

Ihre Steuerkanzlei informiert.

# SCHAUFENSTER STEUERN 04/2017

## Termine

Steuern und Sozialversicherung

## Häusliches Arbeitszimmer

Höchstbetragsgrenze personenbezogen zu ermitteln

## Steuererklärung

Durchschnittliche Erstattung lag bei 901 Euro

Sehr geehrte Mandanten,

stellen Sie sich vor, der eine muss etwas zahlen und kann dies steuer-mindernd berücksichtigen, obwohl der andere, der es bekommt, nichts versteuern muss. Ein Traum, oder?

Tatsächlich ist dieser Traum Wirklichkeit geworden. Ehrlicherweise muss man jedoch gestehen, dass man sich dafür zunächst um ein Erbe streiten muss. Wird dieser Streit jedoch dann im Rahmen eines Vergleichs beigelegt und der schlussendliche Erbe zahlt eine Abfindung, damit er seine Erbenstellung antreten kann und der andere Erbkandidat von Dannen zieht, ist die Konstellation perfekt - und dies sogar mit höchstrichterlicher Akzeptanz.

So hat der BFH (Az: II R 34/09) bereits vor Jahren klargestellt, dass der Erhalt einer Abfindung, weil man auf seine potenzielle Stellung als Erbe verzichtet, nicht der Erbschaftsteuer unterliegt. Dies deutete das Finanzamt so, dass quasi korrespondierend dazu auch die Zahlung der Abfindung nicht mehr als Nachlassverbindlichkeit erbschaftsteuermin-dernd zu berücksichtigen ist. Weit gefehlt, wie aktuell der BFH (Az: II R 24/15) klarstellt. Eine korrespondierende Besteuerung gibt es an dieser Stelle nämlich nicht, und sie kann auch nicht hergeleitet werden. Das bedeutet: Eine Abfindungszahlung, die der Erbe an den weichenden Erbkandidaten zur Beendigung eines gerichtlichen Rechtsstreits wegen der Klärung der Erbenstellung entrichtet, ist definitiv als Nachlassver-bindlichkeit abzugsfähig.

Sicher bietet dies kaum Gestaltungsmöglichkeiten, aber für den Fall der Fälle kann es Gold wert sein, es zu wissen.

Eine informative Lektüre wünscht Ihnen

Angela Montag  
Steuerberaterin

# Inhalt

## Hinweis:

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

## Alle Steuerzahler

4

- Termine: Steuern und Sozialversicherung
- Häusliches Arbeitszimmer: Höchstbetragsgrenze personenbezogen zu ermitteln
- Steuererklärung: Durchschnittliche Erstattung lag bei 901 Euro
- Steuererklärung: Verpflichtung zu Abgabe in elektronischer Form kann wirtschaftlich unzumutbar sein
- Finanzgerichtsbarkeit Nordrhein-Westfalen: Pilotversuch eAkte ist gestartet

## Unternehmer

6

- Selbstanzeige während Betriebsprüfung: Beweisschwierigkeiten aufgrund Zeitablaufs gehen zulasten des Steuerpflichtigen
- Arbeitsverhältnisse zwischen (nahestehenden) fremden Dritten: Keine Anwendung der Fremdvergleichsgrundsätze
- Schenkungsteuer: Steuerbefreiung für Übertragung eines Kommanditanteils trotz Stimmrechtsvollmacht zugunsten des Schenkers

## Kapitalanleger

8

- Anteil am Kapital einer ausländischen Gesellschaft bestimmt sich nicht nach tatsächlichen Aktienverkäufen
- Aktientausch nach Einführung der Abgeltungsteuer: Barabfindung nicht zu besteuern
- Insiderhandel und Marktmanipulation: Keine "Strafbarkeitslücke"
- Optionsgeschäft: Von Stillhalter gezahlter Barausgleich als Verlust steuerlich zu berücksichtigen

## Immobilienbesitzer

10

- Degressive Gebäude-AfA: Kein Wechsel zur Abschreibung nach tatsächlicher Nutzungsdauer
- Gebäudesanierung: Anschaffungsnahe Herstellungskosten anstelle Sofortabzug
- Mietprelsbremse: Vermieterin muss überhöhte Miete zurückzahlen

## Angestellte

12

- Nach Tod eines Arbeitnehmers: EuGH soll Urlaubsabgeltung klären
- Mobbing am Arbeitsplatz: Arbeitslosengeld trotz Beschäftigungsverhältnisses
- Arbeitsvertragsänderungen können als AGB der Inhaltskontrolle unterliegen

## Familie und Kinder

14

- Nicht miteinander verheiratete Eltern: OLG Hamm präzisiert Anforderungen an gemeinsame elterliche Sorge
- Witwenrente muss nach nicht mitgeteilter Wiederheirat zurückgezahlt werden

## Arbeit, Ausbildung & Soziales

16

- Gesetzliche Unfallversicherung: Kein "isolierter Meniskusschaden" ohne Begleitverletzungen am Kapsel-Band-Apparat
- Sehenscheidenentzündung eines Straßenbauers und Pflasterers muss keine Berufskrankheit sein
- Übernahme einer Pensionszusage gegen Ablösungszahlung: Kein Zufluss von Arbeitslohn

## Bauen & Wohnen

18

- Bausparkasse darf Bauspardarlehen zehn Jahre nach Zuteilungsreife kündigen
- Zugemauertes Gebäude bleibt ein Gebäude

## Ehe, Familie & Erben

20

- Erbschaftsteuer von 30 Prozent für Erwerber der Steuerklasse II ist verfassungsgemäß
- Erbverzicht gegen Übereignung eines Nissan GTR X kann sittenwidrig sein
- Pflegeheim: Tochter haftet trotz Ausschlagung der Erbschaft für rückständige Kosten

## Medien & Telekommunikation

22

- Auskunftsanspruch der Presse kann sich auch gegen Aktiengesellschaft richten
- Steuerabzug auch bei umfassender Rechteüberlassung ausländischer Autoren und Journalisten
- Videostreaming-Plattformen: Verurteilung wegen Betriebs von "kino.to" und "kinox.to" ist rechtskräftig
- Routerfreiheit gilt auch für Bestandskunden

## Staat & Verwaltung

24

- Bayern: Kein Anspruch auf Wahl der CDU
- Krankhafte Querulanz kann zu Unzulässigkeit einer Klage führen
- Neues BKA-Gesetz: stärkt Rolle des Bundeskriminalamts
- Kurze Verjährung bei subventionsrechtlichen Erstattungsansprüchen

## Bußgeld & Verkehr

26

- Elfjähriger Radfahrer kann für Zusammenstoß mit 57-jähriger Radfahrerin allein haften

- Hartnäckiges Falschparken rechtfertigt Fahrerlaubnisentzug
- Keine Erpressung durch Parkkrallen: Freispruch eines Abschleppunternehmers ist rechtskräftig

## Verbraucher, Versicherung & Haftung

28

- Telefonnummer eines Kundendienstes darf keine teure 0180-Nummer sein
- Pkw-Kauf: Abwarten bei sporadisch auftretendem sicherheitsrelevantem Mangel für Käufer unzumutbar
- Überteuerter Schlüsseldienst: Im Regelfall keine Strafbarkeit wegen Wuchers

## Wirtschaft, Wettbewerb und Handel

30

- Wettbewerbsrecht: Gekaufte Top-Platzierung muss auch so gekennzeichnet sein
- Beschränkung eines Internetangebots auf Gewerbetreibende setzt klaren und transparenten Hinweis hierauf voraus
- Unter Kaufleuten: 3.000 Euro Vertragsstrafe für unerwünschte Werbe-E-Mail nach entsprechendem Vertragsstrafeversprechen rechtens

# Alle Steuerzahler

## Termine: Steuern und Sozialversicherung

10.04.

- Umsatzsteuer
- Lohnsteuer
- Kirchensteuer zur Lohnsteuer

Die dreitägige Zahlungsschonfrist endet am 13.04. für den Eingang der Zahlung.

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

Fälligkeit der Sozialversicherungsbeiträge April 2017

Die Beiträge sind in voraussichtlicher Höhe der Beitragsschuld spätestens am drittletzten Bankarbeitstag eines Monats fällig. Für April ergibt sich demnach als Fälligkeitstermin der 26.04.2017.

## Häusliches Arbeitszimmer: Höchstbetragsgrenze personenbezogen zu ermitteln

Nutzen mehrere Steuerpflichtige ein häusliches Arbeitszimmer gemeinsam, ist die Höchstbetragsgrenze von 1.250 Euro personenbezogen anzuwenden, sodass jeder von ihnen seine Aufwendungen hierfür bis zu dieser Obergrenze einkünftermindernd geltend machen kann. Dies hat der BFH mit zwei Urteilen entschieden und dabei seine Rechtsprechung zu § 4 Absatz 5 Satz 1 Nr. 6b Satz 2 EStG zugunsten der Steuerpflichtigen geändert.

Der BFH ist bislang von einem objektbezogenen Abzug der Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer ausgegangen. Die abziehbaren Aufwendungen waren hiernach unabhängig von der Zahl der nutzenden Personen auf 1.250 Euro begrenzt. Nunmehr kann der Höchstbetrag von jedem Steuerpflichtigen in voller Höhe in Anspruch genommen werden, der das Arbeitszimmer nutzt, sofern in seiner Person die Voraussetzungen des § 4 Absatz 5 Satz 1 Nr. 6b Satz 2 EStG erfüllt sind.

Im ersten Fall (VI R 53/12) nutzten die Kläger gemeinsam ein häusliches Arbeitszimmer in einem Einfamilienhaus, das ihnen jeweils zur

Hälfte gehörte. Finanzamt und Finanzgericht (FG) erkannten die Aufwendungen für das häusliche Arbeitszimmer von jährlich circa 2.800 Euro nur in Höhe von 1.250 Euro an und ordneten diesen Betrag den Klägern je zur Hälfte zu.

Der BFH hat die Vorentscheidung aufgehoben. Der auf den Höchstbetrag von 1.250 Euro begrenzte Abzug der Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer sei jedem Steuerpflichtigen zu gewähren, dem für seine betriebliche oder berufliche Tätigkeit kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung steht, wenn er in dem Arbeitszimmer über einen Arbeitsplatz verfügt und die geltend gemachten Aufwendungen getragen hat. Der BFH hat zudem klargestellt, dass die Kosten bei Ehegatten jedem Ehepartner grundsätzlich zur Hälfte zuzuordnen sind, wenn sie bei hälftigem Miteigentum ein häusliches Arbeitszimmer gemeinsam nutzen. Im Streitfall hatte das FG jedoch nicht geprüft, ob der Klägerin in dem Arbeitszimmer ein eigener Arbeitsplatz in dem für ihre berufliche Tätigkeit konkreter erforderlichen Umfang zur Verfügung stand. Der BFH hat die Sache deshalb an das FG zurückverwiesen.

Im zweiten Fall (VI R 86/13) hat der BFH darüber hinaus betont, dass für den Abzug der Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer feststehen muss, dass dort überhaupt eine berufliche oder betriebliche Tätigkeit entfaltet wird. Außerdem müsse der Umfang dieser Tätigkeit es glaubhaft erscheinen lassen, dass der Steuerpflichtige hierfür ein häusliches Arbeitszimmer vorhält. Dies hatte das FG nicht aufgeklärt. Der BFH musste die Vorentscheidung daher auch in diesem Verfahren aufheben und die Sache an das FG zurückverweisen.

Bundesfinanzhof, Urteile vom 15.12.2016, VI R 53/12 und VI R 86/13

## Steuererklärung: Durchschnittliche Erstattung lag bei 901 Euro

Bis zum 31. Mai jeden Jahres müssen Steuerpflichtige, die für das Vorjahr eine Steuererklärung abgeben müssen, diese an das zuständige Finanzamt übermitteln. 2012 gab es in Deutschland rund 13,1 Millionen unbeschränkt Steuerpflichtige, die ausschließlich Einnahmen aus nichtselbstständiger Arbeit und eventuell Kapitaleinkünfte erzielten. 11,4 Millionen dieser Steuerpflichtigen erhielten laut Statistischem Bundesamt (Destatis) im Rahmen der Einkommensteuerveranlagung eine Steuererstattung. Diese habe im Durchschnitt bei 901 Euro gelegen.



Besonders häufig waren laut Destatis Rückerstattungen zwischen 100 und 1.000 Euro (61 Prozent). Bei rund zehn Prozent der Betroffenen sei die Rückzahlung geringer als 100 Euro ausgefallen. Beträge über 5.000 Euro hätten die Finanzämter in einem Prozent der Fälle erstattet.

Eine Nachzahlung an das Finanzamt mussten nach Angaben des Bundesamtes 1,5 Millionen Steuerpflichtige leisten – der durchschnittliche Betrag habe bei 965 Euro gelegen. Die Nachzahlungen hätten sich ebenso wie die Erstattungen besonders häufig im Bereich zwischen 100 und 1.000 Euro bewegt (59 Prozent). Kleinere Beträge unter 100 Euro hätten 22 Prozent der Steuerpflichtigen zahlen müssen. Hohe Summen über 5.000 Euro betrafen laut Destatis dagegen lediglich drei Prozent der Steuerpflichtigen.

Statistisches Bundesamt, PM vom 16.02.2017

### **Steuererklärung: Verpflichtung zu Abgabe in elektronischer Form kann wirtschaftlich unzumutbar sein**

Die Verpflichtung zur Abgabe einer Steuererklärung in elektronischer Form kann wirtschaftlich unzumutbar sein. Dies hat das FG Rheinland-Pfalz zugunsten eines Zeitungszustellers mit geringen jährlichen Einnahmen entschieden.

Der Kläger erzielte aus seiner Tätigkeit als selbstständiger Zeitungszusteller in den Jahren 2013 und 2014 Einnahmen von knapp 6.000 Euro jährlich. Den Lebensunterhalt bestreift er mit Einkünften aus seinem Kapitalvermögen. Seine Einkommensteuererklärungen gab er auf amtlichem Vordruck handschriftlich ab. Im Juli 2015 forderte ihn das beklagte Finanzamt auf, seine Einkommensteuererklärung künftig in elektronischer Form (nach amtlich vorgeschriebenem Datensatz durch Datenfernübertragung) abzugeben. Daraufhin beantragte der Kläger, seine Einkommensteuererklärung aus Billigkeitsgründen auch weiterhin in Papierform abgeben zu dürfen, da er weder die entsprechende Hardware noch einen Internetanschluss besitze und nur über eine sehr eingeschränkte „Medienkompetenz“ verfüge.

Das FG hob die ablehnende Entscheidung des Finanzamtes auf und gab der Klage statt. Der Kläger, so das FG, habe einen Anspruch darauf, vom Formerfordernis (elektronische Form) befreit zu werden, weil ihm dies angesichts seiner geringen Betriebseinnahmen wirtschaftlich nicht zuzumuten sei. Denn zu den Kosten der Umstellung auf den elek-

tronischen Verkehr mit dem Finanzamt gehörten nicht nur die Aufwendungen für die Anschaffung der Hard- und Software, sondern auch für deren Einrichtung, Wartung und ähnliche Dienstleistungen. Alle diese Kosten müssten in einer wirtschaftlich sinnvollen Relation zu dem Betrieb beziehungsweise den daraus erzielten Einkünften stehen. Da nur die Verhältnisse des konkreten Betriebes maßgeblich seien, komme es für die Frage der wirtschaftlichen Zumutbarkeit auch nicht darauf an, ob und in welcher Höhe der Steuerpflichtige noch andere Einkünfte oder Vermögen habe. Deshalb seien auch die (nicht unerheblichen) Einkünfte des Klägers aus Kapitalvermögen insoweit irrelevant. Solche Einkünfte – seien sie auch noch so hoch – lösten kraft Gesetzes keine Verpflichtung zur Abgabe der Einkommensteuererklärung in elektronischer Form aus.

Die Revision zum Bundesfinanzhof (BFH) wurde nicht zugelassen, allerdings hat das beklagte Finanzamt Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision beim BFH eingelegt.

Finanzgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 12.10.2016, 2 K 2352/15

### **Finanzgerichtsbarkeit Nordrhein-Westfalen: Pilotversuch eAkte ist gestartet**

An den drei nordrhein-westfälischen Finanzgerichten wird seit dem 01.03.2017 die führende elektronische Gerichtsakte pilotiert. Dies bedeutet, dass in jeweils zwei Pilotensenen für alle ab dem 01.03.2017 neu eingehenden Verfahren keine Papier-Akte mehr geführt wird, sondern ausschließlich eine elektronische Akte. Die Finanzgerichte in Düsseldorf, Köln und Münster gehören damit zu den ersten Gerichten, die mit einer führenden elektronischen Akte arbeiten, meldet das FG Münster.

Die Finanzgerichte hätten bereits 2004 den elektronischen Rechtsverkehr eröffnet, der es den Verfahrensbeteiligten ermöglicht, mit dem Gericht elektronisch zu kommunizieren. Bei der Einführung der elektronischen Gerichtsakte handele es sich „um einen weiteren bedeutenden Meilenstein“ in der fortschreitenden Digitalisierung. Die Finanzgerichte hofften, in absehbarer Zeit auch die Steuerakten von der Finanzverwaltung in elektronischer Form bereitgestellt zu bekommen, so das FG Münster.

Finanzgericht Münster, PM vom 01.03.2017

# Unternehmer

## Selbstanzeige während Betriebsprüfung: Beweisschwierigkeiten aufgrund Zeitablaufs gehen zulasten des Steuerpflichtigen

Erklärt der Steuerpflichtige während einer Betriebsprüfung im Rahmen einer Selbstanzeige erstmalig (weitere) Betriebseinnahmen und zugleich damit im Zusammenhang stehende Aufwendungen für an ihn erbrachte Fremdleistungen, so gehen Beweisschwierigkeiten aufgrund des Zeitablaufs zu seinen Lasten.

Das gilt nach einem aktuellen Urteil des Finanzgericht (FG) Hamburg insbesondere, wenn keine schriftlichen Verträge vorgelegt werden, der angebliche Zahlungsempfänger die Beträge in bar erhalten haben soll und dieser Zahlungsempfänger mittlerweile verstorben ist.

Finanzgericht Hamburg, Urteil vom 29.06.2016, 6 K 227/15, rechtskräftig

## Arbeitsverhältnisse zwischen (nahestehenden) fremden Dritten: Keine Anwendung der Fremdvergleichsgrundsätze

Die Grundsätze für die steuerliche Anerkennung von Angehörigenverträgen, insbesondere der Fremdvergleich, sind auf Arbeitsverhältnisse zwischen fremden Dritten grundsätzlich nicht anzuwenden. Eine Anwendung ist auch dann ausgeschlossen, wenn zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein gewisses Näheverhältnis (zum Beispiel eine ehemalige nichteheliche Lebensgemeinschaft) besteht. Dies hebt das Finanzgericht (FG) Niedersachsen hervor.

Im zugrunde liegenden Fall bestand zwischen dem selbstständig tätigen Kläger und seiner ehemaligen Lebenspartnerin, die mit Rücksicht auf das gemeinsame Kind auch nach der Trennung in räumlicher Nähe zueinander wohnten, seit 2006 ein steuerlich anerkanntes Arbeitsverhältnis (Minijob). Das Finanzamt ließ die Kosten des Arbeitsverhältnisses im Anschluss an eine Betriebsprüfung ab Mitte 2009 nicht mehr zum Abzug zu, weil der Kläger seiner einzigen Bürokraft anstatt des Lohnes von monatlich 400 Euro einen Pkw der unteren Mittelklasse zur betrieblichen (35 Prozent) und privaten Nutzung überließ. Das Finanzamt meinte, dass das Arbeitsverhältnis ab dem Zeitpunkt der Pkw-Überlassung einem Fremdvergleich, der auch bei Vertragsverhält-

nissen zwischen nur nahestehenden Personen anzuwenden sei, nicht standhalte.

Dem ist das FG Niedersachsen entgegengetreten. Es stellt sich damit eigenen Angaben zufolge grundsätzlich gegen aufkommende Tendenzen in der aktuellen Rechtsprechung einiger Senate des Bundesfinanzhofs, die die Angehörigengrundsätze auch auf (nur) nahe stehende Personen (etwa langjährige Freunde), die kein verwandtschaftliches Verhältnis verbindet, anwenden (insbesondere in Fällen wechselseitiger Arbeits- oder Mietverhältnisse). Nach Auffassung des FG Niedersachsen besteht für eine solche Ausdehnung der strengeren Abzugsvoraussetzungen keine Notwendigkeit. Bestehen Anhaltspunkte für einen Gestaltungsmissbrauch oder ein Scheinvertragsverhältnis bei nahestehenden Personen, reiche das gegenwärtige Verfahrensrecht, insbesondere §§ 41 Absätze 2, 42 Abgabenordnung, aus, um entsprechenden Gestaltungen zu begegnen.

Unabhängig davon ist das FG zu der Überzeugung gelangt, dass die Überlassung eines Fahrzeugs der unteren Mittelklasse an eine (nahestehende) Minijobberin auch zur privaten Nutzung anstatt des zuvor vereinbarten Barlohns von 400 Euro zumindest dann einem Fremdvergleich standhält, wenn der Pkw wegen einer signifikanten betrieblichen Nutzung (im Streitfall: 35 Prozent) Betriebsvermögen darstellt, die Arbeitnehmerin die einzige Büroangestellte ist und der geldwerte Vorteil für die Privatnutzung gemäß § 8 Absatz 2 in Verbindung mit § 6 Absatz 1 Nr. 4 des Einkommensteuergesetzes ebenfalls mit 400 Euro zu bewerten ist. Der Neunte Senat des FG Niedersachsen grenzt sich dabei auch von den bisher im Niedersächsischen FG zu dieser Problematik ergangenen Urteilen ab, die Pkw-Überlassungen im Rahmen von Angehörigen-Arbeitsverhältnissen betrafen (vgl. zum Beispiel Urteile vom 14.08.2007, 15 K 335/06 und vom 31.08.2013, 3 K 475/11, sowie nachfolgend BFH-Beschluss vom 21.01.2014, X B 181/13).

Die Revision zum BFH wurde wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache und zur Fortbildung des Rechts zugelassen. Ob die Finanzverwaltung die Revision einlegen wird, steht laut FG Niedersachsen noch nicht fest.

Finanzgericht Niedersachsen, Urteil vom 16.11.2016, 9 K 316/15



### Schenkungsteuer: Steuerbefreiung für Übertragung eines Kommanditanteils trotz Stimmrechtsvollmacht zugunsten des Schenkers

Der Freibetrag und Bewertungsabschlag für Betriebsvermögen sind bei der Schenkungsteuerberechnung auch dann zu gewähren, wenn ein Kommanditanteil unter Wahrung der Stimmrechtsvollmacht zugunsten des Schenkers übertragen wird. Dies geht aus einem Urteil des Düsseldorfer Finanzgerichts (FG) hervor. Insbesondere lasse ein nach den Vorgaben des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) ausgestalteter Nießbrauch die Mitunternehmerinitiative des Erwerbers nicht entfallen.

Der Kläger übertrug seinem am 01.07.1989 geborenen Sohn mit notariellem Vertrag vom 28.12.2006 einen Teilkommanditanteil an der gewerblich tätigen A-KG im Umfang von nominal 5.000 Euro unter Nießbrauchsvorbehalt. Dabei wurde vereinbart, dass der Erwerber den Schenker auf dessen Lebenszeit bevollmächtigt, den Erwerber in den Gesellschafterversammlungen der KG zu vertreten und das Stimmrecht aus dem geschenkten Gesellschaftsanteil auszuüben. Ferner verpflichtete sich der Erwerber, zu Lebzeiten des Schenkers keinerlei Verfügungen über den geschenkten Gesellschaftsanteil vorzunehmen oder in diesem Zusammenhang Vereinbarungen zu treffen. Etwa anfallende Schenkungsteuer sollte der Kläger tragen.

Das beklagte Finanzamt nahm den Kläger für den Erwerb seines Sohnes auf Schenkungsteuer in Anspruch, wobei ein Teilbetrag zinslos gestundet wurde. Die Steuerberechnung nahm es nach den Grundsätzen der gemischten Schenkung vor. Durch den lebenslänglichen Nießbrauchs-, Verwaltungs- und Stimmrechtsvorbehalt des Klägers habe dessen Sohn kein Betriebsvermögen erworben, sodass die entsprechende Steuerbefreiung nicht in Betracht komme. Der Sohn des Klägers sei nämlich nicht Mitunternehmer geworden.

Die Klage hatte Erfolg. Nach Ansicht des FG hat das Finanzamt den Freibetrag und Bewertungsabschlag für Betriebsvermögen zu Unrecht nicht gewährt. Die Steuervergünstigung für inländisches Betriebsvermögen gelte auch beim Erwerb eines Anteils an einer Mitunternehmerschaft, wenn das durch Schenkung unter Lebenden erworbene Vermögen durchgehend sowohl beim bisherigen als auch beim neuen Rechtsträger den Begünstigungstatbestand erfülle. Dies setze voraus,

dass der Erwerber Mitunternehmer werde, das heißt Mitunternehmerinitiative entfalten könne und Mitunternehmerrisiko trage.

Die Steuervergünstigungen seien auch dann zu gewähren, wenn sich der Schenker bei der Übertragung einer Beteiligung an einer Personengesellschaft den Nießbrauch vorbehalte. Dies setze allerdings wiederum voraus, dass der übertragene Gesellschaftsanteil die Stellung eines Mitunternehmers vermittele. Ein nach den Vorgaben des BGB ausgestalteter Nießbrauch lasse die Mitunternehmerinitiative des Erwerbers nicht entfallen.

Dem Kläger seien die Stimm- und Verwaltungsrechte seines Sohnes nicht übertragen worden. Er sei allein unwiderruflich bevollmächtigt, diese für seinen Sohn wahrzunehmen. Diese Vollmacht habe auch umfassend zur Abgabe aller sonstigen Erklärungen mit Bezug zur A-KG gegolten. Er habe daher auch an Grundlagengeschäften mitwirken können. Andererseits sei der Sohn des Klägers nicht gehindert gewesen, die ihm als Kommanditisten zustehenden Stimm- und Verwaltungsrechte selbst wahrzunehmen. Dies sei weder ausgeschlossen noch sanktionsbewehrt gewesen. Daher sei dem Sohn Mitunternehmerinitiative zuzuerkennen. Mitunternehmerrisiko habe er ebenfalls getragen. Das Risiko des Verlusts seiner Einlage und die Möglichkeit, an den Gewinnen aus der Auflösung stiller Reserven beteiligt zu werden, seien ihm verblieben. Damit vermindere sich der steuerpflichtige Erwerb um die steuerfreien Teile.

Das FG hat die Revision zum Bundesfinanzhof zugelassen.

Finanzgericht Düsseldorf, Urteil vom 04.08.2016, 4 K 3250/15 Erb

# Kapital- anleger

## Anteil am Kapital einer ausländischen Gesellschaft bestimmt sich nicht nach tatsächlichen Aktienverkäufen

Die Berechnung des Anteils am Kapital einer nach US-amerikanischem Recht gegründeten Inc. für Zwecke des § 17 Einkommensteuergesetz (EStG) kann nicht nach den tatsächlich im Streubesitz befindlichen Anteilen erfolgen. Dies stellt das Finanzgericht (FG) Münster klar.

Der Kläger beteiligte sich an einer nach US-amerikanischem Recht gegründeten Inc., die mit einer deutschen Aktiengesellschaft vergleichbar ist. Im Unternehmensregister des Bundesstaats Nevada war die Gesellschaft mit einem „authorized capital“ von 50 Millionen US-Dollar eingetragen. In gleicher Höhe bestand auch eine Eintragung des Kapitals in das deutsche Handelsregister für die inländische Zweigniederlassung. Der Kläger hielt hiervon 129.300 Anteile. Nachdem sich herausgestellt hatte, dass der Kläger – ebenso wie andere inländische Anleger – wohl einem Kapitalanlagebetrug zum Opfer gefallen war, sprach ihm das Landgericht (LG) einen Schadenersatzanspruch in Höhe des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückübertragung der Anteile gegen den CEO der Inc. zu, den er jedoch nicht Beitreiben konnte.

Das Finanzamt lehnte die Anerkennung des als negative Einkünfte nach § 17 EStG geltend gemachten Verlustes des Kaufpreises mit der Begründung ab, dass der Kläger nur in Höhe von 0,25 Prozent am Kapital der Gesellschaft beteiligt gewesen sei. Hiergegen wandte der Kläger ein, dass nicht auf das eingetragene Mindestgrundkapital, sondern auf die tatsächlich ausgegebenen Aktien abzustellen sei. Diese hätten nach den Ermittlungen der Staatsanwaltschaft lediglich circa drei Millionen US-Dollar umfasst, sodass sein Anteil 4,2 Prozent betrage. Soweit sich aus dem Emissionsprospekt der Gesellschaft andere Werte ergäben, seien diese Angaben geschönt und damit unzutreffend.

Die Klage hatte keinen Erfolg. Das FG führte aus, dass der Kläger nicht zu mindestens ein Prozent am Kapital der Inc. beteiligt gewesen sei. Im Interesse einer einfachen Handhabung der Regelung des § 17 EStG müsse die Beteiligung an eine feste Bezugsgröße anknüpfen und könne nicht ständigen Schwankungen unterliegen. Dies spreche dafür, das in den Registern eingetragene Kapital in Höhe von 50 Millionen US-Dollar anzusetzen. Selbst wenn man demgegenüber davon ausginge, dass das „authorized capital“ – ähnlich wie das genehmigte Kapital im Sinne

von § 202 Aktiengesetz – nicht maßgeblich sei, läge die Beteiligung des Klägers unterhalb der Ein-Prozent-Grenze. In diesem Fall seien nicht nur die Aktien einzubeziehen, die sich im Streubesitz verschiedener Anleger befänden, sondern auch die Anteile der Hauptaktionärin der Inc., einer Gesellschaft mit Sitz in Gibraltar. Im Emissionsprospekt seien unter Einbeziehung dieser Anteile bereits vor dem ersten Anteilserwerb durch den Kläger Anteile zum Nennwert von circa 22,6 Millionen US-Dollar ausgegeben worden. Dass diese Angaben unzutreffend seien, habe der Kläger, den aufgrund des vorliegenden Auslandssachverhalts eine erhöhte Mitwirkungspflicht treffe, nicht nachgewiesen. Da das FG überdies der Auffassung war, dass der Kläger den Verlust für das falsche Jahr beantragt hatte, ließ er die Revision nicht zu. Finanzgericht Münster, Urteil vom 06.12.2016, 7 K 3225/13 E

## Aktientausch nach Einführung der Abgeltungsteuer: Barabfindung nicht zu besteuern

Erhält ein Aktionär einen Barausgleich anlässlich eines Aktientausches für vor dem 01.01.2009 erworbene ausländische Aktien, die wegen Ablaufs der einjährigen Veräußerungsfrist bereits steuerentstrickt waren, ist die Zahlung nicht in eine einkommensteuerpflichtige Dividende umzuqualifizieren, wie der Bundesfinanzhof (BFH) entschieden hat.

Wird bei einem Aktientausch zusätzlich ein Barausgleich gezahlt, unterliegt dieser nach § 20 Absatz 4a Satz 2 des Einkommensteuergesetzes (EStG) der Einkommensteuer. Die Vorschrift wurde mit der Abgeltungsteuer eingeführt und ist erstmals auf nach dem 31.12.2008 zufließende Kapitalerträge anzuwenden.

Im Urteilsfall hatte die Klägerin im Jahr 2006 Aktien einer US-amerikanischen Firma erworben. 2009 erfolgte aufgrund der Übernahme der Gesellschaft ein Aktientausch. Zusätzlich wurde der Klägerin aufgrund des Minderwerts der beim Tausch erhaltenen Aktien eine Barabfindung gezahlt. Das Finanzamt legte die Barabfindung nach § 20 Absatz 4a Satz 2 EStG als Kapitalertrag im Sinne des § 20 Absatz 1 Nr. 1 EStG der Besteuerung zugrunde. Die hiergegen erhobene Klage der Steuerpflichtigen vor dem Finanzgericht Düsseldorf hatte Erfolg.

Der BFH wies die vom Finanzamt eingelegte Revision als unbegründet zurück. Nach seinem Urteil setzt § 20 Absatz 4a Satz 2 EStG voraus, dass es sich bei dem Barausgleich um eine steuerbare Gegenleistung





handelt. Dies sei vorliegend nicht der Fall gewesen. Da die Klägerin die eingetauschten Aktien vor der Einführung der Abgeltungsteuer erworben und länger als ein Jahr gehalten hatte, habe der Tausch der Aktien, der einem Veräußerungsgeschäft gleich steht, nicht der Besteuerung (§ 23 Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 EStG alter Fassung iVm § 52a Absatz 11 Satz 4 EStG) unterlegen. Eine Besteuerung würde dazu führen, dass der Gesetzgeber in verfassungsrechtlich unzulässiger Weise auf bereits steuerentstrickte Aktien zugreift, gibt der BFH abschließend zu bedenken. Bundesfinanzhof, Urteil vom 20.10.2016, VIII R 10/13

### **Insiderhandel und Marktmanipulation: Keine „Strafbarkeitslücke“**

Im Zuge der Neuregelung des Wertpapierhandelsrechts ist keine zeitliche Lücke hinsichtlich der straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Ahndbarkeit von Insiderhandel und Marktmanipulation entstanden, die eine Straflosigkeit von vor der Gesetzesänderung begangenen Taten zur Folge gehabt hätte. Auch diese könnten demnach weiterhin geahndet werden, stellt der Bundesgerichtshof (BGH) klar.

Das Landgericht (LG) Hamburg hat den früheren Vorstandsvorsitzenden einer Aktiengesellschaft wegen der Ordnungswidrigkeit der leichtfertigen Marktmanipulation zu einer Geldbuße verurteilt. Hinsichtlich einer Nebenbeteiligten hat es eine Verfallsentscheidung getroffen, der die von einem Mitangeklagten begangene Straftat des Insiderhandels zugrunde lag.

Die im Jahr 2007 begangenen Taten hatte das LG vor Inkrafttreten des Ersten Finanzmarktnovellierungsgesetzes am 02.07.2016 abgeurteilt, durch das die maßgeblichen Vorschriften des Wertpapierhandelsgesetzes geändert wurden. Diese verweisen seitdem auf Verbotsnormen der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.04.2014 über Marktmissbrauch, die indes erst seit dem 03.07.2016 in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union unmittelbar gilt.

Der BGH hat die gegen das LG-Urteil gerichteten Revisionen des Angeklagten und der Nebenbeteiligten unter Verweis auf das Fehlen einer Strafbarkeitslücke als unbegründet verworfen. Das Urteil des LG Hamburg ist damit rechtskräftig.

Bundesgerichtshof, Beschluss vom 10.01.2017, 5 StR 532/16

### **Optionsgeschäft: Von Stillhalter gezahlter Barausgleich als Verlust steuerlich zu berücksichtigen**

Zahlt der Stillhalter bei einem Optionsgeschäft einen Barausgleich, führt dies zu einem steuerlich zu berücksichtigenden Verlust. Dies hat der Bundesfinanzhof (BFH) entschieden.

Der Kläger hatte vor und nach der Einführung der Abgeltungsteuer am 01.01.2009 Verkaufs- und Kaufoptionen auf den Dow Jones Euro-Stoxx-50-Index eingeräumt. Für die Übernahme der Verpflichtung, zum Ende der Laufzeit der Option die Differenz zwischen dem tatsächlichen Schlussabrechnungspreis und dem Basiswert auszugleichen, erhielt er eine Stillhalterprämie. Diese unterlag vor der Einführung der Abgeltungsteuer der Besteuerung nach § 22 Nr. 3 des Einkommensteuergesetzes (EStG) und wird seit dem 01.01.2009 gemäß § 20 Absatz 1 Nr. 11 EStG besteuert. Die steuerliche Berücksichtigung des vom Kläger nach Endfälligkeit der Optionen gezahlten Barausgleichs lehnte das Finanzamt ab. Die hiergegen erhobene Klage hatte in erster Instanz Erfolg.

Der BFH gab der daraufhin eingelegten Revision des Finanzamtes statt. Zwar sei der Barausgleich entgegen der Auffassung der Finanzverwaltung sowohl vor als auch nach Einführung der Abgeltungsteuer als Verlust des Stillhalters aus einem Termingeschäft steuerlich zu berücksichtigen. Entgegen der Auffassung des Finanzgerichts könnten jedoch Verluste aus dem Barausgleich für Optionen, die vor der Einführung der Abgeltungsteuer eingeräumt wurden und unter die Regelung des § 23 Absatz 1 Satz 1 Nr. 4 EStG in der bis zum 31.12.2008 geltenden Fassung fallen, nur mit positiven Einkünften im Sinne des § 23 EStG und mit Kapitalerträgen im Sinne des § 20 Absatz 1 EStG verrechnet werden. Da der Kläger keine derartigen Einkünfte erzielt hatte, sei die Klage mangels Verrechnungsmöglichkeit insoweit unbegründet.

Dagegen könnten Verluste des Stillhalters, die unter die Neuregelung des § 20 Absatz 2 Satz 1 Nr. 3a EStG fallen, auch mit positiven Kapitaleinkünften im Sinne des § 20 Absatz 1 EStG verrechnet werden. Insoweit hatte die Klage Erfolg, da der Kläger im Streitjahr derartige Einkünfte erzielt hatte. Der BFH sieht diese Ungleichbehandlung aufgrund des grundlegenden Systemwechsels als verfassungsrechtlich gerechtfertigt an.

Bundesfinanzhof, Urteil vom 20.10.2016, VIII R 55/13

# Immobilien- besitzer

## Degressive Gebäude-AfA: Kein Wechsel zur Abschreibung nach tatsächlicher Nutzungsdauer

Bei einer nach § 7 Absatz 5 Nr. 2 des Einkommensteuergesetzes (EStG) begonnenen degressiven Gebäude-AfA darf nicht zur Abschreibung nach der tatsächlichen Nutzungsdauer gemäß § 7 Absatz 4 Satz 2 EStG gewechselt werden. Dies hat das FG Baden-Württemberg entschieden. Der Bundesfinanzhof hat auf die Nichtzulassungsbeschwerde die Revision gegen das Urteil des FG zugelassen (IX R 33/16).

Die Klägerin vermietet ein Grundstück, das mit einem Werkstatt- und Ausstellungsgebäude bebaut ist. Das Objekt wird seit seiner Fertigstellung im Dezember 1994 degressiv abgeschrieben. Im Streitjahr 2009 wurde das bestehende Werkstattgebäude um einen Anbau erweitert und eine im Freigelände liegende Ausstellungsfläche für Kraftfahrzeuge überdacht. Hierdurch erhöhte sich die bisherige AfA-Bemessungsgrundlage um 85.137 Euro. In der Einkommensteuererklärung 2009 berechnete die Klägerin die AfA nunmehr insgesamt mit fünf Prozent und kam so auf eine Abschreibung in Höhe von 33.477 Euro. Das Finanzamt berücksichtigte nur eine AfA in Höhe des fortgeführten AfA-Satzes von 1,25 Prozent beziehungsweise 8.370 Euro.

Das FG wies die Klage ab. Die Unzulässigkeit eines Wechsels der AfA-Methode ergebe sich aus der vom Gesetzgeber getroffenen Regelung der Gebäude-AfA nach § 7 Absatz 5 des Einkommensteuergesetzes. Diese Vorschrift enthalte starre, unveränderliche Staffelsätze für die gesamte Dauer der Absetzungen. Diese dürften in den einzelnen Jahren weder über- noch unterschritten werden. Habe der Steuerpflichtige den Vorteil der erhöhten Absetzungen in den ersten Jahren der Nutzungsdauer gezogen, so müsse er auch die Nachteile in Kauf nehmen. Auf die Behauptung der Klägerin einer wegen der Leichtbauweise deutlich kürzeren Nutzungsdauer des Objekts kam es daher nicht an. Finanzgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 27.10.2015, 5 K 1909/12

## Gebäudesanierung: Anschaffungsnahe Herstellungskosten anstelle Sofortabzug

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit drei Urteilen den Begriff der „Instandsetzungs- und Modernisierungsmaßnahmen“ in § 6 Absatz 1 Nr. 1a des Einkommensteuergesetzes (EStG) für die Fälle konkretisiert,

in denen in zeitlicher Nähe zur Anschaffung neben sonstigen Sanierungsmaßnahmen reine Schönheitsreparaturen durchgeführt werden. Der BFH bezieht auch diese Aufwendungen in die anschaffungsnahe Herstellungskosten ein, sodass insoweit kein sofortiger Werbungskostenabzug möglich ist.

In den Streitfällen hatten die Kläger Immobilienobjekte erworben und in zeitlicher Nähe zur Anschaffung umgestaltet, renoviert und instandgesetzt, um sie anschließend zu vermieten. Dabei wurden zum Beispiel Wände eingezogen, Bäder erneuert, Fenster ausgetauscht und energetische Verbesserungsmaßnahmen sowie Schönheitsreparaturen durchgeführt. Die Kläger machten sofort abziehbare Werbungskosten geltend. Da die gesamten Nettokosten der Renovierungen jeweils 15 Prozent der Anschaffungskosten des Gebäudes überstiegen, ging das Finanzamt gemäß § 6 Absatz 1 Nr. 1a EStG von so genannten anschaffungsnahe Herstellungskosten aus, die nur im Wege der Absetzungen für Abnutzung (AfA) über die Nutzungsdauer des Gebäudes verteilt steuerlich geltend gemacht werden können. Nach dieser Vorschrift gehören die Aufwendungen für Instandsetzungs- und Modernisierungsmaßnahmen zu den Herstellungskosten eines Gebäudes, wenn diese innerhalb von drei Jahren nach dessen Anschaffung durchgeführt werden und wenn die Nettokosten (ohne Umsatzsteuer) 15 Prozent der Anschaffungskosten des Gebäudes übersteigen.

Die Steuerpflichtigen machten geltend, dass jedenfalls die Aufwendungen für reine Schönheitsreparaturen (wie etwa für das Tapezieren und das Streichen von Wänden, Böden, Heizkörpern, Innen- und Außentüren sowie der Fenster) nicht unter den Begriff der „Instandsetzungs- und Modernisierungsmaßnahmen“ fallen könnten, sondern isoliert betrachtet werden müssten. Kosten für Schönheitsreparaturen seien mithin auch nicht – zusammen mit anderen Kosten der Sanierung – als „anschaffungsnahe“ Herstellungskosten anzusehen, sondern dürften als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abgezogen werden.

Dem widerspricht der BFH. Danach gehören auch reine Schönheitsreparaturen sowie Maßnahmen, die das Gebäude erst betriebsbereit (also vermietbar) machen oder es über den ursprünglichen Zustand hinaus wesentlich verbessern (Luxussanierung), zu den „Instandsetzungs- und Modernisierungsmaßnahmen“ im Sinne des § 6 Absatz 1 Nr. 1a Satz 1 EStG. Dies begründet der BFH mit dem vom Gesetzgeber



mit der Regelung verfolgten Zweck, aus Gründen der Rechtsvereinfachung und -sicherheit eine typisierende Regelung zu schaffen.

Nach dieser Rechtsprechung müssen nunmehr grundsätzlich sämtliche Kosten für bauliche Maßnahmen, die im Rahmen einer im Zusammenhang mit der Anschaffung des Gebäudes vorgenommenen Sanierung anfallen, zusammengerechnet werden; eine Segmentierung der Gesamtkosten ist nicht zulässig. Übersteigt die Gesamtsumme der innerhalb von drei Jahren angefallenen Renovierungskosten sodann 15 Prozent der Anschaffungskosten des Gebäudes, kann der Aufwand nur nach den AfA-Regelungen abgeschrieben werden.

BFH, Urteile vom 14.06.2016, IX R 25/14, IX R 15/15 und IX R 22/15

### Mietpreisbremse: Vermieterin muss überhöhte Miete zurückzahlen

Die Abteilung 2 des Amtsgerichts (AG) Berlin-Lichtenberg hat in Anwendung der Vorschriften über die so genannte Mietpreisbremse eine Vermieterin zur Rückzahlung überhöhter Miete verurteilt. Wie das Gericht mitteilt, liegt damit – soweit ersichtlich – erstmals ein Berliner Urteil vor, in dem es um Mietschutz in Gebieten mit angespanntem Wohnungsmarkt geht.

Die Parteien des Rechtsstreits hatten am 16.10.2015 einen Mietvertrag über die Vermietung einer 73,95 Quadratmeter großen, in Berlin-Lichtenberg gelegenen Wohnung geschlossen. Danach betrug die von den Mietern zu zahlende Miete 562,02 Euro; dies entspricht einem Mietzins von 7,60 Euro netto kalt pro Quadratmeter. Mit Schreiben vom 12.10.2015 wandten sich die Mieter an die Vermieterin und beanstandeten, dass die zu zahlende Miete im Hinblick auf die seit 01.06.2015 in Berlin geltende Mietenbegrenzungsverordnung um 32,47 Euro monatlich zu hoch sei. Da die Vermieterin sich nicht auf eine Verringerung der Miete einließ, klagten die Mieter auf Rückzahlung überhöhter Miete für die Monate November 2015 bis einschließlich Mai 2016, also insgesamt 227,29 Euro.

Das AG Berlin-Lichtenberg gab den Mietern in vollem Umfang Recht. Aufgrund der Mietenbegrenzungsverordnung sei das gesamte Gebiet der Stadt Berlin als ein solches mit angespanntem Wohnungsmarkt bestimmt worden. Somit gelte § 556d Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB), der für Bestandswohnungen wegen des überdurch-

schnittlichen Anstiegs der Mieten in diesen Gebieten, in denen das Angebot regelmäßig niedriger ist als die Nachfrage an freien Wohnungen, Beschränkungen vorsieht. In dem hier entschiedenen Fall liege ein Verstoß gegen § 556d Absatz 1 BGB vor. Die Miete für die streitgegenständliche Wohnung übersteige die ortsübliche Vergleichsmiete um mehr als zehn Prozent. Zulässig sei nur eine Höchstmiete von 7,161 Euro/Quadratmeter (6,51 Euro + zehn Prozent), das heißt von insgesamt von 529,55 Euro netto kalt. Die Differenz von je 32,47 Euro für die Monate November 2015 bis Mai 2016 müsse die Vermieterin daher an die Mieter zurückzahlen.

Der Vergleichsmietzins sei anhand des Berliner Mietspiegels 2015 zu ermitteln, der als einfache Schätzgrundlage angewendet werden könne. Denn er sei vom Land Berlin sowie von Interessenvertretern der Mieter und Vermieter anerkannt worden. Die Berechnung der Miete anhand dieses Mietspiegels ergebe eine Vergleichsmiete von 6,51 Euro/Quadratmeter. Der Mittelwert für das maßgebliche Mietspiegelfeld H 2 liege bei 5,66 Euro/Quadratmeter. Hinzuzurechnen sei der Wert des Sondermerkmals „Modernes Bad“ in Höhe von 0,40 Euro/Quadratmeter. Ferner sei zwischen den Parteien zwar unstrittig, dass aufgrund der weiteren Wohnungsmerkmale nach der so genannten Spanneneinordnung ein Zuschlag von 100 Prozent der Differenz zwischen Mittelwert und Oberwert, also ein Betrag von 0,85 Euro/Quadratmeter, gerechtfertigt sei.

Jedoch dürfe der Spannenoberwert von 6,51 Euro/Quadratmeter in diesem Fall nicht überschritten werden. Dies sei ausdrücklich in der Orientierungshilfe des Mietspiegels unter Ziffer 11.3 ausgeschlossen worden. Eine Ausnahme sehe die Orientierungshilfe nur vor, wenn mehrere Sondermerkmale in der Addition ihrer Summe den Oberwert übersteigen würden, was hier nicht der Fall sei. Dadurch könne zwar hier der Wert des Sondermerkmals „Modernes Bad“ nicht vollständig ausgeschöpft werden. Allerdings hätten sich die Ersteller des Mietspiegels bewusst für eine solche einschränkende Berücksichtigung von Sondermerkmalen gegenüber der Spanneneinordnung entschieden, wie sich auch aus den Ergebnissen der Arbeitsgruppensitzungen ergebe.

Das Urteil ist nicht anfechtbar, da der Wert der Beschwerde nicht den erforderlichen Betrag von 600 Euro übersteigt und die Berufung auch nicht zugelassen worden ist.

Amtsgericht Berlin-Lichtenberg, Urteil vom 28.09.2016, 2 C 202/16

# Angestellte

## Nach Tod eines Arbeitnehmers: EuGH soll Urlaubsabgeltung klären

Ob dem Erben eines während des Arbeitsverhältnisses verstorbenen Arbeitnehmers nach EU-Recht ein Anspruch auf einen finanziellen Ausgleich für den dem Arbeitnehmer vor seinem Tod zustehenden Mindestjahresurlaub zusteht, soll der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) klären. Hierum bittet das Bundesarbeitsgericht (BAG). Die Richter wollen zudem wissen, ob ein gegebenenfalls anzunehmender Ausgleichsanspruch auch dann zum Tragen käme, wenn das Arbeitsverhältnis zwischen zwei Privatpersonen bestand.

Im Ausgangsverfahren ist die Klägerin Alleinerbin ihres Anfang 2013 verstorbenen Ehemanns, der bis zu seinem Tod beim Beklagten beschäftigt war. Sie verlangt vom Beklagten, den ihrem Ehemann vor seinem Tod zustehenden Erholungsurlaub abzugelten. Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Das sodann mit der Sache befasste BAG hat den EuGH um Vorabentscheidung angerufen.

Nach der Rechtsprechung des BAG könnten weder Urlaubs- noch Urlaubsabgeltungsansprüche nach § 7 Absatz 4 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) in Verbindung mit § 1922 Absatz 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) auf den Erben eines Arbeitnehmers übergehen, wenn dieser während des Arbeitsverhältnisses stirbt, begründet das BAG seine Vorlage. Der EuGH habe zwar mit Urteil vom 12.06.2014 (C-118/13) angenommen, dass Artikel 7 der Richtlinie 2003/88/EG dahin auszuulegen ist, dass er einzelstaatlichen Rechtsvorschriften entgegensteht, wonach der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub ohne finanziellen Ausgleich untergeht, wenn das Arbeitsverhältnis durch den Tod des Arbeitnehmers endet. Er habe jedoch nicht entschieden, ob der Anspruch auf finanziellen Ausgleich auch dann Teil der Erbmasse wird, wenn das nationale Erbrecht dies ausschließt. Darüber hinaus sei nicht geklärt, ob Artikel 7 der Richtlinie 2003/88/EG oder Artikel 31 Absatz 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auch in den Fällen eine erbrechtliche Wirkung zukommt, in denen das Arbeitsverhältnis zwischen Privatpersonen bestand.

Ferner bestehe noch Klärungsbedarf bezüglich des Untergangs des vom EU-Recht garantierten Mindestjahresurlaubs, so das BAG. In der Rechtsprechung des EuGH sei anerkannt, dass der Anspruch auf Erholungsurlaub untergehen kann, wenn der Urlaub für den Arbeitnehmer

keine positive Wirkung als Erholungszeit mehr hat. Letzteres sei nach dem Tod des Arbeitnehmers aber der Fall, weil in der Person des verstorbenen Arbeitnehmers der Erholungszweck nicht mehr verwirklicht werden könne.

Das BAG hat eigenen Angaben zufolge am selben Tag den EuGH um Vorabentscheidung in einem ähnlich gelagerten Rechtsstreit (9 AZR 45/16 (A)) ersucht, in dem die Erbin eines während des Arbeitsverhältnisses verstorbenen Arbeitnehmers von einer öffentlichen Arbeitgeberin die Abgeltung des ihrem Ehemann vor seinem Tod zustehenden Urlaubs verlangt hat.

Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 18.10.2016, 9 AZR 196/16 (A)

## Mobbing am Arbeitsplatz: Arbeitslosengeld trotz Beschäftigungsverhältnisses

Meldet sich eine Beschäftigte, die sich wegen Mobbing nicht in der Lage sieht, an ihrem Arbeitsplatz tätig zu sein, arbeitslos, kann sie Arbeitslosengeld beanspruchen. Dies hat das Sozialgericht (SG) Dortmund im Fall einer Justizbeschäftigten entschieden, die sich bei der Agentur für Arbeit Dortmund arbeitslos meldete, nachdem sie sich nach längerer Arbeitsunfähigkeit und einer stufenweisen Wiedereingliederung an anderen Amtsgerichten geweigert hatte, an ihrem bisherigen Amtsgericht die Arbeit aufzunehmen.

Die Justizbeschäftigte machte geltend, sie sei nunmehr ohne Gehaltszahlung freigestellt worden und stelle sich dem Arbeitsmarkt zur Verfügung. Vorab wolle sie das Arbeitsverhältnis beim Land Nordrhein-Westfalen jedoch nicht kündigen. Sie habe das Land beim Arbeitsgericht Dortmund auf Versetzung verklagt. Die Arbeitsagentur lehnte die Gewährung von Arbeitslosengeld I ab, weil die Antragstellerin in einem ungekündigten Beschäftigungsverhältnis stehe und ihr Arbeitgeber nicht auf sein Direktionsrecht verzichtet habe. Sie sei damit nicht arbeitslos.

Das SG Dortmund verurteilte die Arbeitsagentur zur Zahlung von Arbeitslosengeld I. Für die Arbeitslosigkeit genüge eine faktische Beschäftigungslosigkeit. Die Klägerin habe das Beschäftigungsverhältnis mit dem Land Nordrhein-Westfalen faktisch dadurch beendet, dass sie das Direktionsrecht ihres Arbeitgebers nicht anerkenne und sich nicht an ihrem Stammgericht einsetzen lasse. Die Klägerin habe sich auch



der Arbeitsvermittlung zur Verfügung gestellt. Sie dürfe die förmliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Land Nordrhein-Westfalen davon abhängig machen, eine anderweitige zumutbare Arbeit gefunden zu haben. Es sei unschädlich, dass sie versuche, die Wiederaufnahme der Beschäftigung beim bisherigen Arbeitgeber durch eine Versetzung zu erreichen. Dies sei als Verpflichtung der Klägerin im Rahmen von Eigenbemühungen zur Beendigung der Arbeitslosigkeit anzusehen.

Sozialgericht Dortmund, Urteil vom 10.10.2016, S 31 AL 84/16

### Arbeitsvertragsänderungen können als AGB der Inhaltskontrolle unterliegen

Vom Arbeitgeber als Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) gestellte Vertragsbedingungen, mit denen der Inhalt eines Arbeitsverhältnisses abgeändert wird, unterliegen einer Inhaltskontrolle nach dem AGB-Recht, wenn sich der Arbeitgeber im Vorfeld der Vertragsänderung im Hinblick auf die geänderten Regelungen einer Rechtsposition berührt. Dies stellt das Bundesarbeitsgericht (BAG) klar.

Der Kläger ist seit Oktober 2000 bei der Beklagten, einer Bank in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts, beschäftigt. Die Bank hatte einem Teil der Arbeitnehmer, so auch dem Kläger, eine an der Beamtenversorgung orientierte Gesamtversorgung zugesagt. Darüber hinaus gewährte sie unter bestimmten Voraussetzungen Arbeitnehmern, die 20 Jahre im Kreditgewerbe, davon zehn Jahre bei ihr beschäftigt waren, ein „Versorgungsrecht“. Dadurch wurden diese Arbeitnehmer nicht nur hinsichtlich ihrer Altersversorgung, sondern auch hinsichtlich des Kündigungsschutzes, der Beihilfe und der Entgeltfortzahlung bei Krankheit Beamten angenähert. Damit wurde das Arbeitsverhältnis sozialversicherungsfrei.

Im Jahr 2009 beschloss die Beklagte aufgrund ihrer schlechten wirtschaftlichen Lage, die Gesamtversorgungszusage zu widerrufen und keine Versorgungsrechte mehr zu erteilen. Sie bot eine beitragsorientierte betriebliche Altersversorgung an. Der Kläger unterzeichnete

– wie eine Vielzahl anderer Arbeitnehmer – im Jahr 2010 ein von der Beklagten vorbereitetes Formular, in dem er sich auch mit „der Einstellung der Erteilung“ des Versorgungsrechts „einverstanden“ erklärte. Am 15.05.2012 entschied das BAG (unter anderem 3 AZR 610/11) für Arbeitnehmer, die keine derartige Erklärung abgegeben hatten, dass bei Erfüllung der Voraussetzungen ein Anspruch aus betrieblicher Übung auf Gewährung des Versorgungsrechts besteht.

Der Kläger hat mit seiner Klage die Feststellung begehrt, die Beklagte sei verpflichtet, ihm bei Vorliegen der Voraussetzungen ein Versorgungsrecht zu erteilen. Wie bereits in den Vorinstanzen hatte diese Klage auch vor dem BAG keinen Erfolg. Mit seiner Erklärung aus dem Jahr 2010 habe der Kläger ein Angebot der Beklagten angenommen, das auch die Aufgabe des Anspruchs auf Erteilung des Versorgungsrechts enthielt. Damit sei eine Vereinbarung über eine Vertragsänderung zustande gekommen. Der Inhalt der Vereinbarung sei weder unklar noch überraschend gewesen. Die Vertragsänderung unterliege der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Recht. Prüfungsmaßstab sei das § 779 Bürgerliches Gesetzbuch zugrunde liegende Rechtsprinzip, welches eine Streitbeilegung durch gegenseitiges Nachgeben vorsieht. Die Inhaltskontrolle gehe zugunsten der Beklagten aus, da die Vertragsänderung nicht unangemessen sei. Sonstige Rechtsgründe stünden dem Kläger nicht zur Seite.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 15.11.2016, 3 AZR 539/15

# Familie und Kinder

## Nicht miteinander verheiratete Eltern: OLG Hamm präzisiert Anforderungen an gemeinsame elterliche Sorge

Das Oberlandesgericht (OLG) Hamm hat die Anforderungen für die gemäß § 1626a Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) zu treffenden Sorgerechtsentscheidungen für Kinder nicht miteinander verheirateter Eltern präzisiert.

Anlass war ein Sorgerechtsstreit nicht verheirateter Eltern betreffend ihren 2006 geborenen Sohn. Die Eltern lebten zunächst in nichtehelicher Lebensgemeinschaft zusammen. 2013 trennten sie sich, wobei die Mutter mit dem Kind in der Folgezeit wegzog. Zuvor hatten sich die Eltern auf ein dem Vater zustehendes Umgangsrecht mit dem Kind verständigt. Nach der Trennung beantragte der Vater beim zuständigen Familiengericht zudem, beiden Elternteilen das gemeinsame Sorgerecht und ihm das Aufenthaltsbestimmungsrecht für das Kind einzuräumen. Der Antrag blieb erstinstanzlich erfolglos. Das OLG bestätigte die Entscheidung.

Nach § 1626a BGB stehe die elterliche Sorge für das Kind zunächst allein der Kindesmutter zu. Auf Antrag eines Elternteils übertrage das Familiengericht die elterliche Sorge beiden Eltern gemeinsam, wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht. Letzteres werde vom Gesetz vermutet, soweit der andere Elternteil keine entgegenstehenden Gründe vortrage.

Mit dieser seit Mai 2013 geltenden Fassung formuliere das Gesetz eine „negative“ Kindeswohlprüfung für die Anordnung einer gemeinsamen elterlichen Sorge nicht verheirateter Eltern. Es setze voraus, dass auch eine erstmalige Einrichtung der gemeinsamen Sorge dem Kindeswohl nicht widerspreche. Das erfordere eine hinreichend tragfähige soziale Beziehung zwischen den Kindeseltern, ein Mindestmaß an Übereinstimmung zwischen ihnen sowie ihre grundsätzliche Fähigkeit zum Konsens. Demgegenüber habe die Alleinsorge der Kindesmutter bestehen zu bleiben, wenn – über eine schwerwiegende und nachhaltige Störung der elterlichen Kommunikation hinausgehend – die Eltern keine das Kind betreffenden, gemeinsamen Entscheidungen finden könnten und das Kind durch eine gemeinsame elterliche Sorge erheblich belastet würde.

Die Entscheidung für eine gemeinsame elterliche Sorge sei eine Prognoseentscheidung, da die gemeinsame Sorge bis zum Zeitpunkt ihrer erstmaligen Anordnung noch nicht bestanden habe und in Fällen, in denen die Kindeseltern nicht zusammengelebt hätten, auch faktisch noch nicht ausgeübt worden sein müsse. Entsprechende Erfahrungswerte stünden dann nicht zur Verfügung. Deswegen dürften die Zugangsvoraussetzungen zu einer gemeinsamen Sorge nicht zu hoch angesetzt werden. Es lasse sich möglicherweise nicht immer sicher prognostizieren, dass zwischen Eltern jegliche tragfähige soziale Beziehung fehle und ein Mindestmaß an Übereinstimmung nicht erzielbar sei, sodass es hinzunehmen sein könne, dass gegebenenfalls erst nach einer Phase der „Erprobung“ festzustellen sei, ob die erstmals angeordnete gemeinsame elterliche Sorge tatsächlich funktioniere.

Allerdings sei die Grenze da zu ziehen und die alleinige Sorge der Kindesmutter vorzuziehen, wo es gänzlich an einer Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit und/oder der entsprechenden Bereitschaft der Kindeseltern fehle und voraussichtlich auch mit professioneller Hilfe keine Aussicht auf Besserung bestehe. In diesem Fall sei davon auszugehen, dass bereits eine Phase des Erprobens der gemeinsamen elterlichen Sorge dem Kindeswohl schade.

Gemessen an den vorstehenden Kriterien komme die Anordnung der gemeinsamen elterlichen Sorge hier nicht in Betracht. Die Kindeseltern seien bis heute, also drei Jahre nach ihrer endgültigen räumlichen Trennung, hoch zerstritten. Beiden fehle die Fähigkeit zur Selbstreflexion und zu einem Aufeinanderzugehen, bei dem eine dem Kindeswohl nicht widersprechende zukünftige Ausübung einer gemeinsamen elterlichen Sorge zu erwarten sei. Die Anordnung einer gemeinsamen Aufenthaltsregelung scheidet ebenfalls aus. Beiden Eltern fehle bereits ein verbindliches Einvernehmen in Bezug auf den Alltagsaufenthalt des Kindes. Einem Modell mit häufiger wechselnden Aufenthaltsorten des Kindes stehe zudem die Entfernung der Wohnorte der Kindeseltern entgegen.

Oberlandesgericht Hamm, Beschluss vom 24.05.2016, 3 UF 139/15, rechtskräftig



### Witwenrente muss nach nicht mitgeteilter Wiederheirat zurückgezahlt werden

Wer Witwer- oder Witwenrente bezieht, muss der Rentenversicherung eine Wiederheirat mitteilen, da der Rentenanspruch dann wegfällt. Wird dies grob fahrlässig unterlassen, kann auch rückwirkend ein Rückzahlungsanspruch gegen den Versicherten geltend gemacht werden, wie das Landessozialgericht (LSG) Baden-Württemberg entschieden hat.

Die 76-jährige Klägerin bezog von der beklagten Rentenversicherung nach dem Tod ihres (ersten) Ehemannes ab 01.04.1996 Witwenrente. Die Rentenversicherung hatte ihr 1996 schriftlich mitgeteilt, dass die Rente mit Ablauf des Monats der Wiederheirat wegfällt und daher die gesetzliche Verpflichtung besteht, der Rentenversicherung die Wiederheirat unverzüglich mitzuteilen.

Im Juni 2014 beantragte die Klägerin bei der Rentenversicherung erneut die Gewährung einer Witwenrente. Sie habe im April 2003 in Las Vegas geheiratet, ihr (zweiter) Ehemann sei im Mai 2014 verstorben. Die Rentenversicherung bewilligte ihr daraufhin zwar eine große Witwenrente in Höhe von monatlich rund 660 Euro, teilte aber gleichzeitig mit, dass wegen der Wiederheirat rückwirkend ab dem 01.05.2003 kein Anspruch mehr auf die (erste) Witwenrente bestanden habe. Von den erhaltenen Zahlungen müsse die Klägerin rund 71.000 Euro zurückerzahlen.

Die Klägerin hat sich gegen die Erstattungsforderung gewehrt. Sie habe eigentlich nicht noch einmal heiraten wollen. Ihr Lebensgefährte habe sie zu Weihnachten 2002 mit Flugtickets nach Las Vegas überrascht. Zwar habe man dort „spontan“ in der „Candlelight Wedding Chapel“ unter Vorlage der Ausweisdokumente die Daten für die Heiratslizenz aufnehmen und dann „in Country-Kleidung“ eine Trauungszeremonie in englischer Sprache durch einen Pastor mit Tausch der Eheringe in Anwesenheit eines Trauzeugen durchführen lassen und ein „Marriage Certificate“ des Staates Nevada erhalten. Sie habe auch die Sterberkunde ihres ersten Ehemannes dabei gehabt. Man sei aber tatsächlich davon ausgegangen, dass die Ehe eine Art „Urlaubsspaß“ und in Deutschland nicht rechtsgültig gewesen sei. In Deutschland sei man auch nie als Ehepaar aufgetreten. Erst nach dem Tod ihres (zweiten)

„Ehemannes“ sei sie vom Notar darauf hingewiesen worden, dass sie als Ehefrau Erbin sei. Man könne ihr die unterlassene Anzeige der zweiten Eheschließung nicht als grob fahrlässiges Verhalten vorwerfen.

Das Sozialgericht (SG) Stuttgart hat der Klägerin in erster Instanz Recht gegeben. Zwar sei die 2003 in Las Vegas geschlossene Ehe in Deutschland wirksam und die Klägerin habe ihre gesetzlich vorgeschriebene Mitteilungspflicht verletzt. Allerdings habe sie dies nicht grob fahrlässig getan. Das SG hat der Klägerin geglaubt, dass sie davon ausgegangen sei, die Eheschließung sei in Deutschland unwirksam.

Das LSG Baden-Württemberg hat dies anders bewertet, das Urteil des SG aufgehoben und der Rentenversicherung Recht gegeben. Nach Auffassung des LSG hätte die Klägerin erkennen können, dass sie die Hochzeit in Las Vegas der Rentenversicherung mitteilen muss, weil sie wusste oder jedenfalls mit einfachsten und ganz naheliegenden Überlegungen hätte wissen müssen, dass die Wiederheirat zum Wegfall ihres Anspruchs auf Witwenrente führt. Die Trauungszeremonie sei ausweislich der Heiratsurkunde eine ernsthafte Eheschließung und in Deutschland wirksam. Dass die Heiratszeremonie in Las Vegas nicht ohne jede rechtliche Bedeutung gewesen sei, hätte ihr ohne Weiteres einleuchten müssen. Für die Heirat seien Gebühren zu entrichten und weitere Formalien zu erfüllen gewesen. So habe die Klägerin zum Beispiel ihren Reisepass benötigt und Angaben zum Familienstand machen müssen. Ferner habe sie nach eigenen Angaben sogar die Sterberkunde ihres verstorbenen ersten Ehemannes mitgeführt. Angesichts dieser Umstände sei es nicht glaubhaft, so das LSG, dass die Heirat spontan und unvorbereitet ohne jegliche Überlegung zur Ernsthaftigkeit der Sache erfolgt sein solle.

Landessozialgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 24.01.2017, L 13 R 923/16

# Arbeit, Ausbildung & Soziales

## Gesetzliche Unfallversicherung: Kein „isolierter Meniskusschaden“ ohne Begleitverletzungen am Kapsel-Band-Apparat

Es gibt keinen „isolierten Meniskusriss“ ohne verletzungsspezifische Begleitverletzungen an anderen Strukturen des betroffenen Kniegelenks. Unter Hinweis hierauf hat das SG Karlsruhe einem Mann, der während der Arbeit aus rund einem Meter Höhe gefallen war, Maßnahmen der Heilbehandlung aus Mitteln der Gesetzlichen Unfallversicherung in Einklang mit der beklagten Berufsgenossenschaft versagt. Der 1959 geborene Kläger hatte entsprechende Maßnahmen wegen eines Innenmeniskushinterhornrisses und weiterer Veränderungen am rechten Kniegelenk begehrt. Er war während seiner Arbeit von einer Palette abgerutscht und aus rund einem Meter Höhe zunächst auf beide Füße und dann auf die rechte Körperseite gefallen. Die Durchgangsrätin konnte am Unfallfolgetag keine krankhaften Veränderungen der Kniegelenke objektivieren und diagnostizierte unter anderem eine Prellung und Schürfwunde am rechten Unterschenkel. Nachdem der Kläger fünf Wochen nach dem Unfallereignis seine Tätigkeit wieder aufgenommen hatte, stellte er sich wegen fortbestehender Kniegelenksbeschwerden weitere sieben Wochen später erneut bei der Durchgangsrätin vor. Ein sodann veranlassertes MRT ergab unter anderem einen Innenmeniskushinterhornriss rechts. Die Berufsgenossenschaft lehnte nachfolgend Heilbehandlungsmaßnahmen ab der erneuten Arbeitsunfähigkeit des Klägers ab, weil der Meniskusriss nicht mit Wahrscheinlichkeit ursächlich auf den Arbeitsunfall zurückzuführen sei. Die hiergegen gerichtete Klage war erfolglos.

Der vom Kläger geschilderte Unfallhergang sei nach wissenschaftlichen Erkenntnissen bereits dem Grunde nach nicht geeignet gewesen, einen Riss des Innenmeniskus rechts zu bewirken, so das SG Karlsruhe. Denn es sei schon nicht zu einem Anpralltrauma auf das rechte Kniegelenk gekommen. Auch seien die Erstbefunde der Durchgangsrätin in Bezug auf die Kniegelenke unauffällig gewesen. Außerdem stehe der Annahme eines ursächlichen Zusammenhangs der fehlende Nachweis von Begleitverletzungen am Kapsel-Band-Apparat entgegen. Es entspreche herrschender medizinisch-wissenschaftlicher Lehrmeinung, dass es den „isolierten Meniskusriss“ ohne verletzungsspezifische Begleitverletzungen an anderen Strukturen des betroffenen Kniegelenks

nicht gebe. Dies sei bereits aus anatomischen Gründen ausgeschlossen. Zu Recht habe die Berufsgenossenschaft deshalb Heilbehandlungsmaßnahmen aus Mitteln der gesetzlichen Unfallversicherung ab dem Beginn der erneuten Arbeitsunfähigkeit des Klägers abgelehnt. SG Karlsruhe, Urteil vom 14.10.2016, S 1 U 431/16, nicht rechtskräftig

## Sehnenscheidenentzündung eines Straßenbauers und Pflasterers muss keine Berufskrankheit sein

Der 1966 geborene Kläger beehrte die Anerkennung von Gesundheitsstörungen der Arme/Hände als Folge einer Berufskrankheit der Nr. 2101 der Anlage 1 zur Berufskrankheitenverordnung. Er war nach seiner Übersiedlung in die Bundesrepublik Deutschland zwischen Oktober 1995 und Dezember 2000 – mit Unterbrechungen – als Waldarbeiter beschäftigt. Von Februar 2001 bis September 2015 arbeitete er als Straßenbauer und Pflasterarbeiter. Dabei musste er auch Tätigkeiten mit Druckluftkompressoren, einer Rüttelplatte, schweren Bohrmaschinen, Asphalterschneidemaschinen, Druckluftschlämmern und Grabenstampfern verrichten und Pflastersteine mit einem Gummihammer im Betonbett ausrichten und einklopfen. Er leidet seit etwa 2007 unter anderem an Schmerzen in beiden Armen und Händen.

Sein behandelnder Orthopäde diagnostizierte im Dezember 2014 eine Epicondylopathie humeri radialis beidseits und eine Brachialgie beidseits unklarer Genese. Unter anderem wegen einer rezidivierenden Epicondylitis ulnaris humeri beidseits hatte der Kläger im Frühjahr 2008 ein Heilverfahren in einer Reha-Klinik absolviert. Sein über seine Krankenkasse gestellter Antrag auf Anerkennung dieser Gesundheitsschäden als Folge einer Berufskrankheit der Nr. 2101 blieb erfolglos, nachdem der Präventionsdienst der beklagten Berufsgenossenschaft die arbeits-technischen Voraussetzungen der Berufskrankheit verneint hatte.

Die deswegen zum SG Karlsruhe erhobene Klage hatte keinen Erfolg: Zwar leide der Kläger an einem Krankheitsbild im Sinne der streitigen Berufskrankheit. Er erfülle aber nicht die für die Feststellung erforderlichen so genannten arbeitstechnischen Voraussetzungen. Bei seiner Tätigkeit als Straßenbauer und Pflasterer seien durchaus Erschütterungs- beziehungsweise Vibrationseinwirkungen auf das Hand-Arm-Schulter-System durch den Einsatz der Arbeitsgeräte anzunehmen. Es handele sich aber um Schwerarbeit, die einen erheblichen Kraftauf-





wand zum Führen der Arbeitsgeräte im Sinne einer dynamischen Muskelarbeit erfordere.

Langjährige Schwerarbeiten, auch „eintönige Fließarbeit“, kämen als arbeitstechnische Voraussetzungen jedoch nur in Betracht, sofern es sich dabei um unphysiologische Bewegungsabläufe beziehungsweise unnatürliche Haltungen der beteiligten Gliedmaßen handele. Ohne unphysiologische Bewegungsabläufe beziehungsweise unnatürliche Haltungen der beteiligten Gliedmaßen sei dagegen eine rasche Gewöhnung (Trainingseffekt) zu erwarten, die eine Störung des Anpassungsgleichgewichts verhindere. Das Tätigkeitsprofil des Klägers sei abwechslungsreich gewesen und habe nicht zu einseitigen, lang andauernden mechanischen Beanspruchungen der Arme, Beine oder anderer Körperteile geführt. Die Arbeiten habe er wechselseitig in stehender, gebückter, nach vorn gebeugter und teilweise auch in knien-der Körperhaltung durchgeführt. Es habe sich auch nicht um „unge-wohnnte Arbeiten“ gehandelt, weil der Kläger schon vor der Tätigkeit als Straßenbauer und Pflasterer – wenn auch mit Unterbrechungen – als Waldarbeiter – in einer körperlich schweren und anstrengenden Tätig-keit – gearbeitet habe.

Zudem habe er die Tätigkeit als Straßenbauer und Pflasterer über einen langen Zeitraum von rund 14 ½ Jahren ohne relevante Arbeitsun-fähigkeitszeiten wegen einer Erkrankung im Sinne der Berufskrankheit Nr. 2101 ausführen können. Die Ärzte der Reha-Klinik hätten 2008 keine grundsätzlichen gesundheitlichen Einschränkungen für die Fort-setzung der Tätigkeit als „Straßenarbeiter“ gesehen. Überdies handele es sich bei den Gesundheitsstörungen im Sinne der Berufskrankheit Nr. 2101 um entzündliche Veränderungen, die relativ kurzfristig nach nicht gewohnter einseitiger Belastung bei entweder fehlender Anpassung oder wegen körperlicher Gegebenheiten aufträten. Erste Beschwerden im Bereich der Arme und Hände habe der Kläger jedoch erst 2007 bemerkt und sich deswegen in ärztliche Behandlung begeben. Bei einem Zeitraum von rund sechs Jahren seit Tätigkeitsbeginn handele es sich jedoch nicht um ein zeitnahes Auftreten erster Beschwerden, so das SG Karlsruhe abschließend.

Sozialgericht Karlsruhe, Urteil vom 14.10.2016, S 1 U 431/16, nicht rechtskräftig

### Übernahme einer Pensionszusage gegen Ablösungs-zahlung: Kein Zufluss von Arbeitslohn

Der Kläger war Mehrheitsgesellschafter und alleiniger Geschäftsführer einer GmbH (A-GmbH), die ihm in der Vergangenheit eine Pensions-zusage erteilt hatte. Im Vorgriff auf die geplante Veräußerung seiner Geschäftsanteile gründete der Kläger eine weitere GmbH (B-GmbH) mit ihm als alleinigen Gesellschafter und Geschäftsführer. Da der Erwerber der Geschäftsanteile die Pensionszusage des Klägers nicht übernehmen wollte, vereinbarte die B-GmbH mit der A-GmbH, alle Rechte und Pflichten aus der dem Kläger gewährten Pensionszusage gegen Zahlung einer Vergütung zu übernehmen. Der Kläger stimmte der Übertragung zu. Sowohl das Finanzamt als auch das Finanzgericht waren der Ansicht, dem Kläger sei mit der Zahlung des Ablösungsbe-trags von der A-GmbH an die B-GmbH Arbeitslohn zugeflossen.

Der BFH sah dies anders, da die bloße Erteilung einer Pensionszusage nach ständiger Rechtsprechung noch nicht zum Zufluss von Arbeits-lohn führe und sich im Streitfall durch die im Rahmen der Schuldüber-nahme gezahlte Ablöse hieran aus Sicht des Arbeitnehmers nichts geändert habe. Durch die Zahlung der Ablöse habe die A-GmbH kei-nen Anspruch des Klägers erfüllt, sondern einen solchen der B-GmbH. Lediglich der Schuldner der Verpflichtung aus der Pensionszusage habe gewechselt. Mit der Zahlung des Ablösungsbetrags an den die Pensi-onsverpflichtung übernehmenden Dritten werde der Anspruch des Ar-beitnehmers auf die künftigen Pensionszahlungen wirtschaftlich nicht erfüllt, so dass es nicht zu einem Zufluss von Arbeitslohn komme.

Mit dieser Entscheidung grenzt sich der BFH von seinem Urteil vom 12.04.2007 (VI R 6/02) ab. Dort hatte er entschieden, die Ablösung einer vom Arbeitgeber erteilten Pensionszusage führe beim Arbeit-nehmer zum Zufluss von Arbeitslohn, wenn der Ablösungsbetrag auf-grund eines dem Arbeitnehmer eingeräumten Wahlrechts auf dessen Verlangen zur Übernahme der Pensionsverpflichtung an einen Dritten gezahlt werde, da hierin eine vorzeitige Erfüllung des Anspruchs aus einer in der Vergangenheit erteilten Pensionszusage liege.

Bundesfinanzhof, Urteil vom 18.08.2016, VI R 18/13

# Bauen und Wohnen

## Bausparkasse darf Bauspardarlehen zehn Jahre nach Zuteilungsreife kündigen

Der BGH hat den Streit um die Kündigung gut verzinsten Bausparverträge durch Bausparkassen zuungunsten der Sparer entschieden. Nach seinen Urteilen in zwei im wesentlichen Punkt parallel gelagerten Revisionsverfahren können Bausparkassen seit mehr als zehn Jahren zuteilungsreife Bausparverträge kündigen, auch wenn diese noch nicht voll bespart sind. Das Kündigungsrecht ergab sich in den entschiedenen Fällen aus § 489 Absatz 1 Nr. 3 BGB in der bis zum 10.06.2010 geltenden Fassung (jetzt § 489 Absatz 1 Nr. 2 BGB).

Im Verfahren XI ZR 185/16 schloss die Klägerin am 13.09.1978 mit der beklagten Bausparkasse einen Bausparvertrag über eine Bausparsumme von 40.000 DM (= 20.451,68 Euro). Der Bausparvertrag war seit dem 01.04.1993 zuteilungsreif. Am 12.01.2015 erklärte die Beklagte die Kündigung des Bausparvertrages unter Berufung auf § 489 Absatz 1 BGB zum 24.07.2015. Die Klägerin meint, dass die Beklagte den Bausparvertrag nicht wirksam habe kündigen können, und begehrt in der Hauptsache die Feststellung, dass der Bausparvertrag nicht durch die erklärte Kündigung beendet worden ist. Das Landgericht (LG) hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht das Urteil abgeändert und der Klage mit Ausnahme eines Teils der Nebenforderungen stattgegeben.

Im Verfahren XI ZR 272/16 schloss die Klägerin gemeinsam mit ihrem verstorbenen Ehemann, den sie als Alleinerbin beerbt hat, mit der beklagten Bausparkasse am 10.03.1999 einen Bausparvertrag über eine Bausparsumme von 160.000 DM (= 81.806,70 Euro) und am 25.03.1999 einen weiteren Bausparvertrag über eine Bausparsumme von 40.000 DM (= 20.451,68 Euro). Mit Schreiben vom 12.01.2015 kündigte die Beklagte beide Bausparverträge mit Wirkung zum 24.07.2015, nachdem diese seit mehr als zehn Jahren zuteilungsreif waren. Die Klägerin meint, dass die erklärten Kündigungen unwirksam seien, weil der Beklagten kein Kündigungsrecht zustehe. Sie begehrt in der Hauptsache die Feststellung, dass die Bausparverträge nicht durch die Kündigung beendet worden sind. Das LG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht (OLG) das Urteil abgeändert und der Klage mit Ausnahme eines Teils der Nebenforderungen stattgegeben.

Der BGH hat in beiden Verfahren auf die Revisionen der Beklagten die Urteile des OLG aufgehoben, soweit zum Nachteil der beklagten Bausparkassen entschieden worden ist, und die erstinstanzlichen Urteile wiederhergestellt. Damit hatten die Klagen keinen Erfolg.

Auf die Bausparverträge sei Darlehensrecht anzuwenden, führt der BGH aus. Denn während der Ansparphase eines Bausparvertrages sei die Bausparkasse Darlehensnehmerin und der Bausparer Darlehensgeber. Erst mit der Inanspruchnahme eines Bauspardarlehens komme es zu einem Rollenwechsel.

Der BGH hat in Übereinstimmung mit der herrschenden Ansicht in der Instanzrechtsprechung und Literatur entschieden, dass die Kündigungsvorschrift des § 489 Absatz 1 Nr. 3 BGB alter Fassung (a.F.) auch zugunsten einer Bausparkasse als Darlehensnehmerin anwendbar ist. Dies folge nicht nur aus dem Wortlaut und der Systematik des Gesetzes, sondern auch aus der Entstehungsgeschichte und dem Regelungszweck der Norm, wonach jeder Darlehensnehmer nach Ablauf von zehn Jahren nach Empfang des Darlehens die Möglichkeit haben solle, sich durch Kündigung vom Vertrag zu lösen.

Ebenfalls in Übereinstimmung mit der herrschenden Ansicht in der Instanzrechtsprechung und Literatur hat der BGH entschieden, dass die Voraussetzungen des Kündigungsrechts vorliegen. Denn mit dem Eintritt der erstmaligen Zuteilungsreife habe die Bausparkasse unter Berücksichtigung des Zwecks des Bausparvertrages das Darlehen des Bausparers vollständig empfangen. Der Vertragszweck bestehe für den Bausparer darin, durch die Erbringung von Ansparleistungen einen Anspruch auf Gewährung eines Bauspardarlehens zu erlangen. Aufgrund dessen habe er das damit korrespondierende Zweckdarlehen mit Eintritt der erstmaligen Zuteilungsreife vollständig gewährt. Dies gelte ungeachtet des Umstandes, dass der Bausparer verpflichtet sein könne, über den Zeitpunkt der erstmaligen Zuteilungsreife hinaus weitere Ansparleistungen zu erbringen, weil diese Zahlungen nicht mehr der Erfüllung des Vertragszwecks dienen.

Danach seien Bausparverträge im Regelfall zehn Jahre nach Zuteilungsreife kündbar. Aus diesem Grunde seien hier die von der beklagten Bausparkasse jeweils mehr als zehn Jahre nach erstmaliger Zuteilungsreife erklärten Kündigungen der Bausparverträge wirksam.

BGH, Urteile vom 21.02.2017, XI ZR 185/16 und XI ZR 272/16



## Zugemauertes Gebäude bleibt ein Gebäude

Ein Gebäude, das wegen Verstoßes gegen Festsetzungen eines Bebauungsplans beseitigt werden muss, bleibt auch dann ein Gebäude, wenn es nachträglich zugemauert wird, um die Festsetzungen des maßgeblichen Bebauungsplans zu umgehen. Dies hat das VG Neustadt an der Weinstraße entschieden.

Die Klägerin ist Eigentümerin eines mit einem Wohnhaus bebauten Grundstücks in einer Ortsgemeinde im Landkreis Bad Dürkheim. Das Grundstück ist bis zu 163 Meter tief und grenzt im Norden an Wald an. Das Grundstück der Klägerin stand zuvor im Eigentum ihrer Eltern. Diese hatten im Jahr 2000 im hinteren Bereich des Grundstücks am Waldrand ein Gartenhaus mit Heizung errichtet. Der maßgebliche Bebauungsplan sieht in seinen textlichen Festsetzungen unter anderem vor, dass Nebenanlagen, die Gebäude im Sinne der Landesbauordnung (LBauO) darstellen, nur innerhalb der überbaubaren Grundstücksflächen und/oder innerhalb der dafür ausgewiesenen Flächen zulässig sind. Das Gartenhaus befindet sich außerhalb dieser überbaubaren Grundstücksfläche. Bei einer Ortskontrolle im August 2004 erhielt der beklagte Landkreis Kenntnis von der Errichtung des Gartenhauses. Im Jahr 2007 übertrugen die Eltern der Klägerin dieser das vorgenannte Grundstück. Nachdem der Beklagte vom Eigentümerwechsel Kenntnis erlangt hatte, forderte er von der Klägerin im Juni 2010 die Beseitigung des Gartenhauses. Die dagegen von der Klägerin erhobene Klage blieb in zwei Instanzen erfolglos.

Im Oktober 2012 erließ der Beklagte gegenüber den Eltern der Klägerin zwei jeweils gleichlautende Verfügungen, wonach diese die gegen ihre Tochter gerichtete Beseitigungsanordnung in vollem Umfang zu dulden hätten. Dagegen setzten sich die Eltern der Klägerin rechtlich zur Wehr, was in zwei Instanzen ohne Erfolg blieb. Im Oktober 2014 ließ die Klägerin Tür und Fenster des Gartenhauses zumauern. Sodann beantragte sie das Wiederaufgreifen des Verfahrens mit der Begründung, das Gartenhaus stelle ab sofort kein Gebäude im Sinne der LBauO mehr dar. Daher dürfe die bestandskräftige Beseitigungsverfügung nicht mehr vollstreckt werden. Nach Ablehnung des Antrags hat die Klägerin im Juni 2016 Klage erhoben. Sie führt aus, das Gebäude habe durch das Zumauern seine Gebäudeeigenschaft verloren. Deshalb dürfe es jetzt stehen bleiben.

Das VG Neustadt hat die Klage abgewiesen. Der Beklagte habe es zu Recht abgelehnt, das bestandskräftig abgeschlossene Verfahren gegen die Beseitigungsverfügung neu aufzurollen. An der festgestellten materiellen Illegalität des Gartenhauses habe sich nichts dadurch geändert, dass dessen Tür und Fenster nachträglich zugemauert worden seien. Das Gartenhaus unterfalle im Ergebnis auch in der jetzigen Gestalt der maßgeblichen Regelung der textlichen Festsetzungen des Bebauungsplans. Gebäude im Sinne des § 2 Absatz 2 LBauO seien nach der Legaldefinition selbstständig benutzbare, überdeckte bauliche Anlagen, die von Menschen betreten werden können und geeignet oder bestimmt sind, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen. Die vier im Gesetz genannten Begriffsmerkmale eines Gebäudes müssten kumulativ erfüllt sein.

Unabdingbare Voraussetzung für die selbstständige Benutzbarkeit eines Gebäudes sei dessen Betretbarkeit mittels eigenen Zugangs. Dieser müsse groß genug sein, damit Menschen die Anlage in natürlicher, aufrechter Haltung betreten könnten. Die Gebäudeeigenschaft des Gartenhauses sei dennoch nicht dadurch entfallen, dass die Klägerin den Zugang zu dem Bauwerk zugemauert habe. Zwar könne es derzeit nicht betreten werden. Der Baukörper des Gartenhauses, das einen Durchmesser von circa 4,50 Meter, eine Traufhöhe von circa 2,30 Meter und eine Firsthöhe von circa 3,50 Meter habe, habe aber weiterhin das Gepräge eines Gebäudes und verfüge nach wie vor über eine potentielle Zugangsmöglichkeit für einen Menschen in aufrechter Haltung. Denn das Verschließen der Tür sei mit einem vergleichsweise geringen Aufwand rückgängig zu machen. Kein vernünftig denkender Mensch würde ein solches, in zugemauertem Zustand nutzloses Bauwerk errichten. Die Klägerin habe den Zugang zu dem Bauwerk vielmehr ausschließlich in der Absicht geschlossen, die Vollstreckung der bestandskräftigen Beseitigungsverfügung zu verhindern. Die sinnlos erfolgte Umgestaltung eines Gebäudes durch Zumauern des Zugangs, die keiner anderweitigen Zweckbestimmung des bisherigen Bauwerks diene, lasse daher die bauordnungsrechtliche Gebäudeeigenschaft nicht entfallen.

Gegen das Urteil kann der Kläger die Zulassung der Berufung durch das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz beantragen.

Verwaltungsgericht Neustadt, Urteil vom 26.01.2017, 4 K 471/16.NW

# Ehe, Familie und Erben

## Erbschaftsteuer von 30 Prozent für Erwerber der Steuerklasse II ist verfassungsgemäß

Eine Besteuerung von Erwerben durch Geschwister beziehungsweise Nichten und Neffen des Erblassers mit 30 Prozent verstößt nicht gegen Artikel 6 des Grundgesetzes (GG). Dies hat das Finanzgericht (FG) Münster entschieden.

Die Kläger sind als Geschwister beziehungsweise Nichten und Neffen des Erblassers aufgrund eines Testaments dessen Erben geworden. Das Finanzamt besteuerte die Erwerbe der Kläger jeweils mit einem Steuersatz von 30 Prozent gemäß § 19 Absatz 1 Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz (ErbStG) in der für 2009 gültigen Fassung. Hiergegen wandten die Kläger ein, dass es gegen Artikel 3 und Artikel 6 GG verstoße, dass für sie derselbe Steuersatz gelte wie für entferntere Verwandte oder fremde Dritte.

Die Klage hatte keinen Erfolg, weil das FG § 19 Absatz 1 ErbStG nicht für verfassungswidrig hielt. Hinsichtlich des geltend gemachten Verstoßes gegen den Gleichheitssatz (Artikel 3 GG) verwies er auf die hierzu bereits ergangene Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes.

Die Vorschrift sei aber auch gemessen am besonderen Schutz von Ehe und Familie verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Artikel 6 Absatz 1 GG erfordere gerade keine steuerliche Besserstellung von Familienangehörigen, sodass eine Gleichstellung der Erwerber der Steuerklasse II mit solchen der Steuerklasse III zulässig sei. Im Übrigen seien die Kläger als Geschwister beziehungsweise Abkömmlinge von Geschwistern nicht vom Schutzbereich des Artikel 6 GG erfasst. Soweit das Bundesverfassungsgericht den Schutzbereich für das Vormundschaftsrecht, in dem es um die Sorge für ein Kind geht, weiter gefasst habe, sei dies auf den Bereich des lediglich finanziell wirkenden Erbschaftsteuerrechts nicht zu übertragen.

Finanzgericht Münster, Urteil vom 10.11.2016, 3 K 1476/16 Erb

## Erbverzicht gegen Übereignung eines Nissan GTR X kann sittenwidrig sein

Vereinbart ein Vater mit seinem gerade 18 Jahre alt gewordenen Sohn einen umfassenden Erbverzicht, bei dem der Sohn allein mit einem Sportwagen Nissan GTR X abgefunden werden soll und das Fahrzeug

nur erhält, wenn er im Alter von 25 Jahren eine Berufsausbildung erfolgreich absolviert hat, können die Vereinbarungen sittenwidrig und deswegen unwirksam sein. Das hat das Oberlandesgericht (OLG) Hamm entschieden und damit das erstinstanzliche Urteil des Landgerichts (LG) Detmold bestätigt.

Der Beklagte aus Detmold ist praktizierender Zahnarzt und geschäftlich aktiv. Der 1995 geborene Kläger ist sein Sohn. Er wuchs bei seiner Mutter im Rheinland auf, nachdem die Ehe seiner Eltern 1997 geschieden worden war. Im Sommer 2013 verließ der Kläger vorzeitig die Schule, zog zum Beklagten nach Detmold und begann dort eine Ausbildung zum Zahntechniker. Etwa zu dieser Zeit erwarb der Beklagte für circa 100.000 Euro einen Sportwagen Nissan GTR X, für den sich auch sein Sohn begeisterte. So erlaubte der Beklagte dem Kläger, das Fahrzeug einige Male selbst zu lenken, was den Kläger faszinierte. Wenige Tage nach dem 18. Geburtstag des Klägers fuhr der Beklagte mit ihm zu einem Notar nach Paderborn. Dort vereinbarten die Beteiligten einen notariell beurkundeten, umfassenden Erb- und Pflichtteilsverzicht des Klägers beim Tod des Beklagten. Zur Abfindung sollte der Kläger nach Vollendung des 25. Lebensjahres den Sportwagen erhalten, sofern er bis dahin eine Ausbildung zum Zahntechniker gesellen und Zahntechnikermeister mit sehr gutem Ergebnis abgeschlossen haben sollte. Eine weitere Gegenleistung des Beklagten sah der notarielle Vertrag nicht vor. Kurz nach der Beurkundung reute den Kläger der Vertragsschluss. Er brach seine Ausbildung in Detmold ab und kehrte zu seiner Mutter zurück. Im vorliegenden Rechtsstreit begehrt der Kläger die Feststellung, dass der notarielle Vertrag sittenwidrig und damit nichtig sei.

Die Klage hatte Erfolg. Das LG habe, so das OLG, rechtsfehlerfrei festgestellt, dass der notarielle Vertrag mit dem umfassenden Erb- und Pflichtteilsverzicht sittenwidrig und damit nichtig sei. Den Erbverzicht und die Abfindung hätten die Parteien in dem notariellen Vertrag als Geschäfte so verbunden, dass sie miteinander „stehen und fallen“ sollten.

Die Sittenwidrigkeit der Geschäfte folge aus einer Gesamtwürdigung der dem Erbverzicht zugrundeliegenden Vereinbarungen der Parteien. Bereits nach ihrem Inhalt weise die Abfindung ein erhebliches Ungleichgewicht zulasten des Klägers auf. So werde der umfassende Erbverzicht mit sofortiger Wirkung und unbedingt vereinbart. Er solle insbesondere unabhängig vom Eintritt der Bedingungen für die Gegenleistung gelten.



Demgegenüber stehe die Gegenleistung unter mehreren gemeinsam zu erfüllenden Bedingungen mit der Folge, dass der Beklagte den Erbverzicht unentgeltlich erlange, wenn auch nur eine der Bedingungen für die Gegenleistung nicht eintrete. Bei der Bewertung der Gegenleistung sei zudem zu berücksichtigen, dass der Kläger das Fahrzeug erst im Alter von 25 Jahren erhalten solle und das Fahrzeug bis dahin aufgrund seines Alters erheblich an Wert verloren haben werde.

Die Vorgabe der erfolgreich zu absolvierenden Ausbildung schränke den Kläger außerdem in zu missbilliger Weise in der Wahl seines beruflichen Werdegangs ein. Eine berufliche Umorientierung lasse die Vereinbarung nicht zu. Das habe eine knebelnde Wirkung, die unzulässig in die Persönlichkeitsrechte des noch jugendlichen Klägers eingreife, der seine Ausbildung gerade erst begonnen habe. Verschärft werde der Druck noch dadurch, dass die Vertragsbedingungen zur Ausbildung nur bei Erreichen der Bestnote bei den Abschlussprüfungen erfüllt sein sollten. Mit der Vertragsgestaltung, die auf einseitigen Vorgaben des Beklagten beruhe, habe dieser seine Testierfreiheit mit einer verhältnismäßig geringen, gegebenenfalls sogar ohne Abfindung erweitern wollen. Seine Argumentation, er habe seinen Sohn zu einer zügigen und erfolgsorientierten Ausbildung motivieren wollen, sei vorgeschoben. Bei einer solchen Motivation hätte es genügt, dem Kläger das Fahrzeug beim Erreichen der Ausbildungsziele als Belohnung zu versprechen und den Erbverzicht ebenfalls an den Eintritt dieser Bedingung zu knüpfen.

Die Umstände des Vertragsabschlusses zeigten zudem, dass der geschäftsgewandte Beklagte die jugendliche Unerfahrenheit seines Sohnes zu seinem Vorteil ausgenutzt habe. So habe er sich die Begeisterung des Klägers für den Sportwagen zunutze gemacht und durch die Anschaffung des Fahrzeugs im Vorfeld des Vertrages noch gefördert. Der Beklagte habe zudem bewusst den Eintritt der Volljährigkeit seines Sohnes abgewartet, wohlwissend, dass die Mutter dem Geschäft zuvor nicht zugestimmt hätte und es auch vom Familiengericht nicht genehmigt worden wäre. Mit der Wahl des Beurkundungstermins habe er dann den Eindruck erweckt, es handele sich um ein Geburtstagsgeschenk für den Kläger. Das sei geeignet gewesen, dem Kläger eine Ablehnung des Angebotes emotional zu erschweren. In die Vorbereitung des Beurkundungstermins sei der Kläger auch nicht einbezogen worden, einen Vertragsentwurf habe er zuvor nicht erhalten.

Oberlandesgericht Hamm, Urteil vom 08.11.2016, 10 U 36/15

### **Pflegeheim: Tochter haftet trotz Ausschlagung der Erbschaft für rückständige Kosten**

Eine Tochter, die beim Einzug ihrer Mutter in ein Pflegeheim eine Kostenübernahmeerklärung unterschreibt, muss nach dem Versterben der Mutter auch dann die rückständigen Heimkosten übernehmen, wenn sie die Erbschaft nach der Mutter ausgeschlagen hat. Dies zeigt ein vom Oberlandesgericht (OLG) Oldenburg entschiedener Fall. Konkret ging es um 5.600 Euro.

Vor Gericht hatte die Tochter argumentiert, sie hafte nicht, denn sie habe die Erbschaft nach ihrer Mutter ausgeschlagen. Darüber hinaus liege ein Verstoß gegen § 14 Absatz 1 Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz vor. Nach dieser Vorschrift kann ein Pflegeheim vom Heimbewohner Sicherheiten für die Erfüllung seiner Pflichten aus dem Heimvertrag nur dann verlangen, wenn dies im Heimvertrag konkret vereinbart ist. Eine Vereinbarung in einer bloßen Anlage zum Heimvertrag reicht nicht.

Das OLG hat entschieden, dass die Tochter zahlen muss. Das Ausschlagen der Erbschaft ändere daran nichts, weil es nicht um den Anspruch des Pflegeheims gegen die verstorbene Mutter gehe, sondern um einen direkten Anspruch des Pflegeheims gegen die Tochter aufgrund der von ihr unterschriebenen Erklärung. Auch einen Verstoß gegen § 14 Absatz 1 Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz konnte der Senat nicht feststellen, weil es sich bei der Erklärung nicht um eine Anlage zum Heimvertrag handelte. Die Erklärung der Tochter sei auch dann gültig, wenn sie separat vom Heimvertrag abgeschlossen worden sei. Aber selbst wenn man einen Verstoß gegen das Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz annehmen würde, hafte die Tochter. Denn dieses Gesetz solle nur den Heimbewohner schützen, nicht aber dessen Angehörige, so das OLG abschließend.

Oberlandesgericht Oldenburg, Beschluss vom 21.12.2016, 4 U 36/16, rechtskräftig

# Medien & Telekommunikation

## Auskunftsanspruch der Presse kann sich auch gegen Aktiengesellschaft richten

Der presserechtliche Auskunftsanspruch kann auch gegenüber Aktiengesellschaften geltend gemacht werden, die im Bereich der Daseinsvorsorge tätig sind und deren Anteile sich mehrheitlich im Eigentum der öffentlichen Hand befinden. Dies stellt der BGH klar.

Der Kläger ist Journalist. Er arbeitet an einem Artikel über die Finanzierung des Bundestagswahlkampfes der SPD im Jahr 2013 und früherer Landtagswahlkämpfe der SPD in Nordrhein-Westfalen. In diesem Zusammenhang recherchiert er, ob in den Jahren 2013 und 2010 betriebene Internetblogs, in denen die Wahlkämpfe der SPD unterstützende Beiträge und Dokumente veröffentlicht worden sind, mit öffentlichen Mitteln finanziert wurden.

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft, die Leistungen der Wasser- und Energieversorgung und der Abwasserentsorgung erbringt. Die Mehrheit der Aktienanteile wird von Kommunen gehalten. Der Kläger hat den Verdacht, dass die Beklagte die Internetblogs indirekt finanziert hat, indem sie an Unternehmen, die mit den Blogs in Verbindung stehen, überhöhte Zahlungen für angebliche Vertragsleistungen erbracht hat. Er hat die Beklagte auf Auskunft über die den Unternehmen erteilten Aufträge, die erbrachten Leistungen und die in Rechnung gestellten Vergütungen in Anspruch genommen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das OLG hat die Beklagte zur Auskunftserteilung ab dem Jahr 2009 verurteilt. Es hat angenommen, die Beklagte sei nach § 4 Absatz 1 des nordrhein-westfälischen Landespressegesetzes (LPresseG NRW) zur Auskunft verpflichtet. Sie sei eine Behörde im presserechtlichen Sinn, weil sie von kommunalen Aktionären beherrscht und von ihnen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge eingesetzt werde. Der Verdacht des Klägers, die Beklagte habe über Zahlungen an die Unternehmen die Wahlkämpfe der SPD verdeckt finanziert, sei nicht von vornherein haltlos. Die Beklagte könne die Auskunft nicht nach § 4 Absatz 2 LPresseG NRW unter Verweis auf schützenswerte Geschäftsgeheimnisse verweigern. Der Auskunftsanspruch beschränke sich auf Informationen, die im zeitlichen Zusammenhang mit den Wahlkämpfen stünden.

Mit ihrer Revision begehrt die Beklagte die vollständige Abweisung der Klage. Der Kläger verfolgt mit seiner Anschlussrevision seinen Antrag

auf Auskunft über von der Beklagten vor 2009 erteilte Aufträge weiter. Der BGH hat die Anschlussrevision des Klägers zurückgewiesen. Die Revision der Beklagten hatte nur insoweit Erfolg, als sie sich gegen die Verurteilung zur Auskunft seit dem Jahr 2014 richtet. Der BGH hat die Beklagte als auskunftspflichtige Behörde im Sinne des § 4 Absatz 1 LPresseG NRW angesehen. Der presserechtliche Begriff der Behörde erfasse auch juristische Personen des Privatrechts, die von der öffentlichen Hand beherrscht und zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben, etwa im Bereich der Daseinsvorsorge, eingesetzt werden. Eine Beherrschung in diesem Sinne sei in der Regel anzunehmen, wenn mehr als die Hälfte der Anteile der privatrechtlichen juristischen Person im Eigentum der öffentlichen Hand stehen. Diese Voraussetzungen seien im Streitfall gegeben.

Die Beklagte könne sich nicht mit Erfolg auf ein Auskunftsverweigerungsrecht gemäß § 4 Absatz 2 Nr. 3 LPresseG NRW berufen. Dem vom Kläger verfolgten Informationsinteresse komme ein größeres Gewicht als dem Interesse der Beklagten und der betroffenen Dienstleistungsunternehmen an der Geheimhaltung der Vertragskonditionen zu. Im Hinblick auf die sachgerechte Verwendung öffentlicher Mittel und die politischen Aktivitäten eines kommunal beherrschten Unternehmens bestehe ein gewichtiges öffentliches Informationsinteresse. Der Auskunftsanspruch umfasst laut BGH allerdings nur den Zeitraum, für den ein berechtigtes Informationsinteresse der Presse besteht. Dies sei vorliegend die Zeit von 2009 bis 2013.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 16.03.2016, I ZR 13/16

## Steuerabzug auch bei umfassender Rechteüberlassung ausländischer Autoren und Journalisten

Überlassen ausländische Autoren oder Journalisten einem deutschen Medienunternehmen ihre Werke zur umfassenden Nutzung, ist ein Steuerabzug nach § 50a EStG vom Honorar vorzunehmen. Nach zwei Entscheidungen des FG Köln gilt dies auch für den Fall, dass ein so genannter „total buy out“ vorliegt, also sämtliche Rechte gegen eine Pauschalvergütung übertragen werden.

In den Verfahren wendeten sich die Kläger gegen den Steuerabzug des Finanzamts mit der Begründung, dass die umfassende Rechteüberlassung steuerrechtlich den Verkauf der Rechte am Werk darstelle. Die



Vorschrift des § 50a Absatz 1 Nr. 3 EStG unterwerfe jedoch nur die Nutzungsüberlassung von Rechten, insbesondere von Urheberrechten und nicht deren Verkauf dem Steuerabzug. Dem sind die beiden Senate nicht gefolgt. Sowohl der 3. Senat des FG als auch der für Körperschaften zuständige 13. Senat vertreten die Auffassung, dass das anzuwendende deutsche Urheberrecht (§ 29 Urhebergesetz) einem Rechteverkauf entgegen stehe.

Die Verfahren wurden von der OFD Karlsruhe in ihrer Verfügung vom 29.04.2014 (S 2303/41 – St 142/St 136) als Musterverfahren hinsichtlich der Rechteüberlassung durch Fotomodelle aufgeführt.

Gegen beide Urteile wurde beim BFH Revision eingelegt. Die Verfahren werden dort unter den Aktenzeichen I R 83/16 und I R 69/16 geführt. FG Köln, Urteil vom 28.09.2016, 3 K 2206/13 und vom 25.08.2016, 13 K 2205/13

### **Videostreaming-Plattformen: Verurteilung wegen Betriebs von „kino.to“ und „kinox.to“ ist rechtskräftig**

Das Urteil des LG Leipzig gegen einen der Betreiber der Videostreaming-Plattformen „kino.to“ und „kinox.to“ ist rechtskräftig, nachdem der Bundesgerichtshof (BGH) die Revision des Angeklagten weitestgehend verworfen hat. Das LG Leipzig hatte einen 29-jährigen Angeklagten unter anderem wegen gewerbsmäßiger unerlaubter Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke (Fall „kinox.to“) und wegen Beihilfe hierzu (Fall „kino.to“) sowie wegen (Beihilfe zur) Computersabotage zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und vier Monaten verurteilt sowie Verfalls- und Einziehungsentscheidungen getroffen.

Nach den Feststellungen des LG unterstützte der Angeklagte in den Jahren 2009 bis 2011 den Betrieb der in Deutschland führenden illegalen Internet-Plattform „kino.to“, die kostenlos Links zu Raubkopien von Kinofilmen und TV-Serien zum Herunterladen (Download) beziehungsweise zum Ansehen im Internet (Streaming) anbot. Nachdem „kino.to“ im Zuge strafrechtlicher Ermittlungen abgeschaltet worden war, baute der Angeklagte das Nachfolgeportal „kinox.to“ auf und betrieb dieses zusammen mit anderen. Zudem sabotierte er unter Einsatz seiner IT-Kenntnisse und Erfahrungen als Computer-Hacker den Betrieb zweier ebenfalls illegaler, konkurrierender Videostreaming-Plattformen beziehungsweise unterstützte die Beeinträchtigung des Betriebs der Konkurrenz-Plattformen.

Der BGH hat die gegen das Urteil des LG gerichtete Revision des Angeklagten entsprechend dem Antrag des Generalbundesanwalts – mit Ausnahme einer numerischen Korrektur im Schuldspruch – als unbegründet verworfen. Das Urteil des LG Leipzig ist damit rechtskräftig. Bundesgerichtshof, Beschluss vom 11.01.2017, 5 StR 164/16

### **Routerfreiheit gilt auch für Bestandskunden**

Die Routerfreiheit gilt auch für Bestandskunden. Das hat das LG Essen in einem Urteil gegen die GELSEN-NET Kommunikationsgesellschaft mbH festgestellt, wie die Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen mitteilt. Auf Antrag der Verbraucherschützer habe das LG es dem Anbieter untersagt, die Herausgabe der erforderlichen Zugangsdaten an Bestandskunden zu verweigern.

Bis vor einem halben Jahr hätten Netzbetreiber ihren Kunden vorschreiben können, ausschließlich von ihnen bereitgestellte Endgeräte für den Breitbandanschluss zu nutzen, führt die Verbraucherzentrale zum Hintergrund aus. Andere Router hätten nur eingesetzt werden können, wenn Anbieter die Zugangsdaten für Internet und Telefonie (Voice over IP) zur Verfügung stellten. Doch das hätten Netzbetreiber wiederholt verweigert.

Der Gesetzgeber habe diesen „Routerzwang“ inzwischen mit dem Gesetz über Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen abgeschafft. Seit 01.08.2016 dürften danach Netzbetreiber den Anschluss an das öffentliche Telekommunikationsnetz nicht verweigern, wenn der Router bestimmte technische Anforderungen erfüllt. Sie müssten ihren Kunden die Zugangsdaten und Informationen mitteilen.

Unklar war laut Verbraucherzentrale bislang jedoch, ob dies nur für Neuverträge gilt, oder ob Verbraucher auch bei bestehenden Verträgen den Router frei wählen dürfen. Geklärt worden sei diese Frage nun am Beispiel eines Bestandskunden der GELSEN-NET Kommunikationsgesellschaft mbH. Weil ihm die Herausgabe der Zugangsdaten verweigert worden war, habe die Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen gegen den Anbieter vor dem LG Essen ein gerichtliches Eilverfahren eingeleitet. Dort hätten die Richter die Auffassung der Verbraucherzentrale bestätigt. Die Routerfreiheit gelte danach auch für Bestandskunden.

Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen, PM vom 07.02.2017 zu Landgericht Essen, Urteil vom 23.09.2016, 45 O 56/16

# Staat & Verwaltung

## Bayern: Kein Anspruch auf Wahl der CDU

Ein Ehepaar aus Nürnberg hat gegen den Bundeswahlleiter keinen Anspruch darauf, bei der nächsten Bundestagswahl die CDU in Bayern wählen zu können. Dies stellt das Verwaltungsgericht (VG) Wiesbaden klar.

Die Kläger hatten im Klagewege von dem Bundeswahlleiter verlangt, er solle ihnen die Möglichkeit eröffnen, die CDU auch in Bayern wählen zu können. Sie seien mit der Politik des CSU-Vorsitzenden nicht einverstanden, unterstützten vielmehr die Politik der Bundeskanzlerin. Das VG wies die Klage ab, weil es keine Rechtsgrundlage für ihr Begehren gegen den Bundeswahlleiter gebe. Die CDU könne in Bayern allenfalls über eine Bundesliste gewählt werden, die es aber nicht gebe, weil das Bundeswahlgesetz nur Landeslisten vorsieht. Die CDU könne auch selbst in Bayern über eine Landesliste kandidieren, was sie aber wegen einer Vereinbarung mit der CSU nicht tue.

Das Gericht folgte auch nicht den Argumenten der Kläger, das Verfahren müsse dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt werden, damit das Wahlrecht so gestaltet werde, dass anstelle der CSU die CDU in Bayern gewählt werden könne. Ein Verstoß gegen Artikel 20 Absatz 2 Grundgesetz (GG) in Verbindung mit Artikel 38 GG sei nicht gegeben. Das Gericht hat wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Angelegenheit für die Kläger die Berufung zugelassen, über die der Hessische Verwaltungsgerichtshof in Kassel zu entscheiden hat.

Verwaltungsgericht Wiesbaden, Entscheidung vom 30.12.2016, 6 K 1805/16.WI

## Krankhafte Querulanz kann zu Unzulässigkeit einer Klage führen

Eine krankhafte Querulanz kann eine Klage unzulässig machen. Dies zeigt ein vom Finanzgericht (FG) Baden-Württemberg entschiedener Fall, in dem eine Klage mangels feststellbarer Prozessfähigkeit des Klägers als unzulässig abgewiesen wurde.

Der Kläger hatte neben zahlreichen Verfahren beim Finanzgericht 160 Verfahren beim Sozialgericht, 170 Verfahren beim Verwaltungsgericht und 96 Verfahren bei Amts- und Landgerichten geführt. Auch wegen der Aggressivität mit der die Verfahren geführt wurden, ergaben sich

durchgreifende Bedenken an der Prozessfähigkeit des Klägers. Zur Feststellung seiner Prozessfähigkeit hielt das Gericht daher eine psychologische Begutachtung des Klägers durch einen Sachverständigen für erforderlich. Nachdem der Kläger das Schreiben mit der Bitte um Zustimmung und Mitwirkung an seiner Begutachtung unbeantwortet gelassen hatte, wies das FG die wegen Kraftfahrzeugsteuer erhobene Klage als unzulässig ab.

Aufgrund der bisherigen Prozessaktivitäten des Klägers bestünden durchgreifende und mangels seiner Mitwirkung nicht ausgeräumte Bedenken an seiner Prozessfähigkeit. Gegen seine Prozessfähigkeit spreche nicht nur das bisherige Prozessverhalten mit einer kaum zu überschauenden Flut an Klagen und Anträgen vor vielen deutschen Gerichten, sondern auch die Art und Weise, wie er die Verfahren führe. Der Kläger splitte seine Prozessführung in eine Vielzahl nicht sachdienlicher Handlungen auf und habe offenkundig jeden Überblick über seine Verfahren verloren. Da das Gericht keine Anhaltspunkte für die Prozessfähigkeit des Klägers habe und diese mangels seiner Mitwirkungsbereitschaft auch nicht positiv feststellen könne, müsse aufgrund der Vielzahl der beim Kläger offen zu Tage tretenden Symptome von einer krankhaften Form der Querulanz und mithin Prozessunfähigkeit ausgegangen werden.

Finanzgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 22.07.2016, 13 K 65/16

## Neues BKA-Gesetz stärkt Rolle des Bundeskriminalamts

Mit einer Neustrukturierung des BKA-Gesetzes will das Bundeskabinett die Rolle des Bundeskriminalamtes (BKA) stärken. Dies soll zur Gewährleistung der inneren Sicherheit in der Bundesrepublik beitragen.

Das jetzt vom Kabinett beschlossene neue BKA-Gesetz sieht eine Stärkung des BKA in zweierlei Hinsicht vor: als Zentralstelle des nationalen polizeilichen Informationswesens und als Kontaktstelle für die internationale Zusammenarbeit. Dank der neuen Regelungen sollen künftig zum Beispiel auch Daten erhoben werden können, die durch den Einsatz verdeckter Maßnahmen zur Abwehr von Gefahren durch den internationalen Terrorismus erlangt wurden. Dazu gehören laut Bundesregierung unter anderem Änderungen zur Anordnungsbefug-





nis, zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung und zur Aufsichtskontrolle.

Mit der Neustrukturierung soll zudem der rechtliche Rahmen für eine grundlegende Modernisierung der polizeilichen IT-Systeme geschaffen werden, damit Informationen künftig gezielter und leichter fließen können. Geplant ist der Umbau des bisherigen IT-Systems im BKA von einer Struktur gut gepflegter, aber verschiedener „Datentöpfe“ hin zu einer modernen, einheitlichen IT-Landschaft. Das Gesetz verbessere die Datenqualität und etabliere neue gemeinsame IT-Standards, so die Bundesregierung.

Das Gesetz zur Neustrukturierung setze außerdem die Verabredungen zur elektronischen Aufenthaltsüberwachung („elektronische Fußfessel“) für so genannte Gefährder um, auf die sich die Bundesjustizminister Heiko Maas (SPD) und Bundesinnenminister Thomas de Maizière (CDU) am 10.01.2017 verständigt hatten.

Anlass für den Gesetzentwurf sind Vorgaben des Bundesverfassungsgerichtes. Dieses hatte mit Urteil vom 20.04.2016 Teile des BKA-Gesetzes für verfassungswidrig erklärt. Das Urteil macht eine Neuregelung bis Juni 2018 erforderlich. Zudem galt es, die EU-Richtlinie 2016/680 vom 27.04.2016 in nationales Recht umzusetzen, die dem Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten dient.

Bundesregierung, PM vom 01.02.2017

### **Kurze Verjährung bei subventionsrechtlichen Erstattungsansprüchen**

Das Bundesverwaltungsgericht in Leipzig hat entschieden, dass Erstattungsansprüche der Öffentlichen Hand gegen einen Subventionsempfänger nach § 49a Abs. 1 Satz 1 VwVfG mit Ablauf von drei Jahren seit Kenntnis der Behörde verjähren.

Der Kläger gründete mit zwei Partnern ein Unternehmen und erhielt dafür im November 1998 im Rahmen eines Existenzgründerprogramms eine Förderung in Form eines 5 Jahre tilgungsfreien und 10 Jahre zinslosen Darlehens i.H.v. 150 000 DM. Der Zuwendungsbescheid enthielt die auflösende Bedingung, dass das neu gegründete Unternehmen während der gesamten Zeit eigenbetrieblich gewerblich genutzt wird. Mit Wirkung zum März 2007 schied der Kläger aus dem

Unternehmen aus. Darüber informierte er die Beklagte im Juli 2007 und bot eine vergleichsweise Regulierung des Darlehens an. Nachdem der Kläger auf verschiedene Nachfragen der Beklagten bis zum April 2008 über seine wirtschaftlichen Verhältnisse berichtet hatte, ließ die Beklagte die Gespräche einschlafen.

Mit Bescheid vom 16. August 2012 forderte sie vom Kläger den gesamten Betrag von umgerechnet 76 693,78 € nebst Zinsen zurück. Sein Ausscheiden aus dem Unternehmen habe die Rückzahlungspflicht ausgelöst. Der Kläger berief sich darauf, dass der Rückzahlungsanspruch mittlerweile verjährt sei. Die regelmäßige Verjährungsfrist betrage seit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz von 2002 im Bürgerlichen Recht drei Jahre. Im Verwaltungsrecht könne nichts anderes gelten. Dieser Argumentation folgte das Verwaltungsgericht und hob den Rückforderungsbescheid auf. Demgegenüber vertrat das Oberverwaltungsgericht die Ansicht, dass für Erstattungsansprüche im Öffentlichen Recht weiterhin die 30jährige Frist gelte.

Auf die Revision des Klägers hat das Bundesverwaltungsgericht das erstinstanzliche Urteil wiederhergestellt. Seit Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes am 1. Januar 2002 gilt für den hier maßgeblichen Erstattungsanspruch nach § 49a Abs. 1 Satz 1 VwVfG nicht mehr die kenntnisunabhängige 30jährige Verjährungsfrist des § 195 BGB a.F., sondern die kenntnisabhängige dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB n.F. Der Gesetzgeber hat zwar mit dieser Reform die Verjährung öffentlich-rechtlicher Ansprüche nicht geregelt, jedoch im Folgenden die §§ 53, 102 VwVfG neu gefasst und für das Verjährungsrecht auf die zivilrechtlichen Übergangsbestimmungen verwiesen. Damit hat er zu erkennen gegeben, dass jedenfalls für Ansprüche aus dem Verwaltungsverfahrensgesetz grundsätzlich das neue Verjährungsrecht gelten kann. Da der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch nach § 49a Abs. 1 Satz 1 VwVfG starke Ähnlichkeiten mit den zivilrechtlichen Bereicherungsansprüchen aufweist, liegt es nahe, auch für ihn ab dem 1. Januar 2002 die dreijährige Regelverjährung anzuwenden. Zwar ist im vorliegenden Fall die Frist durch Verhandlungen nach § 203 Satz 1 BGB zeitweise gehemmt gewesen. Nach dem Einschlafen der Gespräche hätte die Beklagte jedoch mit der Geltendmachung des Anspruchs nicht mehr vier Jahre zuwarten dürfen.

BVerwG, Pressemitteilung vom 16.3.2017 zu Urteil vom 15.3.2017, Az. 10 C 3.16

# Bußgeld & Verkehr

## Elfjähriger Radfahrer kann für Zusammenstoß mit 57-jähriger Radfahrerin allein haften

Verursacht ein verkehrswidrig fahrender, elfjähriger Radfahrer einen Zusammenstoß mit einer 57-jährigen Radfahrerin, bei dem diese erhebliche Verletzungen leidet, kann der Elfjährige für die Unfallfolgen der Radfahrerin allein zu haften haben. Das hat das OLG Hamm entschieden und damit das erstinstanzliche Urteil des LG Dortmund bestätigt.

Der elf Jahre alte Beklagte war auf dem Gehweg einer innerstädtischen Straße mit seinem Fahrrad entgegen der eigentlichen Fahrtrichtung gefahren. Beim Überqueren einer Straße stieß er mit der von links aus dieser Straße mit dem Fahrrad kommenden 57 Jahre alten Klägerin zusammen. Die Klägerin zog sich bei dem Zusammenstoß schwere Verletzungen im Bereich ihres rechten Kniegelenks und eine rechte Sprunggelenkfraktur zu. Sie musste mehrfach operiert werden und leidet noch heute unter den Folgen der Knieverletzung, die letztendlich zu einer operativen Versteifung des rechten Knies führen wird.

Das LG ist von einer alleinigen Haftung des elfjährigen Radfahrers für den Verkehrsunfall ausgegangen. Es hat der Klägerin – nach vom Haftpflichtversicherer des Beklagten vorprozessual gezahlten 14.000 Euro – weitere 11.000 Euro Schmerzensgeld zugesprochen sowie materiellen Schadenersatz in Höhe von circa 1.900 Euro Erwerbsschaden und – nach insoweit vorprozessual gezahlten 2.000 Euro – weitere circa 23.000 Euro Haushaltsführungsschaden. Für den künftigen Haushaltsführungsschaden hat es der Klägerin eine vierteljährlich zu zahlende Rente von circa 820 Euro zuerkannt.

Die mit der Berufung vom Beklagten erstrebte vollständige Klageabweisung hat das OLG Hamm zurückgewiesen und das erstinstanzliche Urteil bestätigt. Der Beklagte hafte dem Grunde nach allein für den Unfall, bekräftigt das OLG. Er habe den Gehweg der im Grundsatz vorfahrtsberechtigten Straße verkehrswidrig entgegen der eigentlichen Fahrtrichtung benutzt. Aufgrund seines Alters sei er nicht mehr berechtigt gewesen, auf dem Gehweg Fahrrad zu fahren. Deswegen habe ihm gegenüber der Klägerin kein Vorfahrtsrecht zugestanden. Abgesehen davon habe er beim Queren der Einmündung auf den fließenden Fahrzeugverkehr der kreuzenden Straße achten und nicht dazu mit seinem Fahrrad in der „falschen“ Fahrtrichtung weiterfahren dürfen. Seine Fahrweise sei hoch gefährlich gewesen.

Der im Unfallzeitpunkt elfjährige Beklagte sei für sein Fehlverhalten verantwortlich. Seinem Sachvortrag sei nicht zu entnehmen, dass er im Zeitpunkt des Unfalls nicht die zur Erkenntnis seiner Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht gehabt habe. Nur wenn er das nachweisen könne, entfalle seine haftungsrechtliche Verantwortlichkeit, hebt das OLG hervor. Der Klägerin sei demgegenüber kein Mitverschulden am Zustandekommen des Unfalls nachzuweisen, für den der Beklagte damit allein einzustehen habe.

Das vom LG ausgeurteilte Schmerzensgeld sowie die zugesprochenen materiellen Schadensbeträge seien gerechtfertigt, mit Ausnahme eines Betrages von 450 Euro beim Haushaltsführungsschaden, um den die Klägerin ihre Klage aber im Nachhinein auch reduziert habe.

OLG Hamm, Urteil vom 16.09.2016, 9 U 238/15, rechtskräftig

## Hartnäckiges Falschparken rechtfertigt Fahrerlaubnisentzug

Eine Fahrerlaubnis kann ungeachtet der im Verkehrszentralregister eingetragenen Punktzahl auch schon bei einer Vielzahl von Parkverstößen entzogen werden. Dies hat das VG Berlin im Fall eines Mannes entschieden, der wiederholt falsch geparkt hatte.

Zwischen Januar 2014 und Januar 2016 waren mit einem auf den Antragsteller zugelassenen Fahrzeug insgesamt 88 Verkehrsordnungswidrigkeiten – davon 83 Parkverstöße – begangen worden. Daraufhin entzog das Landesamt für Bürger- und Ordnungsangelegenheiten sofort vollziehbar seine Fahrerlaubnis, nachdem er einer Aufforderung zur Vorlage eines Gutachtens über seine Fahreignung nicht nachgekommen war.

Das VG Berlin hat die Entscheidung der Behörde im Eilverfahren bestätigt. Eine Fahrerlaubnis könne nicht nur bei Eintragungen im Verkehrszentralregister, sondern auch demjenigen entzogen werden, der sich aus anderen Gründen als ungeeignet erwiesen habe. Verstöße gegen Vorschriften des ruhenden Verkehrs seien für die Beurteilung der Fahreignung relevant, wenn der Verkehrsteilnehmer offensichtlich nicht willens sei, die im Interesse eines geordneten, leichten und ungefährdeten Verkehrs geschaffenen Ordnungsvorschriften einzuhalten, sondern diese hartnäckig missachte. Soweit der Antragsteller zum Teil behauptet habe, seine Frau habe die Verstöße begangen, müsse er sich dies zurechnen lassen. Denn wenn er nichts gegen Verkehrsverstöße



von Personen unternehme, die sein Fahrzeug mit seiner Billigung benutzen, liege auch hierin ein charakterlicher Mangel, der ihn selbst als ungeeigneten Verkehrsteilnehmer ausweise.

Gegen den Beschluss ist die Beschwerde an das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg zulässig.

Verwaltungsgericht Berlin, Beschluss vom 23.10.2016, 11 L 432.16

### **Keine Erpressung durch Parkkrallen: Freispruch eines Abschleppunternehmers ist rechtskräftig**

Der BGH hat den Freispruch eines Abschleppunternehmers unter anderem vom Vorwurf der Erpressung mittels Anbringens von Parkkrallen überwiegend bestätigt. Dem Unternehmer kam zugute, dass das in der Vorinstanz entscheidende LG München I von seiner Gutgläubigkeit in Bezug auf die Rechtmäßigkeit seines Geschäftsmodells ausgegangen war. Der BGH erachtete die Beweiswürdigung insoweit als fehlerfrei.

Das LG hat den Angeklagten vom Vorwurf der Erpressung in 19 Fällen, der versuchten Erpressung in zwölf Fällen und der Beleidigung aus tatsächlichen Gründen freigesprochen. Nach seinen Feststellungen bot der Angeklagte mit seiner Firma im Rahmen eines neu geschaffenen Geschäftsmodells zwischen 2008 und 2012 Supermarktbetreibern, Krankenhäusern und Hausverwaltungen an, auf deren Grundstücken unberechtigt parkende Kraftfahrzeuge für diese kostenneutral zu entfernen. Im Gegenzug traten die Vertragspartner ihre Ansprüche gegen die Fahrzeugführer auf Schadenersatz an die Firma des Angeklagten ab. Diese Ansprüche sollte der Angeklagte selbst gegenüber den Falschparkern eintreiben.

An den betroffenen Orten befanden sich Schilder, die die Parkplätze als Privatparkplätze kenntlich machten und darauf hinwiesen, dass widerrechtlich parkende Kraftfahrzeuge kostenpflichtig abgeschleppt werden. Der Angeklagte führte nach Feststellung eines Parkverstößes verschiedene mit den Grundstücksbesitzern vereinbarte Vorbereitungsaktivitäten durch. In 14 Fällen brachte er anschließend eine Parkkralle an den jeweils falsch parkenden Kraftfahrzeugen an und verständigte teilweise schon einen Abschleppwagen. In den übrigen Fällen waren die falsch parkenden Kraftfahrzeuge bereits zu einem den Fahrzeugführern unbekanntem Ort abgeschleppt oder der Abschleppvorgang unmittelbar eingeleitet worden.

Der Angeklagte verlangte von den zu ihren Fahrzeugen zurückkommenden Fahrzeugführern vor Ort aufgrund der Abtretung der Schadenersatzansprüche unmittelbar eine Bezahlung derjenigen Beträge, die sich aus den mit seinen Vertragspartnern vereinbarten Preislisten für die bereits erbrachten Leistungen ergaben. Der Angeklagte berief sich jeweils auf ein Zurückbehaltungsrecht und erklärte, er werde die Parkkrallen erst abnehmen, den Abstellort des abgeschleppten PKW erst verraten oder den schon eingeleiteten Abschleppvorgang erst abrechnen, wenn ihm vor Ort die geforderte Summe vollständig gezahlt werde. Die meisten betroffenen Autofahrer zahlten daraufhin die geforderte Summe.

Das LG konnte nicht feststellen, dass die eingeforderten Beträge überhöht gewesen wären, indem etwa in unzulässiger Weise Kosten für die allgemeine Parkraumüberwachung gefordert worden seien. Es hat dem im Tatzeitraum umfassend rechtlich beratenen Angeklagten geglaubt, er sei davon ausgegangen, dass er einen Anspruch auf Zahlung der geltend gemachten Beträge gehabt habe. Zudem ist es der Einlassung des Angeklagten gefolgt, er sei aufgrund seiner rechtlichen Beratung einschließlich der Einholung externer Rechtsgutachten von der Rechtmäßigkeit seines Handelns überzeugt gewesen. Soweit keine Parkkrallen zum Einsatz kamen, konnte das LG außerdem nicht feststellen, dass der Angeklagte rechtswidrig gehandelt hat.

Der BGH hat den Freispruch ganz überwiegend bestätigt. Hierbei habe weder geklärt werden müssen, ob in den vom Angeklagten geltend gemachten Beträge überhöhte Kostenanteile ausgewiesen waren, noch, ob der Einsatz von Parkkrallen zur Durchsetzung solcher Forderungen zivilrechtlich zulässig ist oder nicht. Angesichts der damals weitgehend streitigen zivilrechtlichen Rechtslage zur Höhe erstattungsfähiger Abschleppkosten und zur Geltendmachung von Zurückbehaltungsrechten an falsch parkenden Fahrzeugen sowie der umfangreichen Rechtsberatung des Angeklagten habe der BGH keinen Anlass gehabt, die Beweiswürdigung des LG, wonach der Angeklagte insgesamt gutgläubig gehandelt hat, aus Rechtsgründen zu beanstanden.

Lediglich in einem Fall, in dem nach den Urteilsfeststellungen unter Einsatz einer Parkkralle weit überhöhte Kosten geltend gemacht wurden, hat der BGH die Beweiswürdigung des LG beanstandet und den Freispruch insoweit aufgehoben. Dieser Fall muss erneut geprüft werden, weshalb die Sache in diesem Umfang an das AG München zurückverwiesen wurde.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 21.12.2016, 1 StR 253/15

# Verbraucher, Versicherung & Haftung

## Telefonnummer eines Kundendienstes darf keine teure 0180-Nummer sein

Die Kosten eines Anrufs unter einer Kundendiensttelefonnummer dürfen nicht höher sein als die Kosten eines gewöhnlichen Anrufs. Dies hat der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) entschieden. Denn ansonsten könnten Verbraucher davon abgehalten werden, Informationen zu einem Vertrag zu erhalten oder ihre Rechte, namentlich in den Bereichen Gewährleistung oder Widerruf, geltend zu machen, so seine Argumentation.

Das deutsche Unternehmen comtech vertreibt Elektro- und Elektronikartikel. Es wies auf seiner Website auf einen telefonischen Kundendienst hin, dessen Telefonnummer eine so genannte 0180-Nummer ist, wie sie in Deutschland allgemein für Service-Dienste verwendet wird und für die ein deutschlandweiter Tarif gilt. Die Kosten für einen Anruf unter dieser (geografisch nicht gebundenen) Sondernummer sind höher als die eines gewöhnlichen Anrufs unter einer (geografischen) Festnetz- oder einer Mobilfunknummer.

Die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs Frankfurt am Main hat comtech vor dem Landgericht (LG) Stuttgart auf Unterlassung dieser – ihrer Ansicht nach unlauteren – Geschäftspraxis verklagt. In diesem Zusammenhang hat das LG den EuGH ersucht, vorab die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher auszulegen. Nach dieser Richtlinie haben die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass die Verbraucher nicht verpflichtet sind, für Anrufe über eine Telefonleitung, die der Unternehmer eingerichtet hat, um im Zusammenhang mit mit Verbrauchern geschlossenen Verträgen kontaktiert zu werden, mehr als den Grundtarif zu zahlen. Der Begriff „Grundtarif“ wird in der Richtlinie jedoch nicht definiert.

Dieser Begriff sei dahin auszulegen, so der EuGH in seinem Urteil, dass die Kosten eines auf einen geschlossenen Vertrag bezogenen Anrufs unter einer von einem Unternehmer eingerichteten Service-Rufnummer die Kosten eines Anrufs unter einer gewöhnlichen geografischen Festnetznummer oder einer Mobilfunknummer nicht übersteigen dürfen. Der „Grundtarif“ entspreche im gewöhnlichen Sprachgebrauch den Kosten für einen gewöhnlichen Anruf. Sowohl der Zusammenhang, in dem dieser Begriff in der Richtlinie verwendet wird, als auch der Zweck der Richtlinie, der darin besteht, ein hohes Verbraucher-

schutzniveau zu gewährleisten, bestätigten, dass der Begriff in diesem üblichen Sinn zu verstehen sei, so der EuGH.

Wäre es dem Unternehmer gestattet, höhere Tarife zu berechnen als den Tarif für einen gewöhnlichen Anruf, könnten die Verbraucher nämlich davon abgehalten werden, die Service-Rufnummer zu nutzen, um Informationen zu einem Vertrag zu erhalten oder ihre Rechte, namentlich in den Bereichen Gewährleistung oder Widerruf, geltend zu machen. Der EuGH stellt im Übrigen klar, dass es, soweit die Grenze der Kosten eines gewöhnlichen Anrufs beachtet wird, unerheblich ist, ob der betreffende Unternehmer mit der Service-Rufnummer Gewinne erzielt.

Gerichtshof der Europäischen Union, Urteil vom 02.03.2017, C-568/15

## Pkw-Kauf: Abwarten bei sporadisch auftretendem sicherheitsrelevantem Mangel für Käufer unzumutbar

Es ist einem Käufer nicht zumutbar, dass der Verkäufer bei einem nur sporadisch auftretenden, aber für die Verkehrssicherheit relevanten Mangel eine aufwendige Untersuchung zunächst unterlässt und den Käufer darauf verweist, das Fahrzeug bei erneutem Auftreten der Mangelsymptome wieder vorzuführen. Dies stellt der BGH klar.

Der Kläger kaufte von der beklagten Kraftfahrzeughändlerin einen gebrauchten Volvo V 50 zum Preis von 12.300 Euro. Kurze Zeit nach der Übergabe des Fahrzeugs bemängelte er, das Kupplungspedal sei nach Betätigung am Fahrzeugboden hängengeblieben, sodass es in die Ausgangsposition habe zurückgezogen werden müssen. Bei einer daraufhin von der Beklagten durchgeführten Untersuchungsfahrt trat der vom Kläger gerügte Mangel am Kupplungspedal allerdings auch bei mehrmaliger Betätigung der Kupplung nicht auf.

Während der Kläger geltend macht, er habe gleichwohl, allerdings vergeblich, auf einer umgehenden Mangelbehebung bestanden, will die Beklagte ihm lediglich mitgeteilt haben, dass derzeit kein Grund zur Annahme einer Mangelhaftigkeit und somit für ein Tätigwerden bestehe und der Kläger das Fahrzeug bei erneutem Hängenbleiben des Kupplungspedals wieder bei ihr vorstellen solle. Nachdem der Kläger in den folgenden Tagen unter Hinweis auf ein erneutes Hängenbleiben des Kupplungspedals vergeblich versucht hatte, die Beklagte zu einer Äußerung über ihre Reparaturbereitschaft zu bewegen, trat er vom Kaufvertrag zurück.



Die auf Rückabwicklung des Kaufvertrages und den Ersatz weiterer Schäden gerichtete Klage ist in zweiter Instanz erfolgreich gewesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr auf vollständige Abweisung der Klage gerichtetes Begehren weiter. Der BGH hat zugunsten des klagenden Käufers entschieden. Dieser habe auch ohne Fristsetzung zur Nachbesserung wirksam vom Kaufvertrag zurücktreten können, weil es ihm trotz des nur sporadischen Auftretens des Mangels aufgrund dessen Relevanz für die Verkehrssicherheit des Kraftfahrzeugs nicht im Sinne von § 440 Satz 1 BGB zumutbar gewesen sei, ein weiteres Auftreten der Mangelsymptome abzuwarten. Der Kläger habe den Anforderungen an ein hinreichendes Nacherfüllungsverlangen bereits dadurch genügt, dass er der Beklagten neben der Einräumung einer Untersuchungsmöglichkeit die Mangelsymptome hinreichend genau bezeichnet habe. Bei dem durch Sachverständigengutachten bestätigten und bereits bei Gefahrübergang vorhandenen sporadischen Hängenbleiben des Kupplungspedals habe es sich nicht um einen bloßen „Komfortmangel“, sondern um einen sicherheitsrelevanten Mangel gehandelt, gibt der BGH zu bedenken. Denn eine solche Fehlfunktion könne, selbst wenn sie nur das Kupplungspedal selbst betrifft, unter anderem wegen des beim Fahrer hervorgerufenen Aufmerksamkeitsverlusts die Unfallgefahr signifikant erhöhen. Mit ihrer Erklärung anlässlich der Vorführung des Fahrzeugs, es bestehe kein Grund für die Annahme einer Mangelhaftigkeit und damit ein Tätigwerden, solange der behauptete Mangel nicht (erneut) auftritt und der Kläger damit nochmals vorstellig werde, sei die Beklagte dem Nacherfüllungsverlangen nicht gerecht geworden. Denn eine verantwortungsvolle Benutzbarkeit des Fahrzeugs sei ohne Abklärung des Mangels weitgehend aufgehoben gewesen, da der verkehrsunsichere Zustand fortbestanden habe und es dem Kläger – der das Fahrzeug insofern auch tatsächlich noch im Juli 2013 stilllegte – nicht zugemutet werden könne, das Risiko der Benutzung im öffentlichen Straßenverkehr auf sich zu nehmen.

Ein Rücktritt war laut BGH auch nicht wegen Unerheblichkeit des Mangels ausgeschlossen, auch wenn dieser letzten Endes (nachdem der Kläger den Rücktritt bereits erklärt hatte) mit geringen Kosten (433,49 Euro) beseitigt werden konnte. Denn solange die Ursache eines aufgetretenen Mangelsymptoms unklar ist, könne die Erheblichkeit des Mangels regelmäßig nur an der hiervon ausgehenden Funk-

tionsbeeinträchtigung gemessen werden, die vorliegend aufgrund der Gefahren für Verkehrssicherheit des Fahrzeugs jedenfalls als erheblich anzusehen gewesen sei.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 26.10.2016, VIII ZR 240/15

### Überteuerter Schlüsseldienst: Im Regelfall keine Strafbarkeit wegen Wuchers

Der Betreiber eines Schlüsseldienstes war von einem Mann gerufen worden, der sich an einem Samstagnachmittag versehentlich aus seiner Wohnung ausgeschlossen hatte. Nach nur einer Minute öffnete der Schlüsseldienst die Wohnungstür mit einer Plastikkarte. Hierfür rechnete er rund 320 Euro ab. Die Staatsanwaltschaft war der Auffassung, dass die Arbeiten allenfalls einen Wert von 130 Euro gehabt hätten und klagte den Schlüsseldienstbetreiber wegen Wuchers gemäß § 291 StGB an. Der Schlüsseldienstbetreiber wurde in allem Instanzen vom Vorwurf des Wuchers freigesprochen. Für eine Strafbarkeit wegen Wuchers sei erforderlich, dass der Angeklagte eine Zwangslage ausbeute, so das OLG. Das sei vorliegend nicht der Fall. Allein das Ausgesperrtsein reiche als Zwangslage im Sinne des Strafgesetzes nicht aus. Es müssten zusätzliche Umstände hinzukommen. Anders als in Vergleichsfällen, bei denen zum Beispiel ein Kind in der Wohnung eingesperrt ist, Wasser aus einer verstopften Rohrleitung austritt oder wegen eingeschalteter elektrischer Geräte Brandgefahr besteht, habe vorliegend keine dringende Notsituation bestanden, die die sofortige Beauftragung des Angeklagten unabweisbar erscheinen ließe. Daher sei es dem Ausgeschlossenen zumutbar gewesen, sich vor Beauftragung des Schlüsseldienstes nach den Preisen zu erkundigen und gegebenenfalls Alternativangebote einzuholen, zumal ein Nachbar Hilfe angeboten hatte. Denn im Wirtschaftsleben sei es zunächst Sache des Auftraggebers, sich nach den Kosten für eine benötigte Leistung zu erkundigen. Außerdem sei der zivilrechtliche Schutz des Geschädigten zu beachten. Wird vor der Tätigkeit des Schlüsseldienstes kein Preis vereinbart, müsse der Auftraggeber ohnehin nur die übliche Vergütung und keine überhöhte Rechnung bezahlen. Kann der Schlüsseldienst wegen der Notlage einen Wucherpreis durchsetzen, sei das Rechtsgeschäft nichtig. Über die zivilrechtliche Frage des Entgelts sei in dem Strafverfahren aber nicht zu entscheiden gewesen.

OLG Köln, Urteil vom 22.11.2016, 1 RVs 210/16, rechtskräftig

# Wirtschaft, Wettbewerb & Handel

## Wettbewerbsrecht: Gekaufte Top-Platzierung muss auch so gekennzeichnet sein

Wird eine Bewertung auf einer Ärztebewertungsplattform „hoch gekauft“, so muss dieser Eintrag auch als „Anzeige“ gekennzeichnet sein. Das hat die Wettbewerbszentrale in einem Verfahren gegen die „Jameda GmbH“ durchgesetzt, auf der Ärzte sich ein „Premium-Paket“ kaufen können und damit auf die obersten Plätze gesetzt werden. Auch wenn diese „Premium-Partnerschaft“ am Eintrag „heftet“ (allerdings in kleiner Schriftgröße und entgegen der Leserichtung) und – wird der Cursor darüber gefahren – ein Text aufgeht: „Diese Anzeigen sind optionaler Teil des kostenpflichtigen Premium-Pakets Gold oder Platin und stehen in keinem Zusammenhang zu Bewertungen oder Empfehlungen (...)“, so ist der Eintrag irreführend.

Der Erwerb einer solchen Top-Platzierung ist eine gekaufte Werbung, die als solche auch deutlich gekennzeichnet werden muss. Denn der potentielle Patient werde die Internetseite dabei nach den am besten bewerteten Ärzten absuchen und besonders empfänglich für solche Arztprofile sein, die in den entsprechenden Rankings an oberster oder weit oberer Stelle aufgeführt würden. Der Verbraucher habe nicht das Verständnis, dass der an oberster Stelle des jeweiligen Rankings geführte Arzt derjenige sei, der die Zusatzoption „Top Platzierung“ entgeltlich erworben habe.

OLG München, 29 U 1445/15 vom 18.03.2015

## Beschränkung eines Internetangebots auf Gewerbetreibende setzt klaren und transparenten Hinweis hierauf voraus

Ein Unternehmer kann sein Internetangebot auf Gewerbetreibende beschränken. In diesem Fall muss allerdings sein Wille, nur mit Gewerbetreibenden Verträge abzuschließen, auf der Internetseite klar und transparent zum Ausdruck gebracht werden, sodass diese Erklärung von einem Interessenten nicht übersehen oder missverstanden werden kann. Es müsse hinreichend sichergestellt sein, dass Verträge mit Verbrauchern nicht ohne Weiteres zustande kommen können, unterstreicht das Oberlandesgericht (OLG) Hamm.

Der klagende Verein setzt sich unter anderem für den Verbraucherschutz im Internet ein. Die beklagte Gesellschaft bietet über eine Internetseite einen kostenpflichtigen Zugang zu einer Datenbank mit Kochrezepten an. Die Anmeldung zu der Datenbank setzt das Einverständnis des Vertragspartners zum Abschluss eines Vertrages mit einer Mindestlaufzeit von zwei Jahren und mit monatlichen Kosten von 19,90 Euro voraus.

In den textlichen Ausführungen ihrer – im Zeitpunkt des Rechtsstreits verwandten – Internetseite wies die Beklagte darauf hin, dass ihr Angebot „Restaurants“ und „Profiköchen“ gelte. In einem weiteren Textfeld im unteren Bereich ihrer Internetseiten wurde erwähnt, dass sich ihr Angebot ausschließlich an Gewerbetreibende oder Selbstständige und nicht an Verbraucher richte. Ein entsprechender Passus befand sich auch in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), zu deren Bestätigung ein Kunde beim Abschluss seiner Anmeldung aufgefordert wurde. Den besonderen gesetzlichen Anforderungen an einen im Internet abzuschließenden Verbrauchervertrag genügte die Webseite nicht, sie enthielt unter anderem keinen Hinweis auf das einem Verbraucher bei Onlineverträgen zustehende Widerrufsrecht.

Der Kläger meint, die in Frage stehende Internetseite der Beklagten richte sich nach ihrem gesamten Erscheinungsbild auch an Verbraucher und sei deswegen unzulässig, weil sie den gesetzlichen Anforderungen des Verbraucherschutzes nicht genüge. Er hat deswegen von der Beklagten verlangt, den Gebrauch ihrer Website zu unterlassen. Gegen die der Rechtsauffassung des Klägers folgende erstinstanzliche Entscheidung des Landgerichts Dortmund hat die Beklagte Berufung eingelegt.

Die Berufung ist erfolglos geblieben. Das OLG Hamm hat den von der Klägerin geltend gemachten Unterlassungsanspruch bestätigt. Eine Beschränkung des Internetangebots auf Gewerbetreibende sei zwar grundsätzlich möglich, so das OLG. Das folge aus der im Zivilrecht geltenden Privatautonomie. Im zu entscheidenden Fall ließen sich allerdings weder eine ausreichend klare und transparente Beschränkung des Internetangebots auf Gewerbetreibende noch ein ausreichend gesicherter Ausschluss von Verbrauchergeschäften feststellen. Die Beklagte habe ihren Willen, ausschließlich mit Gewerbetreibenden zu kontaktieren, auf ihrer Internetseite nicht hinreichend klar und transparent zum Ausdruck gebracht.



Text und Überschrift schlossen den Verbraucher nicht eindeutig als Kunden aus, der Inhalt des weiteren Textfeldes auf den Seiten sei leicht zu übersehen. Auf der Anmeldeseite stehe ein Hinweis darauf, dass sich das Angebot ausschließlich an Gewerbetreibenden richte, nicht im Vordergrund. Im „Blickfang“ befänden sich vielmehr die Eingabefelder für die Kontaktdaten. Bei diesen sei das Feld „Firma“ kein Pflichtfeld. Dass sich bei der Markierung zum Akzeptieren der AGB auch der – nicht hervorgehobene – Hinweis befände, der Kunde bestätige seinen gewerblichen Nutzungsstatus, könne wiederum übersehen werden. Ein Kunde rechne insoweit mit zu akzeptierenden AGB, aber nicht mit weitergehenden Bestätigungen. Diese Gestaltung des Anmeldevorgangs sei zudem nicht geeignet, den Abschluss von Verbrauchergeschäften ausreichend auszuschließen. Eine Anmeldung sei ohne Angabe einer Firma oder einer gleichbedeutenden gewerblichen oder beruflichen Bezeichnung durchführbar. Auch das Akzeptieren von AGB, die Verbrauchergeschäfte ausschließen, genüge nicht, weil AGB im elektronischen Rechtsverkehr von Verbrauchern regelmäßig nicht gelesen würden.

Da die Gestaltung der Internetseite den besonderen Anforderungen an einen Verbrauchervertrag im elektronischen Rechtsverkehr nicht genüge, habe die Beklagte ihren Gebrauch zu unterlassen.

Oberlandesgericht Hamm, Urteil vom 16.11.2016, 12 U 52/16, rechtskräftig

### **Unter Kaufleuten: 3.000 Euro Vertragsstrafe für unerwünschte Werbe-E-Mail nach entsprechendem Vertragsstrafeversprechen rechtens**

Für das unerwünschte Zusenden einer E-Mail-Werbung kann unter Kaufleuten – nach vorausgegangenem Vertragsstrafeversprechen – eine Vertragsstrafe von 3.000 Euro zu zahlen sein. Das hat das Oberlandesgericht (OLG) Hamm entschieden.

Die Klägerin betreibt eine Kfz-Vertragswerkstatt. Die Beklagte vertreibt Werbemedien, insbesondere Folienaufkleber. Im Jahr 2011 erhielt die Klägerin erstmals gegen ihren Willen E-Mail-Werbung der Beklagten. Daraufhin mahnte sie die Beklagte ab, die ihr gegenüber eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgab, mit der sie sich im Wiederholungsfall zur Zahlung einer Vertragsstrafe von 3.000 Euro

verpflichtete. Im August 2014 erhielt die Klägerin eine weitere Werbe-E-Mail mit einem Verkaufsangebot der Beklagten. Die E-Mail-Adresse der Beklagten war im Absenderfeld der E-Mail eingetragen. Auch die Zusendung dieser E-Mail erfolgte ohne Zustimmung der Klägerin. Daraufhin forderte die Klägerin die Beklagte zur Zahlung der vereinbarten Vertragsstrafe und zur Abgabe einer neuen Unterlassungserklärung mit einer höheren Vertragsstrafe auf. Die Beklagte reagierte ablehnend und bestritt, der Klägerin eine weitere E-Mail gesandt zu haben.

Ihren Anspruch, ohne ausdrückliches Einverständnis keine E-Mail-Werbung der Beklagten zu erhalten, und die nach ihrer Auffassung verwirklichte Vertragsstrafe in Höhe von 3.000 Euro hat die Klägerin gegen die Beklagte sodann eingeklagt. Das Landgericht (LG) hat dem Klagebegehren entsprochen. Die gegen dieses Urteil eingelegte Berufung der Beklagten, mit der sie weiterhin bestritten hat, der Klägerin im August 2014 erneut eine Werbe-E-Mail gesandt zu haben, war erfolglos.

Das OLG Hamm hat nach dem Einholen eines Sachverständigengutachtens zur Übermittlung der streitgegenständlichen E-Mail die erstinstanzliche Entscheidung des LG bestätigt. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe ohne jeden Zweifel fest, dass die im August 2014 bei der Klägerin eingegangene Werbe-E-Mail unmittelbar von dem Betrieb der Beklagten versandt worden sei. Der Sachverständige habe den Verlauf der elektronischen Post über ein Rechenzentrum und den Kundenserver des beteiligten Internetproviders nachvollzogen. Er habe ausschließen können, dass der Verlauf der E-Mail manipuliert worden oder die E-Mail von einem Dritten ohne Wissen der Beklagten an die Klägerin übermittelt worden sei.

Die Vertragsstrafe sei auch nicht herabzusetzen, so das OLG. Die Beklagte habe als Kaufmann im Rahmen ihres Handelsgewerbes gehandelt. Ein erhebliches Missverhältnis der Vertragsstrafe zum Gewicht der Zuwiderhandlung könne nicht festgestellt werden.

Oberlandesgericht Hamm, Urteil vom 25.11.2016, 9 U 66/15, rechtskräftig