist nicht innerhalb von zehn Jahren seit deren Erwerb steuerpflichtig. Dies hat das Finanzgericht (FG) Baden-Württemberg entschieden.

Der Kläger hatte 2006 eine Eigentumswohnung erworben und diese bis April 2014 durchgehend zu eigenen Wohnzwecken genutzt. Von Mai 2014 bis Dezember 2014 vermietete er sie an Dritte. Mit notariellem Kaufvertrag vom 17.12.2014 veräußerte er die Eigentumswohnung. Das beklagte Finanzamt ermittelte einen steuerpflichtigen Veräußerungsgewinn in Höhe von 44.338 Euro. Hiergegen wandte sich der Kläger. Seiner Ansicht nach war die Veräußerung nicht steuerbar, da er die Wohnung im Jahr der Veräußerung und in den beiden vorausgegangenen Jahren zu eigenen Wohnzwecken genutzt habe. § 23 Einkommensteuergesetz (EStG) erfordere keine „ausschließliche“ Nutzung zu eigenen Wohnzwecken.

Das FG hat dies bestätigt. § 23 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 2. Alternative EStG erfordere nach seinem klaren Wortlaut – anders als die 1. Alternative – keine Ausschließlichkeit der Eigennutzung. Es genüge „eine Nutzung zu eigenen Wohnzwecken im Jahr der Veräußerung und in den beiden vorangegangenen Jahren.“ Diese müsse – mit Ausnahme des mittleren Kalenderjahres – nicht während des gesamten Kalenderjahres vorgelegen haben. Es genüge unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) ein zusammenhängender Zeitraum der Eigennutzung, der sich über drei Kalenderjahre erstrecke. Für diese Auslegung spreche auch die Gesetzesbegründung, so das FG. Der Gesetzgeber habe eine „ungerechtfertigte Besteuerung von Veräußerungsvorgängen bei Aufgabe des Wohnsitzes (zum Beispiel wegen Arbeitsplatzwechsels) vermeiden“ wollen. Diesem Zweck widerspreche es, den Veräußerungsgewinn bei einer kurzzeitigen Zwischenvermietung bis zur Veräußerung zu besteuern. Sei im Übrigen die (längerfristige) Vermietung vor Beginn des Dreijahreszeitraums unschädlich, sei nicht nachvollziehbar, warum eine kurzzeitige Vermietung bis zur Veräußerung am Ende einer langjährigen Eigennutzung zur Steuerpflicht führen sollte. Eine kurzzeitige Vermietung am Ende des Drei-

jahreszeitraums müsse „erst recht“ dazu führen, dass die Veräußerung nicht steuerbar sei. Entgegen der Ansicht des beklagten Finanzamts sei nicht zwischen einem steuerunschädlichen Leerstand und einer steuerschädlichen Vermietung zu differenzieren.

Das Finanzamt legte gegen das Urteil des FG Nichtzulassungsbeschwerde beim Bundesfinanzhof ein (IX B 28/19). Daher ist das Urteil des FG noch nicht rechtskräftig.

Finanzgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 07.12.2018, 13 K 289/17, nicht rechtskräftig

## Wird die Straßenbeleuchtung zu LED, zahlt der Anlieger mit

Liegt das Grundstück eines Anliegers an einer Straße, an der die Kommune Lampenköpfe der Straßenbeleuchtung von Quecksilberdampflampen auf LED-Beleuchtung umstellt, so darf die Kommune den Bürger daran beteiligen.

Es liege eine „beitragspflichtige Erneuerung der Teileinrichtung Straßenbeleuchtung einer Anliegerstraße“ vor, so das Verwaltungsgericht Koblenz. Das gelte insbesondere dann, wenn die alten Leuchtmittel nach europäischem Recht verboten und nicht mehr hergestellt und verkauft werden, so dass ein Austausch allein der Leuchtmittel nicht mehr möglich ist.

Hier waren die Leuchten auch bereits mehr als 40 Jahre alt und die übliche Nutzungsdauer somit ohnehin abgelaufen.

VwG Koblenz, 4 K 386/18 vom 14.01.2019

## Verbot der kurzzeitigen Vermietung von Eigentumswohnungen nur mit Zustimmung aller Wohnungseigentümer möglich

Die Wohnungseigentümergeinschaft kann die kurzzeitige Vermietung von Eigentumswohnungen (zum Beispiel an Feriengäste) nicht durch Mehrheitsbeschluss verbieten. Vielmehr sei hierfür die Zustimmung aller Wohnungseigentümer erforderlich, stellt der BGH klar.

Die Parteien bilden eine Wohnungseigentümergeinschaft mit acht Wohnungen. Die Klägerin ist Eigentümerin einer der Wohnungen, die Beklagten sind die übrigen Wohnungseigentümer. Die Teilungserklärung



enthält eine Regelung, wonach den Wohnungseigentümern auch die kurzzeitige Vermietung ihrer Wohnungen (zum Beispiel an Feriengäste) gestattet ist. Eine so genannte Öffnungsklausel sieht vor, dass die Teilungserklärung mit einer Mehrheit von 75 Prozent aller Miteigentumsanteile geändert werden kann. Mit einer solchen Mehrheit beschließen die Wohnungseigentümer in einer Eigentümerversammlung, die Teilungserklärung dahingehend zu ändern, dass die Überlassung einer Wohnung an täglich oder wöchentlich wechselnde Feriengäste, vor Ort befristete Tätige oder andere Mieter mit Unterkunftsbedürfnissen von kurzer Dauer sowie eine Nutzung als Werkwohnung nicht mehr zulässig ist.

Der BGH hat entschieden, dass der Beschluss rechtswidrig ist, weil die Zustimmung der Klägerin fehlte. Nach der bislang geltenden Gemeinschaftsordnung sei die kurzzeitige Vermietung zulässig gewesen. Dienten Einheiten – wie hier – zu Wohnzwecken, sei dies nämlich als Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter anzusehen. Die zulässige Wohnnutzung umfasse, wie der BGH schon 2010 entschieden habe, auch die Vermietung an täglich oder wöchentlich wechselnde Feriengäste; diese Vermietungsformen seien hier bislang sogar ausdrücklich erlaubt gewesen.

Im Ausgangspunkt erlaube es die allgemeine Öffnungsklausel den Wohnungseigentümern zwar, solche Vereinbarungen mit qualifizierter Mehrheit zu ändern. Zum Schutz der Minderheit seien dabei aber bestimmte fundamentale inhaltliche Schranken zu beachten, so der BGH. Das gelte unter anderem für Beschlussgegenstände, die zwar verzichtbare, aber „mehrheitsfeste“ Rechte der Sondereigentümer betreffen. Zu diesen „mehrheitsfesten“ Rechten eines Sondereigentümers gehöre die Zweckbestimmung seines Wohnungs- oder Teileigentums. Diese gebe vor, wie die Einheit zulässigerweise genutzt werden darf; deshalb habe sie aus Sicht des Sondereigentümers entscheidenden Einfluss auf den Wert seiner Einheit. Wird sie geändert oder eingeschränkt, betreffe dies die Nutzung des Sondereigentums in substantieller Weise. Derartige Eingriffe bedürften jedenfalls der Zustimmung des Eigentümers der Einheit, deren Zweckbestimmung geändert werden soll.

Auch Vermietungsverbote griffen in die Zweckbestimmung des Wohnungseigentums ein. Ein generelles (also sowohl auf kurz- als auch auf langfristige Vermietungen bezogenes) Vermietungsverbot könnte laut BGH nur dann rechtmäßig sein, wenn nicht nur die aktuell vermietenden, sondern alle Wohnungseigentümer zustimmen. Denn

auch die Zweckbestimmung solcher Einheiten, die im Zeitpunkt der Beschlussfassung von den Eigentümern selbst genutzt werden, würde eingeschränkt, wenn eine Vermietung fortan unterbleiben müsste.

Hier hätten die Wohnungseigentümer zwar kein generelles, sondern ein spezielles Vermietungsverbot beschlossen, mit dem nur bestimmte, nämlich kurzzeitige Vermietungen untersagt werden. Aber auch ein solches Verbot könne nur mit Zustimmung aller Wohnungseigentümer beschlossen werden. Denn es verenge die zuvor weite Zweckbestimmung der Einheiten und schränke das in § 13 Absatz 1 Wohnungseigentumsgesetz (WEG) gewährleistete Recht jedes einzelnen Wohnungseigentümers, mit seinem Sondereigentum nach Belieben zu verfahren, dauerhaft in erheblicher Weise ein. Über die Nutzung des Sondereigentums dürfe aber – soweit nichts anderes vereinbart ist – der Sondereigentümer frei entscheiden, und er dürfe sich darauf verlassen, dass seine auf das Sondereigentum bezogenen Nutzungsbefugnisse nicht ohne sein Zutun eingeschränkt werden. Infolgedessen dürften auch Vermietungen von besonders kurzer Dauer oder bestimmter Art – wie etwa die Vermietung als Ferien- oder Werkwohnung – nur mit Zustimmung aller Wohnungseigentümer verboten werden; andernfalls entstünden im Übrigen erhebliche Abgrenzungs- und Wertungsprobleme.

Die Eigentumsrechte der übrigen Wohnungseigentümer würden hierdurch nicht außer Acht gelassen, betont der BGH. Allerdings erforderten Regelungen, die – wie das Verbot der kurzzeitigen Vermietung in einer reinen Wohnungseigentumsanlage – die Zweckbestimmung aller Einheiten betreffen, eine allstimmige Beschlussfassung; diese zu erreichen, könne sich gerade in größeren Anlagen als schwierig erweisen. Den übrigen Wohnungseigentümern stünden aber gegebenenfalls andere Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung. Was die Kurzzeitvermietung angeht, müssten damit einhergehende Störungen wie Überbelegung, fortwährende Verstöße gegen die Hausordnung oder Lärmbelästigungen durch Feriengäste nicht hingenommen werden; sie könnten einen Unterlassungsanspruch gemäß § 15 Absatz 3 WEG begründen. Solche Störungen machten die Beklagten allerdings nicht geltend. Der von ihnen vornehmlich angeführte Umstand, dass die kurzzeitigen Mieter den anderen Bewohnern unbekannt sind, stelle für sich genommen keine Störung dar.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 12.04.2019, V ZR 112/18

# Angestellte

## Aufhebungsverträge nicht widerrufbar - Gebot fairen Verhandeln kann aber Unwirksamkeit begründen

Eine Arbeitnehmerin kann einen Vertrag, durch den das Arbeitsverhältnis beendet wird (Aufhebungsvertrag), auch dann nicht widerrufen, wenn er in ihrer Privatwohnung abgeschlossen wurde. Ein Aufhebungsvertrag kann jedoch unwirksam sein, falls er unter Missachtung des Gebots fairen Verhandeln zustande gekommen ist. Dies stellt das Bundesarbeitsgericht (BAG) klar.

Die Klägerin war bei der Beklagten als Reinigungskraft beschäftigt. Sie schloss in ihrer Wohnung mit dem Lebensgefährten der Beklagten einen Aufhebungsvertrag, der die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Zahlung einer Abfindung vorsieht. Anlass und Ablauf der Vertragsverhandlungen sind umstritten. Nach Darstellung der Klägerin war sie am Tag des Vertragsschlusses erkrankt. Sie hat den Aufhebungsvertrag wegen Irrtums, arglistiger Täuschung und widerrechtlicher Drohung angefochten und hilfsweise widerrufen. Sie wendet sie sich unter anderem gegen die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses durch den Aufhebungsvertrag.

Das Landesarbeitsgericht (LAG) hat die Klage abgewiesen. Das BAG hat dieses Urteil auf die Revision der Klägerin aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das LAG zurückverwiesen.

Dieses habe rechtsfehlerfrei erkannt, dass dem Vortrag der Klägerin kein Anfechtungsgrund entnommen werden kann und der Widerruf eines arbeitsrechtlichen Aufhebungsvertrags auf gesetzlicher Grundlage nicht möglich ist. Der Gesetzgeber habe zwar in §§ 312 Absatz 1, 312g Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) Verbrauchern bei Verträgen, die außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen worden sind, ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB eingeräumt. Auch Arbeitnehmer seien Verbraucher. Im Gesetzgebungsverfahren sei jedoch der Wille des Gesetzgebers deutlich geworden, arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge nicht in den Anwendungsbereich der §§ 312ff. BGB einzubeziehen.

Das LAG habe jedoch nicht geprüft, ob das Gebot fairen Verhandeln vor Abschluss des Aufhebungsvertrags beachtet wurde, moniert das BAG. Dieses Gebot sei eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht. Sie werde verletzt, wenn eine Seite eine psychische Drucksituation schafft, die eine freie und überlegte Entscheidung des Vertragspartners über den

Abschluss eines Aufhebungsvertrags erheblich erschwert. Dies könnte hier insbesondere dann der Fall sein, wenn eine krankheitsbedingte Schwäche der Klägerin bewusst ausgenutzt worden wäre. Die Beklagte hätte dann Schadenersatz zu leisten. Sie müsste den Zustand herstellen, der ohne die Pflichtverletzung bestünde (so genannte Naturalrestitution, § 249 Absatz 1 BGB). Die Klägerin wäre dann so zu stellen, als hätte sie den Aufhebungsvertrag nicht geschlossen. Dies führte zum Fortbestand des Arbeitsverhältnisses. Das LAG müsse die Wirksamkeit des Aufhebungsvertrags daher erneut beurteilen.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 07.02.2019, 6 AZR 75/18

## Elternzeit kann zu Kürzung von Urlaubsansprüchen führen

Der gesetzliche Urlaubsanspruch nach §§ 1, 3 Absatz 1 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) besteht auch für den Zeitraum der Elternzeit. Er kann jedoch vom Arbeitgeber nach § 17 Absatz 1 Satz 1 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) gekürzt werden. Dies hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) entschieden und betont, dass § 17 Absatz 1 Satz 1 BEEG im Einklang mit dem Unionsrecht stehe.

Die bei der Beklagten seit dem 01.06.2001 beschäftigte Klägerin befand sich vom 01.01.2013 bis zum 15.12.2015 durchgehend in Elternzeit. Mit Schreiben vom 23.03.2016 kündigte die Klägerin das Arbeitsverhältnis zum 30.06.2016 und beantragte unter Einbeziehung der während der Elternzeit entstandenen Urlaubsansprüche, ihr für den Zeitraum der Kündigungsfrist Urlaub zu gewähren. Mit Schreiben vom 04.04.2016 erteilte die Beklagte der Klägerin vom 04.04. bis zum 02.05.2016 Urlaub. Die Gewährung des auf die Elternzeit entfallenden Urlaubs lehnte sie ab. Die Klägerin hat mit ihrer Klage zuletzt noch die Abgeltung von 89,5 Arbeitstagen Urlaub aus dem Zeitraum ihrer Elternzeit geltend gemacht.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Revision der Klägerin hatte keinen Erfolg. Die Beklagte habe die Urlaubsansprüche der Klägerin aus den Jahren 2013 bis 2015 mit Schreiben vom 04.04.2016 wirksam gemäß § 17 Absatz 1 Satz 1 BEEG für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um ein Zwölftel gekürzt, so das BAG.

Möchte der Arbeitgeber von seiner ihm durch § 17 Absatz 1 Satz 1 BEEG eingeräumten Befugnis Gebrauch machen, den Erholungsurlaub für je-



den vollen Kalendermonat der Elternzeit um ein Zwölftel zu kürzen, müsse er eine darauf gerichtete empfangsbedürftige rechtsgeschäftliche Erklärung abgeben. Dazu sei es ausreichend, dass für den Arbeitnehmer erkennbar ist, dass der Arbeitgeber von der Kürzungsmöglichkeit Gebrauch machen will. Das Kürzungsrecht des Arbeitgebers erfasse auch den vertraglichen Mehrurlaub, wenn die Arbeitsvertragsparteien für diesen keine von § 17 Absatz 1 Satz 1 BEEG abweichende Regelung vereinbart haben.

Die Kürzung des gesetzlichen Mindesturlaubsanspruchs verstößt nach Ansicht des BAG auch weder gegen Artikel 7 Absatz 1 der Arbeitszeitrichtlinie noch gegen § 5 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub im Anhang der Richtlinie 2010/18/EU. Das Unionsrecht verlange nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht, Arbeitnehmer, die wegen Elternzeit im Bezugszeitraum nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet waren, Arbeitnehmern gleichzustellen, die in diesem Zeitraum tatsächlich gearbeitet haben (Urteil vom 04.10.2018, C-12/17, Rn. 29 ff. – Dicu).

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 19.03.2019, 9 AZR 362/18

### Unbezahlter Sonderurlaub lässt gesetzlichen Urlaubsanspruch entfallen

Für die Berechnung des gesetzlichen Mindesturlaubs bleiben Zeiten eines unbezahlten Sonderurlaubs unberücksichtigt. Dies stellt das Bundesarbeitsgericht (BAG) klar.

Die Klägerin ist bei der Beklagten seit dem 01.06.1991 beschäftigt. Die Beklagte gewährte ihr wunschgemäß in der Zeit vom 01.09.2013 bis zum 31.08.2014 unbezahlten Sonderurlaub, der einvernehmlich bis zum 31.08.2015 verlängert wurde. Nach Beendigung des Sonderurlaubs verlangte die Klägerin von der Beklagten, ihr den gesetzlichen Mindesturlaub von 20 Arbeitstagen für das Jahr 2014 zu gewähren.

Das Arbeitsgericht (ArbG) hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des ArbG abgeändert und die Beklagte zur Gewährung von 20 Arbeitstagen Urlaub verurteilt.

Die Revision der Beklagten hatte Erfolg. Die Klägerin habe für das Jahr 2014 keinen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub, so das BAG. Nach § 3 Absatz 1 Bundesurlaubsgesetz belaufe sich der Anspruch auf be-

zahlten Jahresurlaub bei einer gleichmäßigen Verteilung der Arbeit auf sechs Tage in der Woche auf 24 Werktage. Dies entspreche einem gesetzlichen Jahresurlaubsanspruch von 20 Tagen bei einer Fünftagewoche. Ist die Arbeitszeit eines Arbeitnehmers auf weniger oder mehr als sechs Arbeitstage in der Kalenderwoche verteilt, müsse die Anzahl der Urlaubstage unter Berücksichtigung des für das Urlaubsjahr maßgeblichen Arbeitsrhythmus berechnet werden, um für alle Arbeitnehmer eine gleichwertige Urlaubsdauer zu gewährleisten.

Das BAG hat diese Umrechnung in Fällen des Sonderurlaubs bisher nicht vorgenommen (Urteil vom 06.05.2014, 9 AZR 678/12 - Rn. 11 ff.). An dieser Rechtsprechung hält es nicht mehr fest. Befindet sich ein Arbeitnehmer im Urlaubsjahr ganz oder teilweise im unbezahlten Sonderurlaub, sei bei der Berechnung der Urlaubsdauer zu berücksichtigen, dass die Arbeitsvertragsparteien ihre Hauptleistungspflichten durch die Vereinbarung von Sonderurlaub vorübergehend ausgesetzt haben. Dies führe dazu, dass einem Arbeitnehmer für ein Kalenderjahr, in dem er sich durchgehend im unbezahlten Sonderurlaub befindet, mangels einer Arbeitspflicht kein Anspruch auf Erholungsurlaub zusteht.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 19.03.2019, 9 AZR 315/17



# Familie und Kinder

## Kindergeldzahlungen ins Ausland: Für jedes Kind wird Nachweis verlangt

Für jedes Kind, das seinen Wohnsitz im EU-Ausland hat und für das in Deutschland Kindergeld beantragt wird, muss ein Nachweis über die Existenz des Kindes vorgelegt werden. Dies stellt die Bundesregierung in ihrer Antwort (BT-Drs. 19/7811) auf eine Kleine Anfrage der AfD-Fraktion (BT-Drs. 19/7475) fest, die sich nach Kindergeldzahlungen ins Ausland erkundigt hatte. In der Vorbemerkung zur Kleinen Anfrage hatten die Abgeordneten darauf hingewiesen, dass allein im Dezember 2018 Kindergeld für rund 252.000 Kinder im Ausland in einer Höhe von 48,9 Millionen Euro gezahlt worden sei.

Nach Angaben der Bundesregierung haben die Familienkassen alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um die Anspruchsvoraussetzungen aufzuklären. Welche Nachweise im Einzelfall angefordert werden, liege im pflichtgemäßen Ermessen der zuständigen Familienkasse, schreibt die Regierung weiter. Bei Zweifeln an der Gültigkeit eines Dokuments könne sich die Familienkasse an den ausstellenden ausländischen Träger mit der Bitte um Überprüfung der Angaben oder des Dokuments wenden.

Deutscher Bundestag, PM vom 21.02.2019

## Private Krankenversicherung: Keine Kindernachversicherung für Kind des gleichgeschlechtlichen Lebensgefährten

In der privaten Krankenversicherung besteht nach dem Gesetz und den einschlägigen Versicherungsbedingungen grundsätzlich die Möglichkeit, ein neugeborenes Kind in den für einen Elternteil bestehenden Vertrag einzubeziehen, wenn die Versicherung zum Zeitpunkt der Geburt mindestens drei Monate besteht und der Aufnahmeantrag innerhalb von zwei Monaten nach der Geburt gestellt wird (so genannte Kindernachversicherung). Dies gilt allerdings nicht für das Kind eines genetischen Vaters, der mit dem Versicherungsnehmer in gleichgeschlechtlicher Beziehung lebt, mit ihm aber weder verheiratet noch verpartnert ist, wie das OLG Celle entschieden hat.

Der klagende Versicherungsnehmer unterhielt bei der beklagten Versicherungsgesellschaft eine private Krankenversicherung und lebte in

gleichgeschlechtlicher Beziehung mit einem Mann, der biologischer Vater eines durch Samenspende mit Hilfe einer Leihmutter in den USA zur Welt gebrachten Kindes ist. Tags nach der Geburt erklärte der Superior Court of California den Versicherungsnehmer und dessen Lebensgefährten jeweils zu Eltern. Auch in der Geburtsurkunde des zuständigen Standesamtes sind der Versicherungsnehmer und dessen Lebensgefährtin jeweils als Eltern des Kindes ausgewiesen.

Zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer entstand Streit darüber, ob das Kind in den Versicherungsvertrag einbezogen ist. Der Versicherungsnehmer beantragte vor dem erstinstanzlich zuständigen Landgericht (LG) Hildesheim (3 O 214/17) deshalb die Feststellung, dass das Kind im Rahmen der Nachversicherung in seinen Versicherungsvertrag einbezogen sei.

Das LG hat der darauf gerichteten Klage stattgegeben. Auf die Berufung des Versicherers hat das OLG die Entscheidung des LG insoweit geändert. Der Kläger als Lebensgefährte des biologischen Vaters des Kindes sei auch unter Berücksichtigung der Entscheidung des Superior Court of California und des Inhalts der Geburtsurkunde nicht Elternteil im versicherungsrechtlichen Sinne, weshalb das Kind nicht in den Versicherungsvertrag einbezogen worden sei. Die Anerkennung der Vaterschaft durch den Versicherungsnehmer und dessen Eintragung im Geburtenregister als Mit-Elternteil habe lediglich eine beurkundende Funktion, aber keine rechtsgestaltende Wirkung für das Familienverhältnis zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Kind.

Die Auslegung des Begriffs „Elternteil“ habe nach den Vorschriften des deutschen Rechts zu erfolgen. Das deutsche Abstimmungsrecht kenne aber – jedenfalls nach bestehender Gesetzeslage – keine gleichgeschlechtliche Elternschaft. Das Gesetz gehe vielmehr davon aus, dass ein Kind regelmäßig eine Mutter als weiblichen Elternteil und eine männliche Person als zweiten Elternteil habe. Gleichgeschlechtliche Wunscheltern könnten dem Kind zwar eine mit der Elternschaft durch verschiedengeschlechtliche Wunscheltern sozial gleichwertige Elternschaft vermitteln. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei dafür aber erforderlich, dass die Elternschaft auf Dauer angelegt und rechtlich etabliert ist (Beschluss vom 10.12.2014, XII ZB 463/13). Daran fehle es hier, weil der Versicherungsnehmer und der biologische Vater des Neugeborenen weder verheiratet noch verpartnert gewesen seien.



Da der Entscheidung des Superior Court keine Prüfung der Stabilität und Dauerhaftigkeit der Lebensgemeinschaft zwischen dem Kläger und seinem Lebensgefährten vorausgegangen war, sei die Entscheidung nicht anerkennungsfähig, so das OLG Celle. Folge sei, dass die hierdurch erfolgte Zuweisung der Elternstellung des Klägers zu dem Kind in Deutschland für die versicherungsrechtliche Fragestellung nicht verbindlich sei. Das OLG betont, dass dieses Ergebnis nicht Ausfluss einer „unzeitgemäßen Diskriminierung“ sei, sondern Folge der derzeitigen Gesetzeslage.

Oberlandesgericht Celle, Urteil vom 28.02.2019, U 178/18

### Kein Kindergeld bei berufsbegleitender Weiterbildung

Bei volljährigen Kindern, die bereits einen ersten Abschluss in einem öffentlich-rechtlich geordneten Ausbildungsgang erlangt haben, setzt der Kindergeldanspruch voraus, dass der weitere Ausbildungsgang noch Teil einer einheitlichen Erstausbildung ist und die Ausbildung die hauptsächliche Tätigkeit des Kindes bildet. Wie der Bundesfinanzhof (BFH) entschieden hat, wird dagegen kein Kindergeldanspruch begründet, wenn von einer berufsbegleitenden Weiterbildung auszugehen ist, da bereits die Berufstätigkeit im Vordergrund steht und der weitere Ausbildungsgang nur neben dieser durchgeführt wird.

Die Klägerin ist die Mutter einer im Juni 1993 geborenen Tochter. Die Tochter nahm nach dem Abitur an einer Dualen Hochschule ein Bachelorstudium im Fach Betriebswirtschaftslehre auf. Hierzu gehörte auch eine praktische Ausbildung in einem Betrieb, die in einem für den Zeitraum Oktober 2012 bis September 2015 abgeschlossenen Ausbildungsvertrag geregelt wurde. Im September 2015 beendete die Tochter das Studium erfolgreich mit dem Abschluss Bachelor of Arts. Aufgrund eines im August 2015 geschlossenen Arbeitsvertrags vereinbarte sie mit ihrem bisherigen Ausbildungsbetrieb ein ab Oktober 2015 beginnendes Vollzeitverhältnis. Im September 2015 begann sie ein fünfsemestriges Masterstudium im Studiengang Wirtschaftspsychologie. Die Vorlesungen fanden abends und teilweise auch am Samstag statt.

Die Familienkasse lehnte eine weitere Kindergeldfestsetzung ab Oktober 2015 ab. Zur Begründung verwies sie darauf, dass die Tochter

mit dem Bachelorabschluss bereits ihre Erstausbildung abgeschlossen habe und während des Masterstudiums einer zu umfangreichen und damit den Kindergeldanspruch ausschließenden Erwerbstätigkeit nachgegangen sei. Das Finanzgericht (FG) gab der dagegen gerichteten Klage statt, weil es davon ausging, dass das Masterstudium noch Teil einer einheitlichen Erstausbildung sei und es deshalb nicht auf den Umfang der daneben ausgeübten Erwerbstätigkeit ankomme.

Dagegen hielt der BFH die Revision der Familienkasse für begründet. Für in Ausbildung befindliche volljährige Kinder, die das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, bestehe nach Abschluss einer erstmaligen Berufsausbildung oder eines Erststudiums nur dann ein Kindergeldanspruch, wenn sie keiner Erwerbstätigkeit nachgehen, die regelmäßig mehr als 20 Wochenstunden umfasst. Zwar könnten auch mehrere Ausbildungsabschnitte zu einer einheitlichen Erstausbildung zusammen zu fassen sein, wenn sie in einem engen sachlichen Zusammenhang (zum Beispiel dieselbe Berufssparte) zueinanderstehen und in engem zeitlichen Zusammenhang durchgeführt werden. Eine solche einheitliche Erstausbildung müsse jedoch von einer berufsbegleitend durchgeführten Weiterbildung abgegrenzt werden.

Für diese Abgrenzung komme es darauf an, ob nach Erlangung des ersten Abschlusses weiterhin die Ausbildung die hauptsächliche Tätigkeit des Kindes darstellt oder ob bereits die aufgenommene Berufstätigkeit im Vordergrund steht. Als Anzeichen für eine bloß berufsbegleitend durchgeführte Weiterbildung könne sprechen, dass das Arbeitsverhältnis zeitlich unbefristet oder auf mehr als 26 Wochen befristet abgeschlossen wird und auf eine vollzeitige oder nahezu vollzeitige Beschäftigung gerichtet ist. Ebenso deute der Umstand, dass das Arbeitsverhältnis den erlangten ersten Abschluss erfordert, auf eine Weiterbildung im bereits aufgenommenen Beruf hin. Zudem spiele auch eine Rolle, ob sich die Durchführung des Ausbildungsgangs an den Erfordernissen der Berufstätigkeit orientiert (zum Beispiel Abend- oder Wochenendunterricht).

Da insoweit noch weitere Feststellungen erforderlich waren, wies der BFH die Sache zur erneuten Prüfung an das FG zurück.

Bundesfinanzhof, Urteil vom 11.12.2018, III R 26/18



# Arbeit, Ausbildung & Soziales

## **Bewerbung um Stellen mit identischem Anforderungsprofil: Schwerbehinderter mehrmals zu Bewerbungsgespräch einzuladen**

Führt ein öffentlicher Arbeitgeber nach einer Stellenausschreibung Auswahlgespräche durch, sind schwerbehinderte Bewerber nach § 165 Satz 3 Sozialgesetzbuch IX (SGB IX) auch dann zu einem Bewerbungsgespräch einzuladen, wenn die Stelle nur intern ausgeschrieben wurde. Bewirbt sich der Bewerber um mehrere Stellen mit identischem Anforderungsprofil, ist grundsätzlich für jede Bewerbung ein Vorstellungsgespräch zu führen. Die Einladung zu nur einem Gespräch reicht nur aus, wenn das Auswahlverfahren identisch ist, die Auswahlkommissionen sich aus denselben Personen zusammensetzen und zwischen den jeweiligen Auswahlentscheidungen nur wenige Wochen liegen. Dies hat das Landesarbeitsgericht (LAG) Berlin-Brandenburg entschieden. Der schwerbehinderte Kläger hatte sich bei der beklagten Bundesagentur um zwei intern ausgeschriebene Stellen mit identischem Anforderungsprofil in Berlin und Cottbus beworben. Die Beklagte lud den Kläger wegen der in Berlin zu besetzenden Stelle zu einem Auswahlgespräch ein. Wegen der Stelle in Cottbus wurde er nicht zu einem derartigen Gespräch eingeladen. Nachdem der Kläger keine der beiden Stellen bekommen hatte, hat er einen Entschädigungsanspruch nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz geltend gemacht.

Das LAG hat die Beklagte zur Zahlung einer Entschädigung verurteilt. Der Kläger sei wegen seiner Behinderung benachteiligt worden, weil er auf seine Bewerbung auf die in Cottbus zu besetzende Stelle nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden sei. Entschließe sich der öffentliche Arbeitgeber zur Durchführung von Auswahlgesprächen, müsse er einen schwerbehinderten Bewerber zu einem derartigen Gespräch einladen, auch wenn die Stelle nur intern ausgeschrieben worden sei; dies erfordere der Sinn und Zweck des § 165 Satz 3 SGB IX, mit dem für schwerbehinderte Menschen gleiche Bewerbungschancen hergestellt werden sollen. Bei Mehrfachbewerbungen um Stellen mit identischem Anforderungsprofil genüge die Einladung zu nur einem Gespräch nur unter den oben genannten Voraussetzungen; ansonsten müsste aufgrund jeder Bewerbung ein gesondertes Auswahlgespräch geführt werden.

Das LAG hat die Revision an das Bundesarbeitsgericht wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache zugelassen.

Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 01.11.2018, 21 Sa 1643/17

## **Zu hohe Einnahmen: Krankenkasse durfte Familienversicherung aufheben**

Weil sie Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung verschwiegen hat, muss eine 78-jährige Frau die rückwirkende Aufhebung ihrer Familienversicherung durch ihre gesetzliche Krankenkasse hinnehmen. Dies hat das Sozialgericht (SG) Düsseldorf entschieden.

Die Klägerin war über ihren Ehemann familienversichert. Sie war bei ihrem Ehemann geringfügig in Höhe von 325 Euro monatlich beschäftigt. Nach Prüfung der Steuerbescheide ging die beklagte Krankenkasse davon aus, dass die Klägerin wesentlich höheres Einkommen gehabt habe. Sie habe Einkommen aus Vermietung und Verpachtung erwirtschaftet, das sie verschwiegen habe. Die Einkommensgrenze habe im Streitjahr 2011 bei 365 Euro monatlich gelegen. Bei Überschreiten der Einkommensgrenze sei eine Familienversicherung nicht mehr möglich. Die beitragsfreie Familienversicherung der Klägerin wurde daher von der Beklagten rückwirkend in eine beitragspflichtige Mitgliedschaft umgewandelt.

Dagegen wandte sich die Klägerin. Formal sei sie Miteigentümerin von drei Immobilien. Die Mietzahlungen für diese Immobilien stünden jedoch allein ihrem Ehemann zu. Die Zusammenveranlagung im Steuerrecht sei für die Sozialversicherungen unverbindlich.

Das SG Düsseldorf lehnte die Klage ab. Der Klägerin seien als Miteigentümerin die Hälfte der Mieteinnahmen zuzurechnen. Die einkommenssteuerrechtliche Zuordnung sei dabei maßgeblich. Die Klägerin könne sich nicht durch unterschiedliche Angaben beim Finanzamt und bei der Krankenkasse die jeweiligen Vorteile „herauspicken“. Aufgrund der Zuordnung der Einnahmen überschreite die Klägerin die Einkommensgrenze erheblich. Da die Klägerin ihre Einnahmen verschwiegen habe, sei ihr Vertrauen in den Bestand der Familienversicherung auch nicht schützenswert gewesen.

Sozialgericht Düsseldorf, Urteil vom 25.01.2018, S 8 KR 412/16, nicht rechtskräftig



### Schule für Schüler-Computer zuständig

Wenn ein Schüler für die Erledigung seiner Hausaufgaben einen Computer benötigt, so ist in erster Linie die Schule dafür zuständig, dass ihm ein solcher zur Verfügung steht. Hierauf hat das Sozialgericht (SG) Berlin in einem Verfahren hingewiesen, in dem ein Schüler das Jobcenter auf Bezahlung eines Computers für seine Schularbeiten verklagt hatte.

Der Prozess endete ohne Gerichtsurteil, nachdem der als Zeuge geladene Schuldirektor im Gerichtssaal zugesichert hatte, dem Schüler einen Computer im Rahmen der schulischen Hausaufgabenbetreuung zur Verfügung zu stellen. Der Schüler erklärte daraufhin seine Klage für erledigt.

Der zwölfjährige Kläger, der die sechste Klasse eines Berliner Gymnasiums besucht, hatte beim zuständigen Jobcenter die Kostenübernahme für einen internetfähigen Computer nebst Tastatur und Monitor beantragt. Er trug vor, den PC für seine Hausaufgaben zu benötigen. Bisher habe er immer in ein Internet-Café gehen müssen. Er habe in der Zeitung gelesen, dass Jobcenter 350 Euro für einen Schüler-Computer zahlten. Die Schule bescheinigte ihm schriftlich, dass ein Computer für zu Hause dringend erforderlich sei. Das Jobcenter lehnte den Antrag auf Kostenübernahme für den Computer ab. Es sei nicht zuständig. Denn es sei Pflicht der Schule, Lehrmittel zur Verfügung zu stellen.

In der mündlichen Verhandlung stellten Vertreter der beigeladenen Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Familie klar, dass das Gymnasium bereits mit 78 Computern einschließlich Notebooks und mit 20 digitalen Tafeln, so genannten Whiteboards, ausgestattet sei. Erklärtes Ziel des Gymnasiums sei die kreidefreie Schule. Wie die Geräte vor Ort verwendet würden, falle in die Organisationsverantwortung der Schule.

Der als Zeuge gehörte Schuldirektor erklärte, dass heutzutage Referate und Präsentationen von den Schülern in der Regel am Computer erstellt würden, auch wenn dies nicht Pflicht sei. Er betonte, dass ihm digitale Bildung sehr wichtig sei. Kein Kind werde benachteiligt, weil es zu Hause keinen Computer habe. Auf Nachfrage des Gerichts räumte er ein, dass dem Kläger ein Computerarbeitsplatz im Rahmen der schulischen Hausaufgabenbetreuung zur Verfügung gestellt werden könne. Dort könnten Schüler jeden Nachmittag bis 16.00 Uhr unter Aufsicht

Hausarbeiten erledigen. In der Nähe der Schule gebe es zudem eine öffentliche Bibliothek, die über Computerarbeitsplätze verfüge.

Daraufhin erklärten die Mutter des selbst nicht anwesenden Klägers sowie sein Rechtsanwalt die Klage für erledigt. Durch die Zusage des Schuldirektors sei sichergestellt, dass der Kläger seine Hausaufgaben nicht mehr im Internet-Café machen müsse.

Der Vorsitzende Richter betonte zum Schluss, dass es ein Grundrecht auf ein soziokulturelles Existenzminimum gebe. Für Kinder bedeute dies insbesondere einen Anspruch auf Bildung. Zuständig für die Erfüllung dieses Anspruchs sei im vorliegenden Fall allerdings die Schule. Die Jobcenter seien nur dann zu Leistungen verpflichtet, wenn es keine vorrangig verpflichteten Sozialleistungsträger gebe. Das Gericht hoffe deshalb, dass von der Verhandlung auch eine Signalwirkung ausgehe: Alle Schulen sollten ihre Verantwortung für die Bildung der Kinder ernst nehmen. Dazu gehöre auch, dass sie sicherstellen, dass Hausaufgaben an den Schul-Computern gemacht werden können, wenn die Aufgabe dies erfordert und ein Kind keinen eigenen Computer hat.

Sozialgericht Berlin, S 185 AS 11618/18

# Bauen und Wohnen

## Ältere Menschen in Mietwohnungen: Gericht stärkt Schutz vor (Eigenbedarfs-)Kündigungen

Mieter können von ihrem Vermieter allein unter Berufung auf ihr hohes Lebensalter die Fortsetzung des Mietverhältnisses verlangen. Dies hat das Landgericht (LG) Berlin entschieden und damit den Schutz älterer Menschen vor (Eigenbedarfs-)Kündigungen gestärkt.

Die Parteien des Rechtsstreits streiten über die Räumung und Herausgabe einer von den mittlerweile 87- und 84-jährigen Beklagten 1997 von den Rechtsvorgängern der Klägerin angemieteten Wohnung. Die Klägerin erklärte im Jahr 2015 die Kündigung des Mietverhältnisses wegen Eigenbedarfs. Die Beklagten widersprachen der Kündigung unter Verweis auf ihr hohes Alter, ihren beeinträchtigten Gesundheitszustand, ihre langjährige Verwurzelung am Ort der Mietsache und ihre für die Beschaffung von Ersatzwohnraum zu beschränkten finanziellen Mittel.

Das Amtsgericht (AG) Mitte hat die von der Klägerin erhobene Räumungsklage mit am 26.10.2018 verkündeten Urteil abgewiesen (20 C 221/16). Die dagegen erhobene Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg. Das LG Berlin hat die Berufung mit der Begründung zurückgewiesen, dass den Beklagten gemäß § 574 Absatz 1 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) ein Anspruch auf eine zeitlich unbestimmte Fortsetzung des Mietverhältnisses zustehe.

Das Gericht hat es dabei dahinstehen lassen, ob die von den Beklagten behaupteten gesundheitlichen Beeinträchtigungen tatsächlich derartig erheblich sind wie vom AG angenommen. Die beklagten Mieter hätten sich berechtigt darauf berufen, dass der Verlust der Wohnung – unabhängig von dessen gesundheitlichen und sonstigen Folgen – für Mieter hohen Alters eine „Härte“ im Sinne des § 574 Absatz 1 Satz 1 BGB bedeute. Die Vorschrift sei mit Blick auf den durch Artikel 1 Absatz 1 Grundgesetz und das Sozialstaatsprinzip verkörpert und garantierten Wert- und Achtungsanspruch alter Menschen entsprechend weit auszulegen. Die Richter haben es dabei dahinstehen lassen, ab welchem Alter sich Mieter auf den Härtegrund „hohen Alters“ berufen können, da das Lebensalter der bereits zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung über 80-jährigen Beklagten nach sämtlichen in Betracht zu ziehenden Beurteilungsmaßstäben hoch sei.

Das LG hat gleichzeitig befunden, dass das als Härtegrund eingewandte hohe Alter des Mieters auch unter Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters bei nicht auf einer Pflichtverletzung des Mieters beruhenden Kündigungen durch den Vermieter in der Regel die Fortsetzung des Mietverhältnisses gebiete. Eine Interessenabwägung zugunsten des Vermieters komme grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn dieser besonders gewichtige persönliche oder wirtschaftliche Nachteile für den Fall des Fortbestandes des Mietverhältnisses geltend machen könne, die ein den Interessen des betagten Mieters zumindest gleichrangiges Erlangungsinteresse begründeten. Ein solches müsse in seiner Bedeutung für den Vermieter über ein gewöhnliches „berechtigtes Interesse“ zur Kündigung hinausgehen und an die Gründe heranreichen, die die Beendigung des Mietverhältnisses aus seiner Sicht berechtigterweise als geradezu notwendig erscheinen lassen.

Ein entsprechend hohes Erlangungsinteresse könne die Klägerin aber nicht geltend machen, stellt das LG fest. Denn die von ihr beabsichtigte Eigennutzung der Wohnung sei zum einen nicht auf eine ganzjährige Nutzung und zum anderen auf bloßen Komfortzuwachs und die Vermeidung unerheblicher wirtschaftlicher Nachteile gerichtet.

Das LG hat die Revision zum Bundesgerichtshof nicht zugelassen. Eine Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision würde eine Beschwerde von über 20.000 Euro erfordern. Ob dieser Wert vorliegend erreicht ist, wäre laut LG vom BGH selbst zu entscheiden. Die schriftlichen Urteilsgründe liegen noch nicht vor.

Landgericht Berlin, Urteil vom 12.03.2019, 67 S 345/18

## Ohne Zustimmung der Miteigentümer vergrößerte Terrasse muss zurückgebaut werden

Eine ohne die erforderliche Zustimmung der Miteigentümer vergrößerte Terrassenpflasterung muss wieder entfernt werden. Dies hat das Amtsgericht (AG) München entschieden und ein Ehepaar dazu verurteilt, die Steinterrasse ihrer Wohnung in München auf das sich aus dem Grundrissplan ergebende Ausmaß von 5,93 Quadratmetern zurückzubauen.

Das beklagte Ehepaar ist als Eigentümer einer Erdgeschosswohnung Mitglied der klagenden Wohnungseigentümergeinschaft. Die Woh-



nung verfügt über eine Terrasse, an der den Beklagten ein Sondernutzungsrecht zusteht. Die Terrassengröße beträgt nach dem Grundrissplan 5,53 Quadratmeter. Die Beklagten verdoppelten im Frühjahr 2015 die Terrassengröße auf zwölf Quadratmeter. In der Eigentümerversammlung vom 06.06.2016 wurde mehrheitlich beschlossen, im Namen der Gemeinschaft den Rückbau zu verlangen. Der Rückbauauforderung der Verwaltung kamen die Beklagten nicht nach.

Die Klagepartei meint, dass es sich bei der Terrassenvergrößerung um eine bauliche Veränderung handele, von der eine optische Beeinträchtigung ausgehe. Die Terrasse sei aus jedem Fenster der darüber liegenden Stockwerkwohnungen zu sehen. Außerdem sei eine extensivere Nutzung und damit auch eine höhere Beeinträchtigung der Miteigentümer durch Lärm, Grillen oder Ähnliches zu erwarten. Das Sondernutzungsrecht bedinge keinen Anspruch auf Vergrößerung der bauseits vorhandenen Terrasse. Selbst wenn andere, ebenfalls ungenehmigte bauliche Veränderungen in der Anlage vorhanden wären, führe dies nicht zur Zulässigkeit der streitgegenständlichen Terrassenvergrößerung.

Die beklagte Partei meint, dass kein Rückbauanspruch bestehe. Die Terrasse sei nicht einsehbar. Es sei deswegen auch nicht zu erkennen, wodurch die Miteigentümer gestört werden sollten. Auch andere Miteigentümer hätten bauliche Maßnahmen, wie Anbauten zum Unterstellen von Fahrrädern, zusätzliche Terrassenüberdachungen, Terrassenerweiterungen, Errichtung von Sichtschutz-Vorrichtungen an ihren Terrassen vorgenommen. In der Anlage seien auch zahlreiche Satellitenschüsseln angebracht worden. Die Klägerin sei bislang gegen keine dieser baulichen Maßnahmen vorgegangen.

Das AG München gab der klagenden Wohnungseigentümergeinschaft Recht. Für die Zulässigkeit der streitgegenständlichen baulichen Veränderung sei die Zustimmung aller Wohnungseigentümer erforderlich. Die Vergrößerung einer Terrasse ermögliche eine intensivere Nutzung des Gemeinschaftseigentums und könne zu Lärmemissionen führen. Insoweit stelle bereits die Gefahr einer intensiveren Nutzung des Gemeinschaftseigentums, an dem den Beklagten hinsichtlich der Terrassen- und Gartenflächen ein Sondernutzungsrecht zusteht, eine nicht hinzunehmende Beeinträchtigung dar. Darauf, ob eine solche Nutzung derzeit stattfindet oder beabsichtigt ist, komme es nicht an. Weiter liege auch eine optische Beeinträchtigung vor. Ein nicht hinzu-

nehmender optischer Nachteil liege bei Veränderungen vor, die sich objektiv nachteilig auf das äußere Bild der Wohnanlage auswirken. Entscheidend sei, ob sich nach der Verkehrsanschauung ein Wohnungseigentümer in der entsprechenden Lage verständlicherweise beeinträchtigt fühlen kann. Bei der Beurteilung sei ein strenger Maßstab anzulegen, um die aus Artikel 14 Grundgesetz geschützten Interessen aller Eigentümer an der Beibehaltung des äußeren Erscheinungsbildes angemessen zu berücksichtigen. Infolgedessen sei eine erhebliche Beeinträchtigung regelmäßig schon dann anzunehmen, wenn eine erhebliche Veränderung des äußeren Erscheinungsbildes vorliegt. Für die Beurteilung des Nachteils sei dabei allein maßgeblich, ob die Veränderung generell von außen her wahrnehmbar ist. Bereits aus dem aussagekräftigen Lichtbild ergebe sich, dass die streitgegenständliche Terrasse jedenfalls von den darüber liegenden Balkonen ohne Weiteres einsehbar sei.

Der Einwand der Beklagten, dass auch weitere Terrassen baulich umgestaltet worden seien, verfängt nach Ansicht des AG München nicht, weil auch im Wohnungseigentumsrecht der Grundsatz „keine Gleichheit im Unrecht“ gelte. Ein Wohnungseigentümer könne deshalb nicht verlangen, ebenfalls einen unrechtmäßigen Vorteil zu erhalten, und die beeinträchtigten Wohnungseigentümer seien nicht verpflichtet, gegen alle Störer gleichmäßig vorzugehen.

Amtsgericht München, Urteil vom 29.08.2018, 485 C 5290/18 WEG, rechtskräftig

# Ehe, Familie und Erben

## Abfindungszahlung wegen beeinträchtigender Schenkung durch Vorerben ist abzugsfähig

Der vom Vorerben Beschenkte kann eine Zahlung zur Abwendung eines Herausgabeanspruches wegen beeinträchtigender Schenkung von der schenkungsteuerlichen Bemessungsgrundlage abziehen. Dies stellt das Finanzgericht (FG) Münster klar.

Die Eltern des Klägers hatten ein Ehegattentestament errichtet, wonach der überlebende Ehegatte zum Alleinerben als befreiter Vorerbe und die drei Söhne als Nacherben eingesetzt wurden. Nach dem Tod des Vaters legte das Nachlassgericht das Testament dahingehend aus, dass die Mutter Vollerbin und die Kinder Schlusserben seien und stellte einen entsprechenden Erbschein aus. In der Folgezeit übertrug die Mutter Grundbesitz an den Kläger sowie an einen seiner beiden Brüder, wofür das Finanzamt Schenkungsteuer festsetzte. Der von diesen Schenkungen nicht bedachte Bruder ließ den Erbschein nach dem Tod der Mutter durch das Nachlassgericht für kraftlos erklären, das nunmehr davon ausging, dass die Mutter lediglich Vorerbin gewesen sei. Er nahm daraufhin seine beiden Brüder auf Rückkauflassung von Anteilen am übertragenen Grundbesitz in Anspruch. Der Kläger schloss mit seinem Bruder im Berufungsverfahren einen Vergleich, wonach er anstelle der Übertragung des Grundstücksteils eine Abfindungszahlung leistete.

Der Kläger beantragte, die Schenkungsteuerfestsetzung unter Berücksichtigung der Abfindungszahlung zu mindern. Dies lehnte das Finanzamt ab, weil die Zahlung nicht im Zusammenhang mit der Grundstücksschenkungen durch die Mutter, sondern mit dem durch den Tod der Mutter eingetretenen Nacherbfall nach dem Vater stehe. Auch verfahrensrechtlich sei keine Änderung möglich, weil die Zahlung kein rückwirkendes Ereignis darstelle.

Das FG Münster gab der Klage statt. Die Schenkungsteuer sei zwar nicht nach § 29 Absatz 1 Nr. 1 Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz (ErbStG) erloschen, weil der Kläger das erworbene Grundstück nicht aufgrund des Rückforderungsrechts herausgegeben habe. Die Abfindungszahlung sei jedoch zur Erhaltung des Erwerbs geleistet worden und deshalb als Nachlassverbindlichkeit im Sinne von § 10 Absatz 5 Nr. 3 ErbStG abzugsfähig. Die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs, wonach diese Vorschrift auf Zahlungen zur Abwendung des Her-

ausgabeanspruchs eines Pflichtteilsberechtigten Anwendung finde, sei auf Ansprüche wegen beeinträchtigender Schenkung übertragbar, da es sich um vergleichbare Fälle handele.

Die Zahlung stelle auch ein rückwirkendes Ereignis dar, sodass auch verfahrensrechtlich eine Änderung des Bescheids möglich sei. Der maßgebliche Herausgabeanspruch habe der Grundstücksschenkungen durch die Mutter von Anfang an angehaftet und sich durch den Abschluss des Vergleichs rückwirkend realisiert.

Das FG hat die Revision zum Bundesfinanzhof zugelassen.  
FG Münster, Urteil vom 14.02.2019, 3 K 1237/17 Erb

## Vermutung einer Versorgungsehe erfolgreich widerlegt

Auch wenn eine Ehe erst nach Feststellung einer Berufskrankheit geschlossen wird und der betroffene Ehemann innerhalb des ersten Ehejahres stirbt, kann ein Anspruch auf Witwenrente bestehen. Dies hat das Sozialgericht (SG) Osnabrück entschieden.

Die klagende Witwe lernte den im August 2015 verstorbenen Versicherten 2005 kennen. Im Jahr 2010 zogen sie in eine gemeinsame Wohnung. Beide bezogen zunächst Erwerbsunfähigkeitsrenten und seit 2014 jeweils eine eigene Altersrente.

Im Dezember 2013 erkannte die beklagte Berufsgenossenschaft (BG) bei dem Versicherten das Bestehen einer Berufskrankheit nach der Nr. 4104 der Anlage zur Berufskrankheiten-Verordnung (Lungenkrebs in Verbindung mit Asbestose) seit Dezember 2012 mit einer Minderung der Erwerbsfähigkeit in Höhe von 100 Prozent an. Am 04.05.2015 heirateten die Klägerin und der Versicherte, am 30.08.2015 verstarb der Ehemann an einer Lungenembolie.

Den Antrag der Klägerin auf Gewährung einer Witwenrente lehnte die BG unter Hinweis auf die Regelung des § 65 Absatz 6 Siebtes Buch Sozialgesetzbuch ab, da die Ehe erst nach dem so genannten Versicherungsfall (Dezember 2012) geschlossen worden war und der Tod innerhalb des ersten Jahres dieser Ehe eingetreten ist. Die BG hielt die gesetzliche Vermutung, dass alleiniger Zweck der Heirat ein Anspruch auf Hinterbliebenenversorgung gewesen sei, für nicht widerlegt.

Diese Einschätzung hat sich das SG Osnabrück nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung mit Zeugenvernehmung nicht ange-





schlossen. Es geht vielmehr davon aus, dass der Versorgungsgedanke nicht der alleinige oder überwiegende Zweck der Heirat war. Die klagende Witwe habe eine feste Heiratsabsicht zwischen den späteren Eheleuten bereits vor dem Eintritt des Versicherungsfalls im Dezember 2012 nachweisen können. Zur Umsetzung der Heiratsabsicht sei es dann vorerst durch äußere Umstände, insbesondere den Tod der Schwester der Klägerin, nicht gekommen.

Außerdem sei die Ausstellung der erforderlichen Unterlagen für die Eheschließung beim zuständigen Standesamt bereits im März 2014 veranlasst worden. Ferner hätten die Klägerin und der Versicherte die Mietwohnung gemeinsam behindertengerecht umgebaut, was aus gerichtlicher Sicht für die Planung einer längeren gemeinsamen Zukunft spricht. Schließlich sei zu würdigen, dass die Klägerin selbst über eine ausreichende Versorgung aus ihrer Altersrente und einer zusätzlichen Betriebsrente verfügt, sodass als zumindest gleichwertiges Motiv für die Eheschließung das Motiv der Klägerin festzustellen sei, den Versicherten als Ehefrau verantwortlich versorgen zu können.

Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig. Es kann mit der Berufung zum Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen angefochten werden.

Sozialgericht Osnabrück, Urteil vom 28.02.2019, S 8 U 90/16, nicht rechtskräftig

### **Schuldrechtlicher Versorgungsausgleich: Vereinbarte Ausgleichszahlungen sind einkommensteuerrechtlich Werbungskosten**

Ausgleichszahlungen, die Ex-Eheleute in einem schuldrechtlichen Versorgungsausgleich vereinbaren, sind einkommensteuerlich als Werbungskosten zu qualifizieren. Dies hat das Finanzgericht (FG) Baden-Württemberg entschieden.

Der Kläger erzielte im Streitjahr 2010 als Arbeitnehmer Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit und hatte Ansprüche aufgrund Entgeltumwandlungen (so genannte Betriebsrentenanwartschaften) erworben. Anlässlich des im September 2009 eingeleiteten Ehescheidungsverfahrens vereinbarte er mit seiner geschiedenen Ehefrau eine Ausgleichszahlung zum Ausschluss des Versorgungsausgleichs der betrieblichen Altersversorgung. Die erste Rate zahlte der Kläger im Streitjahr

2010. Er machte in deren Höhe Werbungskosten bei den Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit geltend.

Das beklagte Finanzamt berücksichtigte zunächst den Werbungskostenabzug. Es änderte jedoch sodann die Steuerfestsetzung, da es sich bei der Abfindungszahlung um einen Anschaffungsvorgang für ein bestehendes Anwartschaftsrecht handle. Hiergegen wandte sich der Kläger.

Das FG Baden-Württemberg entschied zugunsten des Klägers. Ausgleichszahlungen zur Abfindung eines Versorgungsausgleichsanspruchs wegen des Bestehens einer Anwartschaft auf betriebliche Altersversorgung seien mit den Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit in Zusammenhang stehende Werbungskosten. Der Kläger habe mit der vereinbarten Ausgleichszahlung die Aufteilung der betrieblichen Versorgungsanwartschaften verhindert. Es habe zum Zeitpunkt der Vereinbarung bereits die Neuregelung des Gesetzes über den Versorgungsausgleich gegolten. Danach sei grundsätzlich jedes Versorgungsrecht separat innerhalb eines Versorgungssystems zwischen den Ehegatten aufzuteilen.

Dem Kläger flössen künftig die ungekürzten Versorgungsbezüge als Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit zu. Komme es infolge der Vereinbarung nicht zu einer Verringerung der diesem zufließenden Versorgungsbezüge, stelle die Zahlung keine Einkommensverwendung dar, sondern diene der Sicherung der Einnahmen. Sie ermögliche einen Werbungskostenabzug.

Das Urteil ist rechtskräftig. Die Nichtzulassungsbeschwerde des beklagten Finanzamts hat der Bundesfinanzhof mit Beschluss vom 15.11.2018 als unzulässig verworfen (VI B 34/18). Abschließend merkt das FG Baden-Württemberg an, dass im Streitjahr die mit Wirkung ab dem Veranlagungszeitraum 2015 eingeführte Norm § 10 Absatz 1a Nr. 3 Einkommensteuergesetz (Zuweisung einer Ausgleichszahlung zu den Sonderausgaben) noch nicht gegolten habe.

Finanzgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 19.03.2018, 10 K 3881/16, rechtskräftig

# Medien & Telekommunikation

## WhatsApp-Nachrichten an engste Familienmitglieder: Misshandlungsvorwurf unterfällt „beleidigungsfreier Sphäre“

Innerhalb des engsten Familienkreises besteht ein ehrschutzfreier Raum, der es ermöglicht, sich frei auszusprechen, ohne gerichtliche Verfolgung befürchten zu müssen. Behauptet die Schwiegermutter gegenüber ihrer Schwester und ihrer Tochter, dass ihr Schwiegersohn seine Familienmitglieder misshandle, habe dieser keinen Unterlassungsanspruch erteilt das Oberlandesgericht (OLG) Frankfurt am Main.

Der Kläger ist der Schwiegersohn der Beklagten. Er verlangt von seiner Schwiegermutter, dass sie zahlreiche Äußerungen über ihn nicht mehr tätig beziehungsweise verbreitet. Der Kläger und die Tochter der Beklagten haben zwei gemeinsame Kinder und sind weiterhin verheiratet. Anfang 2016 kam es zu einem heftigen Ehestreit. Nach Darstellung des Klägers hat er in diesem Zusammenhang seinen Sohn, der nicht von allein das Zimmer verlassen wollte, am Nacken/Halsbereich gefasst und ihn von hinten „geschubst“, damit er ein wenig schneller laufe. Die Ehefrau des Klägers fertigte ein Video des weinenden und sich an den Hals fassenden Sohnes an. Dieses gab sie der Beklagten zur Aufbewahrung.

Die beklagte Schwiegermutter verfasste daraufhin ein so genanntes „Protokoll über Misshandlungen“, in dem sie zahlreiche Verhaltensweisen des Klägers auflistete. Dieses „Protokoll“ sowie das Video versandte sie als WhatsApp-Anlagen an ihre Schwester mit der Bitte, dieses an ihre gemeinsame Mutter weiterzuleiten. Darüber hinaus stellte sie Strafanzeige gegen den Kläger wegen Kindesmisshandlung und legte dem Jugendamt und der Kriminalpolizei ebenfalls das „Protokoll“ und das Video vor.

Der Kläger begehrt von der Beklagten, dass sie zahlreiche in diesem „Protokoll“ enthaltene Aussagen nicht weiter tätig und verbreitet. Das Landgericht hat seinen Antrag zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde hatte vor dem OLG keinen Erfolg. Die streitgegenständlichen Äußerungen seien als „privilegierte Äußerungen“ einzustufen. Sie seien in einem „ehrschutzfreien Raum“ gefallen und deshalb nicht rechtswidrig. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung gebe es einen Bereich vertraulicher Kommunikation innerhalb besonders ausgestalteter Vertrauensbeziehungen, wozu insbesondere der

engste Familienkreis gehöre, (der) dem Ehrenschutz vorgehe („beleidigungsfreie Sphäre“). Damit solle ein persönlicher Freiraum gewährt werden, in dem man sich mit seinen engsten Verwandten frei aussprechen könne, ohne eine gerichtliche Verfolgung befürchten zu müssen. „Äußerungen, die gegenüber Außenstehenden oder der Öffentlichkeit wegen ihres ehrverletzenden Gehalts eigentlich nicht schutzwürdig wären, genießen in solchen privaten Vertraulichkeitsbeziehungen verfassungsrechtlichen Schutz, welcher dem Schutz der Ehre des durch die Äußerung Betroffenen vorgeht“, resümiert das OLG.

Hier seien die streitgegenständlichen Äußerungen in diesem Freiraum erfolgt. Die Beklagte unterhalte zu den Adressaten der Mitteilungen einen sehr engen und guten Kontakt, der das Bedürfnis rechtfertige, „sich über den Kläger frei auszusprechen“. Dabei spiele es keine Rolle, dass sich die Aussagen in einem elektronischen Dokument als Anlage zu einer WhatsApp Nachricht befunden hätten und nicht bloß (fern) mündlich kommuniziert worden seien.

Soweit die beanstandeten Äußerungen und das „Protokoll“ auch an die Kriminalpolizei und das Jugendamt weitergeleitet worden seien, könne darauf ohnehin kein Unterlassungsanspruch gestützt werden. Es sei „mit dem Recht auf wirkungsvollen gerichtlichen Rechtsschutz sowie auf rechtliches Gehör unvereinbar, wenn rechtliche Äußerungen in einem Prozess oder die Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte und Pflichten in einem Strafverfahren aus Gründen des Ehrenschatzes zu straf-, oder zivilrechtlichen Nachteilen führten, weil sich eine Behauptung später im Prozess oder nach behördlicher Prüfung als unrichtig oder unaufklärbar erweist“, betont das OLG.

OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 17.01.2019, 16 W 54/18

## Leistungen eines Fernsehshow-Teilnehmers sind nicht steuerbar

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat eine Entscheidung bestätigt, mit der das Finanzgericht (FG) Münster die Steuerbarkeit von Leistungen eines Teilnehmers an einer Fernsehshow verneint hatte.

Der Kläger nahm an einer Fernsehshow teil, bei der aus einer Reihe von Teilnehmern zwölf Kandidaten in ein Haus einzogen und durch Ausscheidungsspiele der Gewinner der Show ermittelt wurde. Nach den vertraglichen Vereinbarungen mit dem Produzenten hatte sich der Klä-





ger zur Vorbereitung des Projektes wie zum Beispiel für Foto-Shootings und Pressetermine bereitzuhalten und er übertrug sämtliche Rechte an Bild- und Tonaufnahmen. Einen Anspruch auf Einzug in das Haus hatte der Kläger nicht; die Kandidaten wurden nach eigenem Ermessen des Produzenten bestimmt. Nach einem etwaigen Einzug des Klägers sollte dessen Teilnahme an dem Projekt enden, wenn er das Haus entweder freiwillig verlässt, es nach Ausgang eines der Ausscheidungsspiele verlassen muss oder mit dem Ende des Projekts. Mit seinem Einzug in das Haus erhielt der Kläger die Chance auf einen „Projektgewinn“. Ab dem Tag des Einzugs sollten pro Woche eine „Aufwandspauschale“ sowie ein pauschalierter Ersatz für Schäden wie für die Abnutzung der Kleidung gezahlt werden. Der Kläger gewann die Show und erhielt im Streitjahr neben dem Projektgewinn „Wochenpauschalen“ für sieben Wochen.

Das beklagte Finanzamt ging davon aus, der Kläger habe mit der Teilnahme an der Filmproduktion und der damit verbundenen Überlassung von Rechten eine steuerbare und steuerpflichtige Leistung erbracht. Die hiergegen gerichtete Klage war erfolgreich. Das FG sah keinen steuerbaren „Umsatz gegen Entgelt“. Der Kläger habe lediglich die Chance auf den Projektgewinn gehabt und auch die Zahlung der „Aufwandsentschädigungen“ habe auf Unwägbarkeiten beruht. Gegen die Nichtzulassung der Revision legte das Finanzamt erfolglos Beschwerde ein.

Es sei durch die Rechtsprechung von Europäischem Gerichtshof (Urteil Bastova vom 10.11.2016, C-432/15) und BFH (Urteil vom 30.08.2017, XI R 37/14) bereits geklärt, dass ein „Umsatz gegen Entgelt“ das Bestehen eines unmittelbaren Zusammenhangs zwischen dieser Leistung und einer tatsächlich vom Steuerpflichtigen empfangenen Gegenleistung voraussetzt. Dazu müsse zwischen dem Leistenden und dem Leistungsempfänger ein Rechtsverhältnis bestehen, in dessen Rahmen gegenseitige Leistungen ausgetauscht werden, wobei die vom Leistenden empfangene Vergütung den tatsächlichen Gegenwert für die dem Leistungsempfänger erbrachte Dienstleistung bildet. Nach dem EuGH-Urteil Bastova könne in einem Fall, in dem für die Teilnahme an einem Wettbewerb weder ein Antrittsgeld noch eine andere unmittelbare Vergütung gezahlt wird und nur Teilnehmer mit einer erfolgreichen Platzierung ein Preisgeld erhalten, nicht davon ausgegangen

werden, dass für die (bloße) Teilnahme eine tatsächliche Gegenleistung erbracht wird.

Diese Rechtsgrundsätze könnten auf den Streitfall übertragen werden, so der BFH. Nach den tatsächlichen Feststellungen des FG habe der Kläger aufgrund der mit dem Produzenten geschlossenen Vereinbarungen mit seinem Einzug in das Haus die Chance auf einen Projektgewinn erhalten. Ferner sollte der Kläger ebenfalls erst ab dem Tag seines Einzuges eine „Aufwandspauschale“ beziehungsweise einen „pauschalierten Ersatz für Schäden“ erhalten. Dies habe das FG dahingehend gewürdigt, dass es sich hierbei ebenso wie bei dem „Projektgewinn“ eher um ein Preisgeld für den Einzug und den Verbleib im Haus als um eine Aufwandsentschädigung gehandelt habe. Diese mit Verfahrensrügen nicht angegriffene Würdigung des FG sei verfahrensrechtlich einwandfrei zustande gekommen und verstoße auch nicht gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze, weshalb sie den BFH binde, selbst wenn die Wertung des FG nicht zwingend, sondern lediglich möglich sei.

Die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache ergebe sich auch nicht daraus, dass das FG nach Ansicht des Finanzamts die Übertragung von Verwertungsrechten an Bild- und Tonmaterial in den Leistungsaustausch habe miteinbeziehen müssen. Diese Leistung des Klägers habe das FG festgestellt; es habe jedoch entschieden, dass zwischen den Leistungen des Klägers und Leistungen des Produzenten kein unmittelbarer Zusammenhang besteht.

Wenn das Finanzamt im Übrigen meine, es müsse im Rahmen des Leistungsaustausches Berücksichtigung finden, dass die Teilnehmer durch die umfangreichen Porträts und Interviews, die bereits vor der eigentlichen Show aufgenommen werden, eine gewisse Bekanntheit erfahren hätten, die sie für sich nutzen könnten, und ohne die Übertragung der Verwertungsrechte eine Teilnahme und damit eine Gewinnchance nicht möglich gewesen sei, sei damit jedoch kein Zulassungsgrund dargelegt. Das Finanzamt mache im Kern vielmehr geltend, dass das FG im Streitfall falsch entschieden habe, was die Zulassung der Revision grundsätzlich nicht zu begründen vermöge.

Bundesfinanzhof, Beschluss vom 25.7.2018, XI B 103/17

# Staat & Verwaltung

## Personalausweise: EU-Parlament beschließt neue Sicherheitsmerkmale

Personalausweise werden künftig mit einem äußerst sicheren kontaktlosen Chip versehen, auf dem ein Lichtbild und Fingerabdrücke des Inhabers gespeichert sind. Einen entsprechenden Verordnungsvorschlag zur Erhöhung der Sicherheit der Personalausweise und Aufenthaltsdokumente hat das Europäische Parlament am 04.04.2019 angenommen. Mit der Ausgabe der neuen Personalausweise werden die Mitgliedstaaten in zwei Jahren beginnen. Die derzeit in Umlauf befindlichen Personalausweise, die die neuen Normen nicht erfüllen, müssen daraufhin – je nach ihrer Sicherheitsstufe – innerhalb von sieben bis zehn Jahren ersetzt werden.

Ausnahmen gelten für bestimmte Personalausweise, deren Inhaber über 70 Jahre alt sind. Die neuen Regeln müssen noch förmlich durch den Rat bestätigt werden. Die Modalitäten der Ausgabe von Personalausweisen bleiben von den neuen Vorschriften unberührt: Die Mitgliedstaaten können entscheiden, ob sie Personalausweise ausgeben wollen und ob sie sie verpflichtend oder auf freiwilliger Basis ausgeben. Sie können zudem ihre nationalen Gestaltungsmuster sowie elektronische Behördendienste beibehalten. Alle neuen Personalausweise müssen jedoch die neuen Sicherheitsnormen erfüllen.

Hintergrund: Die Kommission hatte am 17.04.2018 im Rahmen ihrer Bemühungen um eine echte und wirksame Sicherheitsunion vorgeschlagen, die Sicherheitsmerkmale der Personalausweise von EU-Bürgern sowie der Aufenthaltstitel von Familienangehörigen aus Nicht-EU-Ländern zu verbessern. Schätzungen zufolge haben derzeit 80 Millionen Europäer einen nicht maschinenlesbaren Personalausweis ohne biometrische Merkmale. Ziel des Vorschlags ist es, die Verwendung gefälschter Dokumente, die auch von Terroristen und Straftätern zur Einreise aus Drittstaaten in die EU genutzt werden können, einzudämmen.

Europäische Kommission, PM vom 04.04.2019

## Aufklärung besonders schwerer Steuerhinterziehung: Bundesrat stimmt gegen Einsatz von Telekommunikationsüberwachung

Der Bundesrat hat am 12.04.2019 den Antrag Hessens, die Telekommunikationsüberwachung zur Aufklärung besonders schwerer Steuerhinterziehung einzusetzen, abgelehnt. Hessens Finanzminister Thomas Schäfer (CDU) kritisierte die Entscheidung. Im März 2019 hätten sich die Länderfinanzminister mit großer Mehrheit für unseren Antrag ausgesprochen. Es sei zu bedauern, dass die Landesregierungen nun mehrheitlich nicht der Empfehlung des Finanzausschusses gefolgt sind. Damit sei ein wichtiger Schritt im Kampf gegen Steuerkriminalität vertan worden.

Folge sei, dass die erweiterte Telekommunikationsüberwachung den Steuerfahndern verwehrt bleibe. Schäfer kündigte an, sich dennoch in Zukunft für eine Telekommunikationsüberwachung in diesem Bereich einzusetzen.

Derzeit sei eine Telekommunikationsüberwachung nur in Fällen der bandenmäßig durchgeführten Umsatz- oder Verbrauchsteuerhinterziehung zulässig. Nach Auffassung Hessens und der Mehrheit der Länderfinanzministerinnen und -minister sollte dies künftig auch in anderen Fällen der besonders schweren Steuerhinterziehung möglich sein. „Dazu müssen wir den Katalog der Straftaten bei der Telekommunikationsüberwachung auf die besonders schweren Fälle der Steuerhinterziehung ausweiten. Die Panama Papers und weitere Daten-Leaks haben uns deutlich vor Augen geführt, dass zur Strafverfolgung alle zur Verfügung stehenden Rechtsmittel eingesetzt werden müssen. Dazu gehört für mich auch die Telekommunikationsüberwachung, sollten andere Mittel nicht zum Ziel führen“, so Hessens Finanzminister.

Finanzministerium Hessen, PM vom 12.04.2019

## Steuerbetrug: Europaabgeordnete fordern europäische Finanzpolizei

Das Europäische Parlament hat am 26.03.2019 den Abschlussbericht seines Sonderausschusses für Finanzkriminalität, Steuerhinterziehung und Steuervermeidung (TAX3) angenommen. In dem Bericht, an dem der Sonderausschuss über ein Jahr lang gearbeitet hatte, wird eine



Reform des Systems zur Bekämpfung von Finanzkriminalität, Steuervermeidung und Steuerhinterziehung vorgeschlagen. Dies soll vor allem durch die bessere Zusammenarbeit der Vielzahl der beteiligten Behörden geschehen. Vorgeschlagen werden auch neue Gremien auf EU- und globaler Ebene.

Die Europäische Kommission wird aufgefordert, unverzüglich einen Vorschlag für eine europäische Finanzpolizei und für eine EU-Finanzinformationseinheit zu entwickeln. Außerdem sollte eine EU-Behörde zur Bekämpfung der Geldwäsche eingerichtet werden, so der Bericht. Innerhalb des UN-Systems sollte ein globales Steuerorgan eingerichtet werden.

Kritisiert wird, dass in den Mitgliedstaaten der politische Wille fehle, gegen Steuerhinterziehung, Steuervermeidung und Finanzkriminalität vorzugehen. Die sieben EU-Länder Belgien, Zypern, Ungarn, Irland, Luxemburg, Malta und die Niederlande wiesen Merkmale eines Steuerparadieses auf und erleichterten aggressive Steuerplanung.

Weiter fordert der Sonderausschuss, Goldene Visa und Pässe schrittweise abzuschaffen. Kritisch erwähnt werden vor allem Malta und Zypern für die mangelnde Sorgfalt bei der Vergabe von Visa und Pässen. Dänemark, Finnland, Irland und Schweden werden für ihren Widerstand gegen die Besteuerung digitaler Dienste kritisiert. Getadelt werden auch etliche europäische Banken, darunter die Deutsche Bank, für ihre Beteiligung am russischen Geldwäscheskandal („Troika Laundromat“).

Der Cum-Ex-Betrug zeige deutlich, dass nicht bilaterale, sondern multilaterale Steuerabkommen notwendig sind. Hinweisgeber (Whistleblower) und investigative Journalisten müssten besser geschützt werden.

Hintergrund: Nach den anhaltenden Enthüllungen der letzten fünf Jahre (Luxleaks, Panama-Papiere, Fußballleaks und Paradies-Papiere) hatte das Europäische Parlament am 01.03.2018 die Einsetzung des Sonderausschusses TAX3 beschlossen. Der jetzt angenommene Bericht schließt das einjährige Mandat des Ausschusses ab.

Europäisches Parlament, PM vom 26.03.2019

### Steuerhinterziehung bleibt weltweit Herausforderung

Die Digitalisierung und Globalisierung der Weltwirtschaft stellt nach Ansicht von Christian von Haldenwang vom Deutschen Institut für Entwicklungspolitik (DIE) die Bekämpfung illegaler Finanzströme sowie aggressiver Steuerplanung und Steuervermeidung vor große Herausforderungen.

Mit Steuerquoten von unter 20 Prozent in manchen Entwicklungsländern sei „kein Staat zu machen“, sagte Haldenwang am 20.03.2019 im Ausschuss für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung. Es sei daher notwendig, über neue Leitplanken im internationalen Steuersystem nachzudenken, aber auch den internationalen Informationsaustausch zu verbessern, die technischen Voraussetzungen in den Entwicklungsländern zu stärken und international einheitliche Standards für Steuererleichterungen zu schaffen. Ein möglicherweise effektives Mittel sei auch die Einführung einer weltweiten Minimalsteuer.

Die Parlamentarische Staatssekretärin im Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (BMZ), Maria Flachsbarth (CSU), betonte, die Bundesregierung helfe in den Partnerländern der deutschen Entwicklungszusammenarbeit dabei, die technischen und personellen Kapazitäten der Steuerverwaltungen zu stärken. Dort fehle es häufig an qualifiziertem Personal sowie der notwendigen IT-Infrastruktur. Außerdem unterstütze das BMZ investigative Journalisten, die über Steuerhinterziehung und -vermeidung recherchierten. Wie wichtig deren Arbeit sei, habe die Veröffentlichung der Panama und Paradise Paper gezeigt.

Deutscher Bundestag, PM vom 20.03.2019

# Bußgeld & Verkehr

## **Pkw-Fahrer haftet auch für Sturz eines Radfahrers nach erfolgreichem Ausweichen**

Weicht ein Radfahrer einem entgegenkommenden Pkw aus und stürzt erst beim sich unmittelbar anschließenden Wiederauffahren auf den befestigten Weg, haftet der Pkw-Fahrer dennoch. Das Wiederauffahren auf den ursprünglichen Weg sei noch Teil des durch den Pkw ausgelösten Ausweichmanövers, entschied das Oberlandesgericht (OLG) Frankfurt am Main.

Der Kläger befuhr mit seinem Fahrrad einen circa zwei Meter breiten befestigten Feldweg. Die Beklagte führte für die Stadt Gelnhausen eine Kontrollfahrt aus und kam dem Kläger mit einem Pkw entgegen. Der Kläger wich dem Pkw auf den unbefestigten und zum Unfallzeitpunkt matschigen Seitenstreifen nach rechts aus. Die beiden Verkehrsteilnehmer fuhren berührungslos aneinander vorbei. Beim Versuch, unmittelbar nach dem Passieren wieder auf den befestigten Weg aufzufahren, stürzte der Kläger. Er zog sich mehrere Verletzungen zu und begehrt neben dem Ersatz entstandener Heilbehandlungskosten sowie der Fahrradreparatur Schmerzensgeld in Höhe von mindestens 10.000 Euro. Das Landgericht hat die Beklagte zum Ausgleich von 50 Prozent des entstandenen Schadens verurteilt. Die hiergegen gerichtete Berufung hatte auch vor dem OLG keinen Erfolg.

Obwohl es sich um einen „berührungslosen Unfall“ handle, sei der Sturz der Beklagten zuzurechnen und beim Betrieb des von der Beklagten gesteuerten Fahrzeugs entstanden. Das Haftungsmerkmal „bei dem Betrieb“ nach § 7 Absatz 1 Straßenverkehrsgesetz sei dem Schutzzweck entsprechend weit auszulegen. Erfasst würden alle durch den Kraftfahrzeugverkehr beeinflussten Schadensabläufe. Es genüge, dass sich eine von dem Kfz ausgehende Gefahr ausgewirkt habe und das Schadensereignis in dieser Weise durch das Kraftfahrzeug mitgeprägt worden sei.

Hier sei der Unfall zwar nicht beim Ausweichen auf den unbefestigten Seitenstreifen geschehen, sondern erst beim Wiederauffahren auf den befestigten Radweg nach dem erfolgreichen Passieren des Fahrzeugs. Zu diesem Zeitpunkt sei die eigentliche Gefahr – eine Kollision mit dem von der Beklagten geführten Kfz – vorüber gewesen. Dennoch sei der Sturz noch der Betriebsgefahr des Fahrzeugs zuzurechnen, meint das OLG. Der Ausweichvorgang sei durch die Fahrweise der Beklagten

veranlasst worden. Der Sturz sei im nahen zeitlichen und örtlichen Zusammenhang mit dem Entgegenkommen der Beklagten erfolgt. Das Wiederauffahren des Klägers auf den befestigten Radweg sei Teil des Ausweichmanövers gewesen, das zu Ende geführt werden sollte.

„Letztlich liegt ein insgesamt missglücktes Ausweichmanöver vor, das nach Auffassung des Senats der Betriebsgefahr des Fahrzeugs zuzurechnen ist“, fasst das OLG zusammen. Wäge man die beiderseitigen Verursachungsbeiträge und Verschuldensanteile ab, gelange man zu einer hälftigen Haftungsverteilung. Der Betriebsgefahr der Beklagten stehe eine Mitverursachung des Unfalls durch den Kläger gegenüber. Er hätte die Möglichkeit gehabt, sein Fahrrad anzuhalten und die Beklagte passieren zu lassen. Jedenfalls habe er beim Wiederauffahren auf den Radweg unter anderem unter Berücksichtigung der matschigen Verhältnisse nicht die gebotene Sorgfalt walten lassen.

Gegen das Urteil kann kein Rechtsmittel eingelegt werden.

Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Urteil vom 19.03.2019, 16 U 57/18

## **Abschleppkosten: Rund 315 Euro können angemessen sein**

Wird ein vorschriftswidrig parkendes Kfz abgeschleppt, so können Kosten von rund 315 Euro hierfür angemessen sein, wie ein Urteil des Münchener Amtsgerichts (AG) zeigt. Das gilt auch dann, wenn es sich dabei nur um Kosten handelt, die im Zusammenhang mit der Vorbereitung des Abschleppvorgangs entstanden sind.

Geklagt hatte ein auf das Abschleppen von Fremdfahrzeugen spezialisiertes Abschleppunternehmen. Der Beklagte war Halterin eines VW Polo, der am 28.03.2018 von der Beklagten auf dem privaten Außenstellplatz des Olympia Towers in München abgestellt wurde. An der Stirnseite des Stellplatzes war das allgemein bekannte Verkehrszeichen für absolutes Halteverbot mit einem Zusatz der Abschleppung für den Fall einer Zuwiderhandlung angebracht.

Von circa 19.30 Uhr bis 21.30 Uhr führte die Klägerin eine Fremdaterschleppung des benannten Pkws der Beklagten durch. Zunächst wurde ein Landrover Defender eingesetzt, der den Polo halb aus dem Stellplatz herauszog, bis dann ein Abschleppwagen erschien. Zwischenzeitlich war die Beklagte zu ihrem Fahrzeug zurückgekehrt und setzte sich



auch kurz hinein. Sie rief die Polizei zu Hilfe, die nach längerer Erörterung die Mitarbeiter der Beklagten gewähren ließen. Da die Beklagte nicht bereit war, die von den Mitarbeitern für die Anfahrt geforderten 330 Euro bar zu zahlen, schleppten die Mitarbeiter den Pkw zu ihrer Verwahrstelle, wo der Pkw zunächst für zwei Tage abgestellt und nach Hinterlegung einer Summe von 635 Euro durch die Beklagte beim AG München zur Abwendung eines Zurückbehaltungsrechts der Klägerin an die Beklagte herausgegeben wurde.

Die Klägerin meint, sie habe einen Anspruch auf Zahlung von 635 Euro gegen die Beklagte wegen verbotswidrigen Parkens und der deshalb erfolgten Fremdabschleppung. Die Kosten errechneten sich auf Grundlage einer Abschleppdauer von 2,5 Stunden, einem Zuschlag für einen Einsatz außerhalb der Öffnungszeiten, Zusatzkosten für den Einsatz eines Radrollers, zwei Tage Standgebühren und erforderliche Vorbereitungsmaßnahmen. Sie seien auch deshalb höher als üblich, weil die Beklagte den Abschleppvorgang mutwillig verlängert habe, indem sie die Polizei gerufen und sich zur Verhinderung des Abschleppvorgangs in das Auto gesetzt habe. Die Beklagte meint, dass die geltend gemachten Abschleppkosten jedenfalls weit überhöht und damit nicht ersatzfähig seien.

Das AG München sah den Schadenersatzanspruch nur teilweise als begründet an. Die Klägerin habe gegen die Beklagte dem Grunde nach einen Anspruch auf Zahlung der Abschleppkosten, da die Beklagte ihr Fahrzeug zu Unrecht auf dem ausreichend beschilderten Privatparkplatz abgestellt habe. Nach höchstrichterlichen Rechtsprechung gehörten zu den erstattungsfähigen Abschleppkosten nicht nur die reinen Abschleppkosten, sondern auch die Kosten, die im Zusammenhang mit der Vorbereitung des Abschleppvorgangs entstanden sind, etwa durch die Überprüfung des unberechtigt abgeschleppten Fahrzeuges, um den Halter ausfindig zu machen, die Zuordnung des Fahrzeuges in eine bestimmte Fahrzeugkategorie und das Anfordern eines geeigneten Abschleppfahrzeuges.

Die Höhe des zu leistenden Schadenersatzes werde durch das Gebot der Wirtschaftlichkeit begrenzt. Danach müsse der Geschädigte unter mehreren zum Schadensausgleich führenden Möglichkeiten im Rahmen des ihm Zumutbaren und unter Berücksichtigung seiner individuellen Lage grundsätzlich den wirtschaftlichsten Weg für die Beseitigung der verbotenen Eigenmacht wählen. Als erforderlich seien diejenigen

Aufwendungen anzusehen, die ein verständiger und wirtschaftlicher denkender Mensch in der Lage des Geschädigten machen würde.

Nach den bislang beim AG München seit 2015 eingeholten Sachverständigengutachten zu Abschleppkosten betreffend Fremdfahrzeuge von Parkplätzen auf Privatgrund habe das Gericht den verfestigten Eindruck gewonnen, dass es in München keinen richtigen Markt mit einer hinreichenden Anzahl von Marktteilnehmern gibt, bei dem sich ein Marktpreis ermitteln lässt, der den ortsüblichen Preis für die Abschleppmaßnahme samt ersatzfähiger Vorbereitungsmaßnahmen für München widerspiegelt.

Das Gericht nahm deswegen eine Schätzung vor. Es hält danach für den am 28.03.2018 erfolgten Fremdabschleppvorgang einen Grundbetrag von 230 Euro netto zuzüglich eines Zuschlages von 15 Prozent für Sonn- und Nachtarbeit und zuzüglich 19 Prozent Mehrwertsteuer zuzüglich nicht bestrittene Standgebühren für den Pkw der Beklagten in Höhe von weiteren 30 Euro für zwei Tage für ersatzfähig, sodass der von der Klägerin zu fordernde Betrag insgesamt 344,75 Euro (314,75 Euro + 30 Euro) beträgt.

Amtsgericht München, Urteil vom 15.11.2018, 472 C 8222/18, rechtskräftig

# Verbraucher, Versicherung & Haftung

## Auto in anderem EU-Mitgliedsstaat gekauft: Deutsche Gerichte bei Streit über behaupteten Betrug nicht zuständig

Wer ein Fahrzeug von einem in Bulgarien ansässigen Verkäufer erwirbt, kann Ansprüche wegen eines angeblichen Betruges über Mängel des Fahrzeugs nicht vor deutschen Gerichten geltend machen. Dies hebt das Oberlandesgericht (OLG) Celle hervor.

Die Klägerin war über eine Internetplattform auf einen dort angebotenen Porsche 911 Turbo aufmerksam geworden. Die Anzeige enthielt keine Hinweise auf Unfallschäden oder Mängel des Fahrzeugs, das als „reines Schönwetterfahrzeug in makellosem Bestzustand“ beschrieben wurde. Als Verkäuferin des Fahrzeugs war eine in Bulgarien ansässige Gesellschaft mit beschränkter Haftung ausgewiesen, über deren Vertreter in Deutschland die Klägerin Kontakt aufnahm. Die Klägerin zahlte den Kaufpreis von circa 60.000 Euro an die Gesellschaft und fuhr dann nach Bulgarien, um das Fahrzeug abzuholen. Dort unterschrieb die – des Bulgarischen nicht mächtige – Klägerin einen in bulgarischer Sprache abgefassten schriftlichen Kaufvertrag. Bei dieser Gelegenheit erfuhr sie, dass das Fahrzeug in der Vergangenheit einmal gestohlen worden war. Über den weiteren Inhalt der vor Ort geführten Gespräche bestand zwischen den Parteien Streit.

Tatsächlich befand sich das Fahrzeug nicht „in makellosem Bestzustand“. Vielmehr wies es zahlreiche Mängel unter anderem infolge eines schweren Unfalls auf. Die Klägerin hat die Verkäuferin deshalb vor dem Landgericht (LG) Hannover auf Schadenersatz in Anspruch genommen und die Klage ausdrücklich (nur) auf gesetzliche Ansprüche wegen einer behaupteten Täuschung im Sinne eines Betruges (§ 263 Strafgesetzbuch) gestützt – dies deshalb, weil für vertragliche Ansprüche aus dem Kaufvertrag vorliegend in jedem Fall bulgarische Gerichte zuständig wären und die Beklagte deshalb nicht in Deutschland verklagt werden kann.

Das erstinstanzlich zuständige LG Hannover hat seine internationale Zuständigkeit in dieser Sache bejaht und die Beklagte verurteilt (20 O 143/16). Die hiergegen erhobene Berufung der Beklagten hatte Erfolg. Das OLG Celle hat festgestellt, dass das LG tatsächlich nicht zuständig war. Die europarechtlichen Vorschriften sähen unter bestimmten Voraussetzungen zwar Möglichkeiten vor, Personen aus anderen EU-

Mitgliedsstaaten im eigenen Land (hier: Deutschland) zu verklagen. Diese Voraussetzungen lägen hier nicht vor.

Auch wenn die Klägerin den Schadenersatzanspruch nur auf den behaupteten Betrug stütze – für dessen Feststellung deutsche Gerichte zuständig wären, wenn die Täuschung in der Bundesrepublik stattgefunden hat – müsse hier berücksichtigt werden, dass die behauptete Täuschung über Fahrzeugmängel zugleich einen Verstoß gegen die Verpflichtung der Beklagten zur Lieferung eines vertragsgemäßen (mangelfreien) Porsches darstelle, weshalb der gesetzliche Anspruch nicht festgestellt werden könne, ohne den Inhalt des Vertrages und die Umstände des Vertragsschlusses zugrunde zu legen, für deren Prüfung aber die bulgarischen Gerichte zuständig seien.

Die Klage wurde als unzulässig abgewiesen. Das OLG Celle wies darauf hin, dass das durchgeführte Verfahren einer in Bulgarien zu erhebenden Klage der Klägerin gegen die Beklagte deshalb grundsätzlich nicht entgegen stehe.

Oberlandesgericht Celle, Urteil vom 06.02.2019, 7 U 102/18

## Online-Kauf einer Matratze auch nach Entfernen der Schutzfolie noch widerrufbar

Verbraucher können den im Internet getätigten Kauf einer Matratze auch dann widerrufen, wenn sie die Schutzfolie der Matratze nach der Lieferung entfernt haben. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) stellt klar, dass wie bei einem Kleidungsstück davon ausgegangen werden könne, dass der Unternehmer in der Lage ist, die Matratze mittels einer Reinigung oder Desinfektion wieder verkehrsfähig zu machen, ohne dass den Erfordernissen des Gesundheitsschutzes oder der Hygiene nicht genügt würde.

Ein Mann kaufte über die Website des deutschen Onlinehändlers slewo eine Matratze. Nach Erhalt der Ware entfernte er die Schutzfolie, mit der die Matratze versehen war. Sodann sandte er die Matratze an slewo zurück und verlangte die Erstattung des Kaufpreises in Höhe von 1.094,52 Euro und der Rücksendekosten.

Nach Ansicht von slewo konnte das Widerrufsrecht, das dem Verbraucher im Fall eines Onlinekaufs normalerweise 14 Tage lang zusteht, hier nicht ausgeübt werden. Die Verbraucherschutzrichtlinie schließe nämlich das Widerrufsrecht für „versiegelte Waren ...“, die aus Gründen





des Gesundheitsschutzes oder aus Hygienegründen nicht zur Rückgabe geeignet sind und deren Versiegelung nach der Lieferung entfernt wurde", aus.

Der mit dem Rechtsstreit befasste Bundesgerichtshof ersucht den EuGH um Auslegung der Richtlinie. Insbesondere möchte er wissen, ob eine Ware wie eine Matratze, deren Schutzfolie vom Verbraucher nach der Lieferung entfernt wurde, unter den in der Richtlinie vorgesehenen Ausschluss fällt.

Der EuGH verneint diese Frage. Folglich ist der Verbraucher nicht an der Ausübung seines Widerrufsrechts gehindert, weil er die Schutzfolie einer im Internet gekauften Matratze entfernt hat. Der Gerichtshof weist darauf hin, dass das Widerrufsrecht den Verbraucher in der besonderen Situation eines Verkaufs im Fernabsatz schützen soll, in der er keine Möglichkeit hat, die Ware vor Vertragsabschluss zu sehen. Es solle also den Nachteil ausgleichen, der sich für einen Verbraucher bei einem im Fernabsatz geschlossenen Vertrag ergibt, indem ihm eine angemessene Bedenkzeit eingeräumt wird, in der er die Möglichkeit hat, die gekaufte Ware zu prüfen und auszuprobieren, soweit dies erforderlich ist, um ihre Beschaffenheit, Eigenschaften und Funktionsweise festzustellen.

Was den hier in Rede stehenden Ausschluss anbelangt, sei es die Beschaffenheit einer Ware, die die Versiegelung ihrer Verpackung aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder aus Hygienegründen rechtfertigen kann. Die Entfernung der Versiegelung der Verpackung einer solchen Ware lasse daher die Garantie in Bezug auf Gesundheitsschutz oder Hygiene entfallen. Wenn bei einer solchen Ware die Versiegelung der Verpackung vom Verbraucher entfernt wurde und daher ihre Garantie in Bezug auf Gesundheitsschutz oder Hygiene entfallen ist, könne sie möglicherweise nicht mehr von einem Dritten verwendet und infolgedessen nicht wieder in den Verkehr gebracht werden.

Zum einen sei nämlich nicht ersichtlich, dass eine solche Matratze, auch wenn sie möglicherweise schon benutzt wurde, allein deshalb endgültig nicht von einem Dritten wiederverwendet oder nicht erneut in den Verkehr gebracht werden kann. Insoweit genüge der Hinweis, dass ein und dieselbe Matratze aufeinanderfolgenden Hotelgästen dient, ein Markt für gebrauchte Matratzen besteht und gebrauchte Matratzen einer gründlichen Reinigung unterzogen werden können.

Zum anderen könne eine Matratze im Hinblick auf das Widerrufsrecht

mit einem Kleidungsstück gleichgesetzt werden, das heißt mit einer Warenkategorie, für die die Richtlinie ausdrücklich die Möglichkeit der Rücksendung nach Anprobe vorsieht. Eine solche Gleichsetzung komme insofern in Betracht, als selbst bei direktem Kontakt dieser Waren mit dem menschlichen Körper davon ausgegangen werden könne, dass der Unternehmer in der Lage ist, sie nach der Rücksendung durch den Verbraucher mittels einer Behandlung wie einer Reinigung oder einer Desinfektion für eine Wiederverwendung durch einen Dritten und damit für ein erneutes Inverkehrbringen geeignet zu machen, ohne dass den Erfordernissen des Gesundheitsschutzes oder der Hygiene nicht genügt würde.

Der EuGH betont allerdings, dass der Verbraucher gemäß der Richtlinie für jeden Wertverlust einer Ware haftet, der auf einen zur Prüfung der Beschaffenheit, Eigenschaften und Funktionsweise der Ware nicht notwendigen Umgang zurückzuführen ist, ohne dass er deshalb sein Widerrufsrecht verlöre.

Gerichtshof der Europäischen Union, Urteil vom 27.03.2019, C-681/17



# Wirtschaft, Wettbewerb & Handel

## Soziale Medien: „Taggen“ von Fotos ohne Werbekennzeichnung als Schleichwerbung verboten

Die Influencerin Pamela Reif muss ihre auf Instagram platzierte Werbung als solche kennzeichnen. Dies hat das Landgericht (LG) Karlsruhe entschieden. Es folgt damit dem Antrag eines Wettbewerbsvereins, zu dessen Mitgliedern Verlage und Werbeagenturen zählen.

Die Instagram-Posts der Beklagten, die Gegenstand des Rechtsstreits waren, bestehen aus jeweils einem Foto ihrer selbst mit Begleittext. Klickt man auf das Foto, erscheinen so genannte Tags, die den Namen der Marke der von der Beklagten getragenen Kleidung oder Accessoires enthalten. Mit einem Klick auf einen solchen Tag gelangt man zum Instagram-Account des jeweiligen Markenherstellers. Die Posts sind nicht als Werbung gekennzeichnet.

Das deutsche Wettbewerbsrecht verbietet in § 5a Absatz 6 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb geschäftliche Handlungen, deren kommerzieller Zweck nicht kenntlich gemacht wird, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt und sofern das Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Der Gesetzgeber setzt mit dieser Norm EU-Recht um.

Das LG sieht in dem Vorgehen der Beklagten einen Wettbewerbsverstoß. Die Posts der Beklagten weckten das Interesse an den getragenen Kleidungsstücken et cetera. Indem die Nutzer durch nur zwei Klicks auf die Herstellerseite gelangen können, würden Image und Absatz des jeweiligen Herstellers gefördert. Dass die Beklagte durch das Taggen nach eigener Darstellung vorrangig Nachfragen der Follower („Woher hast Du Dein Kleid?“) vermeiden möchte, stehe dem zugleich verfolgten geschäftlichen Zweck nicht entgegen.

Auch die (scheinbare) Privatheit mancher Posts und der Umstand, dass die Beklagte nicht für alle Posts bezahlt wird, änderten daran nichts, so das LG weiter. Es sei das Wesen der Influencer-Werbung, dass der Influencer immer zugleich an seinem Image und seiner Authentizität arbeite, wozu er die passenden Marken und Artikel bewirbt, und den Kreis seiner Follower „pflegt“, die seine Glaubwürdigkeit schätzen und Teil der Community „ihres“ Influencers sein möchten. Insofern fördere die Beklagte durch ihre Posts stets auch ihre eigenen geschäftlichen

Aktivitäten. Denn Unternehmen seien für ihre Werbung an möglichst glaubwürdigen Werbeträgern interessiert.

Eine Kennzeichnung als Werbung sei auch nicht entbehrlich. Keinesfalls wüssten alle Follower den werblichen Charakter des Auftretens von Influencern einzuschätzen; dies gelte insbesondere für die teils sehr jungen Abonnenten der Beklagten.

Das Urteil ist nicht rechtskräftig. Die Beklagte kann Berufung zum Oberlandesgericht Karlsruhe einlegen.

Landgericht Karlsruhe, Urteil vom 21.03.2019, 13 O 38/18 KfH, nicht rechtskräftig

## Onlinehändler: Veränderte „existenzgefährdende“ Vollzugspraxis einiger Finanzämter in der Kritik

Eine veränderte Vollzugspraxis bei einzelnen Finanzämtern in Bezug auf Onlinehändler moniert der Bundesverband E-Commerce und Versandhandel Deutschland e.V. (bevh). So werde Onlinemarketing unter Einschaltung von nicht in Deutschland ansässigen Unternehmen nicht mehr als Dienstleistung, sondern als „Nutzungsüberlassung von Rechten und ähnlichen Erfahrungen“ im Sinne des § 49 Absatz 1 Nr. 9 EStG deklariert. Einkünfte daraus wären dann mit einem Steuersatz von 15 Prozent quellensteuerpflichtig im Sinne des § 50a EStG, so der bevh.

Der Verband hält die neue Prüfpraxis der Finanzverwaltung für sachfremd. Sie führe zu „massiver Verunsicherung innerhalb der deutschen E-Commerce-Wirtschaft“. Betroffene Unternehmen sähen sich völlig überraschend erheblichen Nachforderungen für mehrere Jahre ausgesetzt. Da diese nicht vorhersehbar gewesen seien, seien auch keine Rücklagen gebildet worden. Solche Nachforderungen könnten existenzgefährdend sein, gibt der bevh zu bedenken.

„Dieser existenzbedrohenden neuen Verwaltungspraxis muss umgehend durch eine Klarstellung des Bundesfinanzministeriums Einhalt geboten werden“, fordert bevh-Hauptgeschäftsführer Christoph Wenk-Fischer. Mit Schreiben vom Oktober 2017 habe das Ministerium bereits Stellung zu vergleichbaren Regelungen hinsichtlich Computer-Software und Datenbanken bezogen. Mit einer entsprechenden Ergänzung und Klarstellung könnte es der deutschen E-Commerce-Branche schnell nötige Rechtssicherheit und Verlässlichkeit zurückgeben.



„Sonst bleibt den Unternehmen nur der jahrelange Klageweg vor den Finanzgerichten bis hin zum Bundesfinanzhof“, so Wenk-Fischer weiter. „Damit würde dem aktiven Bemühen der Bundesregierung zugunsten einer weiteren Digitalisierung der Wirtschaft ein Bärendienst erwiesen.“

Bundesverband E-Commerce und Versandhandel Deutschland e.V., PM vom 19.02.2019

### Werbung für Plüschtiere: Verbraucher können Höhe und Diagonale unterscheiden

Verbraucher können auch bei nur geringer Aufmerksamkeit erkennen, dass die Diagonale eines Plüschtieres größer ist als seine Stehhöhe. Dies hat das Oberlandesgericht (OLG) Köln in einem aktuellen Urteil zugrunde gelegt.

In dem Rechtsstreit hatten sich zwei Plüschtier-Importeure darüber gestritten, ob die Verbraucher durch die Werbung des beklagten Unternehmens in die Irre geführt werden. Dieses hatte bei den gängigen Online-Verkaufsportalen die Höhe der bis zu 160 Zentimeter großen Teddybären gemessen vom linken Ohr bis zum rechten Fuß angegeben. Diese Diagonale war auch auf den Verkaufsbildern eingezeichnet. Das klagende Unternehmen hielt dies für eine Irreführung der Verbraucher. Die tatsächliche Stehhöhe der Tiere, gemessen vom Scheitel bis zur Sohle, sei nämlich rund 15 Prozent kleiner als die angegebenen Maße. Verbraucher würden sich keine Gedanken darüber machen, dass die diagonale Messung ein größeres Längenmaß ergebe als eine Messung vom Scheitel bis zur Sohle.

Die Beklagte hielt dagegen, dass die Diagonale auf den Bildern korrekt eingezeichnet sei. Den Verbrauchern sei bekannt, dass eine Diagonale länger sei als die bloße Höhe. Dies ergebe sich bereits aus der Werbung für TV-Geräte, bei denen stets die Diagonale angegeben werde.

Das OLG Köln folgte der Argumentation der Beklagten und wies – anders als noch das Landgericht – die Klage ab. Aufgrund der eingezeichneten Diagonale sei für die Verbraucher auch bei nur geringer Aufmerksamkeit klar, dass sich die angegebene Länge auf die Diagonale und nicht auf die Höhe des Plüschtieres beziehe. Anders als die Klägerin ging das OLG davon aus, dass den durchschnittlichen Verbrauchern das Verhältnis einer Diagonalen zur Höhe bewusst sei.

Die Erkenntnis, dass die Diagonale länger sei als die Höhe, ergebe sich schon aus mathematischen Grundkenntnissen. Auf den Werbebildern sei die eingezeichnete Diagonale auch erkennbar länger als die Höhe. Schließlich sei die Größe eines Plüschtieres nur eines von mehreren Kriterien, das beim Kauf eine Rolle spiele. Für die Kaufentscheidung sei zumeist wichtiger, ob das Plüschtier „süß“ aussehe.

Das OLG hat die Revision nicht zugelassen.

Oberlandesgericht Köln, Urteil vom 06.02.2019, 6 U 141/18

### Markenrecht: „Glen“ dürfen deutsche Whiskys nicht heißen

Ein in Deutschland (hier in der Nähe von Stuttgart) gebrannter Whisky (hier ging es um „Glen Buchenbach“) darf nicht länger den Zusatz „Glen“ im Namen tragen.

Das Landgericht Hamburg urteilte, dass mit diesem Namensbestandteil die besonders geschützte geografische Angabe „Scotch“ beeinträchtigt werde. Durch die EU-Spirituosenverordnung werde nicht allein die direkte Verwendung der geografischen Herkunftsbezeichnung geschützt, sondern auch angrenzende irreführende Bezeichnungen. Dabei sei auf das einzelne Wort abzustellen, nicht auf den Gesamteindruck des Produkts. Klarstellende Hinweise auf der Verpackung zur Herkunft reichten nicht aus. Die meisten Whiskys in Europa mit dem Namensteil „Glen“ seien nämlich schottischen Ursprungs.

Der Europäische Gerichtshof hatte den Fall unter dem Aktenzeichen C 44/17 bereits auf dem Tisch und hatte ihn an die deutsche Justiz zurückverwiesen.

LG Hamburg, 327 O 127/16 vom 07.02.2019