



# Mandantenbrief

Mandantenbrief der Kanzlei Thomas Wallich

Nov. 2009

An  
Thomas Wallich  
Lütgendortmunder Str. 120  
44388 Dortmund



## Impressum

### Kontakt »

Thomas Wallich  
Lütgendortmunder Str. 120  
44388 Dortmund

Telefon: 0231 / 9 65 17 65  
Telefax: 0231 / 9 65 17 67  
www.stb-wallich.de  
E-mail: thomas.wallich@stb-wallich.de

### 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.

## Editorial

Sehr geehrte Mandanten,

der Bundesfinanzhof macht vielen Berufstätigen mit einem viel beachteten Beschluss Hoffnungen, dass die seit 2007 geltende Einschränkung beim häuslichen Arbeitszimmer etwa für Lehrer, Dozenten, Vertriebsmitarbeiter oder Außendienstvertreter gegen die Verfassung verstoßen könnte. Diese Berufsgruppe konnte bis 2006 noch 1.250 Euro jährlich als Werbungskosten oder Betriebsausgaben absetzen und nunmehr nichts.

Kritikpunkt ist hier vor allem, dass Lehrer oder Außendienstler ein heimisches Büro benötigen und die Raumkosten ohne Zweifel einen Bezug zur Einkunftsquelle haben. In einigen Medien wird bereits die Meinung vertreten, dass sich das Bundesverfassungsgericht ähnlich wie bei der Pendlerpauschale äußern wird und der alte Gesetzesstand wieder gelten muss. Da das Verfahren hierzu bereits anhängig ist, lassen sich die Aufwendungen vorläufig wieder bei der Steuer absetzen.

Doch allzu optimistisch sollten Berufstätige mit häuslichem Arbeitszimmer nicht sein, dass sie tatsächlich eine nachträgliche Steuererstattung erhalten. Denn die Richter in Karlsruhe hatten bei der Entfernungspauschale vor allem beanstandet, dass Arbeitnehmer mit einem kurzen Weg zum Betrieb in ungerechter Weise im Vergleich zu Fernpendlern benachteiligt wurden.

Beim Arbeitszimmer ist die Ausgangslage jedoch eine ganz andere. Hier gibt es erst einmal die Besonderheit, dass das heimische Büro in der Wohnung und somit im Privatbereich liegt. Hier ist die Abgrenzung zwischen dem Aufwand für die Lebenshaltung und den Job schwierig und dem Finanzamt fehlen die Kontrollmöglichkeiten. Daher könnten die gesetzlichen Einschränkungen durchaus gerechtfertigt sein. Denn anders als bei Pendlern wird hier nicht zwischen Berufstätigen mit kleinem und großem Arbeitszimmer unterschieden. Und Personen, die überwiegend von zu Hause aus arbeiten, dürfen die Zimmerkosten sowieso weiterhin in voller Höhe von der Steuer absetzen.

Eine angenehme Lektüre wünscht

**Thomas Wallich**  
Steuerberater

## Inhaltsverzeichnis

### Alle Steuerzahler »

<u>Außergewöhnliche Belastung: Besuch des Fitnessstudios gehört nicht dazu</u>	3
<u>Schwerbehinderte: Kosten für Urlaubsbegleitung zählen nicht</u>	3
<u>Nachträglich: Ärztliche Bescheinigung bringt nichts</u>	4
<u>Miete: Kann als Wohnraumkosten sparen helfen</u>	4

### Angestellte »

<u>Fahrer im Bergwerk: Hat keine Mehraufwendungen für Verpflegung wegen Auswärtstätigkeit</u>	5
<u>Pendlerpauschale: Ansatz der Fahrkarten bei Park &amp; Ride</u>	5
<u>Referendare: Kosten eines Auslandsaufenthalts mindern teilweise die Steuer</u>	6
<u>«Riesterzulage»: Für mittelbar berechtigten Ehegatten nur bei eigenem Altersvorsorgevertrag</u>	6

### Arbeit, Ausbildung & Soziales »

<u>Arbeitslosengeld II: ARGE darf Betriebskostennachzahlung nicht pauschal ablehnen</u>	7
<u>Mündliche Absprachen zum Zeugnisinhalt: Binden den Arbeitgeber</u>	7
<u>Pflegestufe 1 nicht erreicht: Erstattung der Betreuungskosten dennoch möglich</u>	7
<u>Rentenversicherung: Zuzahlungen müssen Unterhaltspflichten berücksichtigen</u>	8

### Bauen & Wohnen »

<u>Gewährleistungsbürgschaft: Schutz vor Insolvenz des Bauträgers</u>	9
<u>Grundstück: Waschmaschine darf mit Regenwasser betrieben werden</u>	9
<u>Mietschuldenfreiheitsbescheinigung: Mieter hat keinen Anspruch darauf</u>	9
<u>Zimmer an Student vermietet: Zweijährige Kündigungsfrist unwirksam</u>	10

### Bußgeld & Verkehr »

<u>Rechtens: Kölner Umweltzone</u>	11
<u>Straßenverkehr: Beharren auf Vorfahrtsrecht kann Geld kosten</u>	11
<u>Verkehr: Ein Müllwagen darf auch unvermutet anfahren</u>	11
<u>Kfz-Halter: Können sich mit Verschenken ihres Autos zu Ausschlachtzwecken strafbar machen</u>	12

### Ehe, Familie & Erben »

<u>Betriebsstilllegung: Rechtfertigt Kündigung während Elternzeit</u>	13
<u>Kindergarten: Für Mittagessen darf Pauschale erhoben werden</u>	13
<u>Erbengemeinschaft: Wer nur verwaltet, muss nicht auch die Mieten erhöhen</u>	14
<u>Aufsichtspflicht: Mindestens alle 30 Minuten nach einem 5 1/2-jähriger Jungen schauen</u>	14
<u>Umgangsrecht: Bei schwierigem Umgangsrecht Fahrkosten aus der Steuerkasse</u>	14

### Familie und Kinder »

<u>Steuerliche Wirksamkeit von Angehörigenverträgen: Finanzamt darf nicht zu kleinlich sein</u>	15
<u>Kindergeld: Auch nicht sorgeberechtigter Elternteil kann Anspruch auf Auszahlung haben</u>	15
<u>Neu ab 2010: Faktorverfahren für Doppelverdiener-Ehegatten</u>	16
<u>Unterhaltszahlungen: Werden nur bei widerspruchsfreien Angaben als außergewöhnliche Belastung anerkannt</u>	16

### Immobilienbesitzer »

<u>Einkunftserzielung bei Vermietung: Für jedes Gebäude einzeln prüfen</u>	17
<u>Handwerkerrechnungen: Steuerliche Verbesserung gilt erst ab 2009</u>	17
<u>Werbungskosten: Zu schnelle Hausrenovierung verhindert den Abzug</u>	18

**Internet, Medien & Telekommunikation »**

Literatur-Übersetzer: Können Anspruch auf Beteiligung haben	19
Promi-Kinder: Können Bildveröffentlichungen nicht umfassend verbieten lassen	19
Grundstücks-Luftaufnahme: Verkauf gegen den Willen des Grundstückseigentümers kann rechtens sein	20
Roamingverordnung: Wahrscheinlich gültig	20

**Kapitalanleger »**

Bankgeheimnis: Fiskus darf nicht immer Kontrollmitteilungen schreiben	21
Verfassungswidrigkeit: Keine Erstattung bei alten Spekulationsgewinnen	21
Kirchensteuer: Veräußerungsgewinne und Übergangsgewinne dürfen bei Berechnung einbezogen werden	22

**Staat & Verwaltung »**

Polizeibeamter auf Probe: Entlassung wegen scheinbarer Identifikation mit rechter Szene rechtens	23
Islamisches Gebet: Schule muss es während unterrichtsfreier Zeit zulassen	23
Waffenschein: Nicht für Verfassungsfeinde	24

**Unternehmer »**

Erbschaft: Kräftige Entnahmen vom Firmennachfolger lösen Nachsteuer aus	25
Gewerbe: Erweiterte Kürzung auch bei Beteiligung an vermögensverwaltender Personengesellschaft	25
Kfz-Händler: Müssen Rückkaufverpflichtung als Verbindlichkeit bilanzieren	25
Schönheitschirurgie in den Niederlanden: Ärztin muss keine Umsatzsteuer zahlen	26
Veräußerung eines Betriebes: Freibetrag steht Steuerpflichtigem nur einmal im Leben zu	26

**Verbraucher, Versicherung & Haftung »**

Anti-Baby-Pille nur wegen Akne verschrieben: Arzt muss Krankenkasse entschädigen	27
Mietwagen: Bei Verkehrsunfall besser immer die Polizei rufen	27
Jagdhund beißt Frau: Einstufung als gefährlicher Hund rechtens	27
Keine Haftung: Für unbefugtes Nutzen eines Trainingsgeräts	28

**Wirtschaft, Wettbewerb & Handel »**

Heizstrom: Bundeskartellamt untersucht Preisgestaltung	29
Verdacht von Wettbewerbsverstößen: Kann Einsatz eines GPS-Senders rechtfertigen	29
JOOP!: Ein Ausrufezeichen ist keine Marke	30

## Alle Steuerzahler

### Außergewöhnliche Belastung: Besuch des Fitnessstudios gehört nicht dazu

(Val) Ein Rückentraining im Fitnessstudio fällt nach dem Urteil des Finanzgerichts München nicht unter die steuerlich abzugsfähigen Krankheitskosten als außergewöhnliche Belastungen, sofern kein vor der Behandlung ausgestelltes Amts- oder vertrauensärztliches Gutachten die medizinische Notwendigkeit der Maßnahme klar ergibt (Az. 1 K 2183/07). Denn begünstigte Maßnahmen müssen entweder der Heilung dienen oder den Zweck verfolgen, die Krankheit erträglicher zu machen.

Vor diesem Hintergrund sind Aufwendungen für die Ausübung eines Sports grundsätzlich nicht zwangsläufig, sie zählen vielmehr zu den nicht abzugsfähigen Kosten der Lebenshaltung. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn der Sport betrieben wird, um eine Krankheit oder ein Gebrechen zu heilen oder zu seiner Besserung oder Linderung beizutragen. Diese Voraussetzungen sind durch ein im Vorhinein ausgestelltes Attest von Amtsarzt oder vom Medizinischem Dienst einer öffentlichen Krankenversicherung nachzuweisen. Der Sport muss außerdem nach genauer Einzelverordnung und unter Verantwortung eines Arztes, Heilpraktikers oder einer sonst zur Ausübung der Heilkunde zugelassenen Person betrieben werden.

Wegen der Schwierigkeit der Beurteilung der medizinischen Indikation von solchen Gesundheitsmaßnahmen durch das Finanzamt wird grundsätzlich ein solches Gutachten verlangt, aus dem sich die medizinische Notwendigkeit der betreffenden Maßnahme klar ergibt. Denn nur der Fachmann und nicht der Finanzbeamte besitzt die Sachkunde und die notwendige Neutralität, um die medizinische Notwendigkeit solcher nicht nur für Kranke nützlichen Maßnahmen objektiv beurteilen zu können. Der Hausarzt kann dies nicht leisten, da hier die Gefahr von Gefälligkeitsgutachten besteht, um seinen Patienten nicht zu verlieren.

Da solche Maßnahmen auch von gesunden Menschen in Fitnessstudios in Anspruch genommen werden, gibt es keine Alternative zum offiziellen Gutachten. Denn die Durchführung von gesundheitsfördernden Maßnahmen auf Instruktion eines Trainers gehört zu den üblichen Leistungen eines Sportstudios. Wird ein amtsärztliches Bestätigungsschreiben wie im Urteilsfall erst mehr als ein Jahr später eingeholt, kann dies daher nicht mehr als Nachweis dienen.



### Schwerbehinderte: Kosten für Urlaubsbegleitung zählen nicht

(Val) Begleitet der Ehemann seine schwerbehinderte Frau bei mehrfachen jährlichen Kurzurlauben, sind die angefallenen Kosten nicht als außergewöhnliche Belastung abziehbar. Das gilt nach dem Urteil vom Finanzgericht Mecklenburg-Vorpommern jedenfalls dann, wenn sich diese Aufenthalte - von den Erschwernissen infolge der Behinderung abgesehen - nicht von einem üblichen Familienurlaub unterscheiden (Az. 3 K 160/07). Allein der Umstand, dass die Gattin aufgrund ihres Leidens grundsätzlich auf eine Begleitperson angewiesen ist, rechtfertigt für sich allein keine steuerliche Anerkennung von Kosten für einen normalen Urlaub.

#### Übliche Aufwendungen

Denn diese gehören zu den üblichen Aufwendungen der Lebensführung und sind daher nicht außergewöhnlich. Ausnahmen erkennt das Finanzamt nur in den Fällen an, in denen die Reisen in besonderer Art und Weise auf die Behinderungen zugeschnitten sind und die behinderungsbedingten Mehraufwendungen bei einem vergleichbaren Urlaub eines nicht behinderten Ehepaares nicht in derselben Höhe angefallen wären. Alleine der Umstand, dass jemand grundsätzlich auf eine Begleitperson angewiesen ist, rechtfertigt dies noch nicht.

Darüber hinaus wäre der Kostenabzug ohnehin nicht möglich gewesen, selbst wenn die Richter den Urlaub als außergewöhnliche Belastung anerkannt hätten. Denn im Urteilsfall hatte die Ehefrau den Behinderten-Pauschbetrag geltend gemacht. Hier besteht ein Wahlrecht, außergewöhnliche Belastungen entweder im Einzelnen durch die anfallenden Kosten nachzuweisen oder alternativ den Pauschbetrag geltend zu machen. Beides nebeneinander geht nicht.

Neben dem Pauschbetrag werden jedoch unter bestimmten Voraussetzungen gewisse mit der Körperbehinderung zusammenhängende Aufwendungen zusätzlich zum Abzug zugelassen. Dazu gehören beispiels-

weise Kfz-Aufwendungen schwer Geh- und Stehbehinderter und außerordentliche Kosten, die zwar mit der Körperbehinderung zusammenhängen, infolge ihrer Einmaligkeit jedoch nicht über die Pauschale abgedeckt sind. Sie dient nämlich nur der Abgeltung laufender und typischer Kosten, die mit der krankheitsbedingten Erwerbsminderung zusammenhängen. Durch den Urlaub entstehen aber keine außerordentlichen Kosten, die über den Behinderten-Pauschbetrag hinaus steuerlich geltend gemacht werden können.

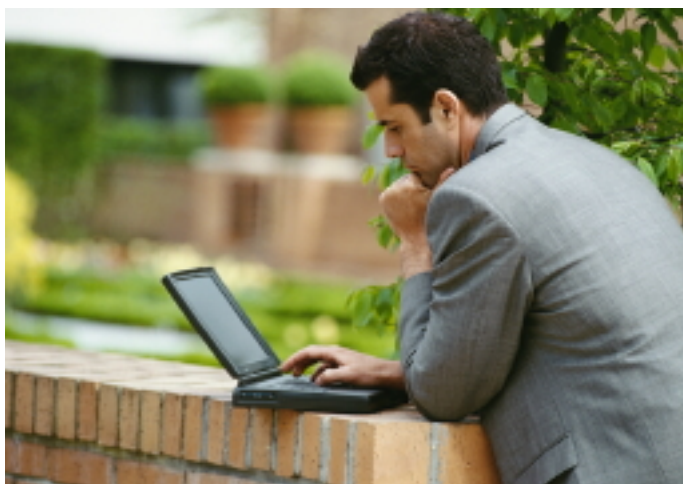
Gegen das Urteil hat der Bundesfinanzhof im Nachhinein die Revision zugelassen. Diese wurde jetzt unter Az. VI R 10/09 auch eingelegt. Fälle können daher über einen Einspruch bis zur endgültigen Entscheidung offen gehalten werden.

## **Nachträglich: Ärztliche Bescheinigung bringt nichts**

(Val) Grundsätzlich gilt im Steuerrecht, dass Aufwendungen, "die einem Steuerpflichtigen zwangsläufig gegenüber der überwiegenden Mehrzahl der Steuerpflichtigen gleicher Einkommensverhältnisse, gleicher Vermögensverhältnisse und gleichen Familienstandes erwachsen" als außergewöhnliche Belastung vom steuerpflichtigen Einkommen abgezogen werden können.

Derartige Kosten werden dann als "zwangsläufig" bezeichnet, wenn der Steuerpflichtige sich ihnen "aus rechtlichen, tatsächlichen oder sittlichen Gründen nicht entziehen kann". Das gelte nicht für den Kauf eines Magnetmatratzensystems (hier zum Preis von 1.300 €), wenn weder ein Amts- noch ein Vertrauensarzt die medizinische Notwendigkeit der Matratze vor dem Kauf bescheinigt hat. Eine nachträglich eingereichte ärztliche Bescheinigung werde nicht (mehr) anerkannt.

Schleswig-Holsteinisches Finanzgericht, 3 K 45/06



## **Miete: Kann als Wohnraumkosten sparen helfen**

(Val) Nimmt ein Ehepaar, das zwei leibliche Kinder hat, zusätzlich drei Kinder im Rahmen einer sozialpädagogischen Lebensgemeinschaft auf, die aus Problemfamilien stammen, so können sie die Miete, die sie für ihre Wohnung bezahlen, als teilweise "Wohnraumkosten" vom steuerpflichtigen Einkommen abziehen.

### **Einnahmen erzielt**

Das gelte für den auf die Pflegekinder anfallenden Teil der Miete. Außerdem sei Voraussetzung für eine steuerliche Berücksichtigung, so das Finanzgericht Düsseldorf, dass sie durch ihre sozialpädagogische Arbeit mit den "Projektkindern" Einnahmen erzielen (was hier auch der Fall war).

Finanzgericht Düsseldorf, 11 K 1232/07 E

## Angestellte

### Fahrer im Bergwerk: Hat keine Mehraufwendungen für Verpflegung wegen Auswärtstätigkeit

(Val) Wer auf einem ausgedehnten Betriebsgelände als Fahrer eines Transportfahrzeugs beschäftigt ist, geht keiner Auswärtstätigkeit nach. Er kann deshalb keine Mehraufwendungen für Verpflegung als Werbungskosten geltend machen. Dies hat der Bundesfinanzhof (BFH) entschieden.

Er erläutert, dass Arbeitnehmer, die entweder vorübergehend von ihrer Wohnung und dem ortsgebundenen Mittelpunkt ihrer dauerhaft angelegten beruflichen Tätigkeit entfernt tätig seien oder typischerweise nur an ständig wechselnden Tätigkeitsstätten oder auf einem Fahrzeug eingesetzt würden, Verpflegungsmehraufwand in Form gestaffelter Pauschbeträge als Werbungskosten abziehen könnten. Für den Kläger, der als Fahrer eines Transportfahrzeugs unter Tage in einem Kalibergwerk gearbeitet habe, gelte dies indes nicht, auch wenn die Grube rund 100 Quadratkilometer groß gewesen sei.

Eine Auswärtstätigkeit sei dadurch gekennzeichnet, dass der Steuerpflichtige entweder vorübergehend von dem ortsgebundenen Mittelpunkt seiner beruflichen Tätigkeit entfernt arbeite oder nicht über einen dauerhaft angelegten ortsgebundenen Bezugspunkt seiner beruflichen Tätigkeit verfüge. Sei der Arbeitnehmer hingegen am Betriebssitz oder an anderen ortsfesten betrieblichen Einrichtungen des Arbeitgebers tätig, liege eine zum Ansatz der Verpflegungspauschalen berechtigende Auswärtstätigkeit nicht vor. Dort stünden ihm regelmäßig Einrichtungen zur Verfügung, an denen er sich vergleichsweise kostengünstig verpflegen könne, so dass ein Verpflegungsmehraufwand typisiert betrachtet nicht entstehe.

Dies gilt laut BFH auch, wenn es sich bei der regelmäßigen Arbeitsstätte und damit dem Tätigkeitsmittelpunkt des Arbeitnehmers wie im Streitfall um ein größeres, räumlich umschlossenes Werksgelände unter Tage handele. Eine Fahrtätigkeit auf dem Betriebsgelände rechtfertige daher den Werbungskostenabzug von Mehraufwand für Verpflegung nicht.

Bundesfinanzhof, Urteil vom 18.06.2009, VI R 61/06

### Pendlerpauschale: Ansatz der Fahrkarten bei Park & Ride

(Val) Durch das Gesetz zur Fortführung der Gesetzeslage 2006 bei der Entfernungspauschale können Berufstätige nunmehr wieder deutlich mehr bei der Steuer geltend machen. Dabei lassen sich nicht nur die Fahrten ab dem ersten Kilometer mit 30 Cent absetzen, sondern die Fahrkarten für Bus und Bahn wirken sich wieder steuermindernd aus, wenn der Ticketpreis über der Pauschale für die Strecke zur Arbeit liegt. Ist ein einzelner Fahrschein teurer als der entsprechend berechnete Pauschalbetrag, gibt es die übersteigende Differenz zusätzlich als Werbungskosten. Denn der Bundesfinanzhof (BFH) hatte bereits im Jahr 2005 erlaubt, einen tageweise Abgleich zwischen dem Preis für Bus und Bahn und dem Pkw vorzunehmen (Az. VI R 40/04).

Jetzt hat der BFH dies sogar noch auf Fahrten erweitert, wenn ein Berufstätiger mit dem Auto von der Wohnung zum Bahnhof und von dort weiter mit dem Zug zur Arbeit fährt (Az. VI R 25/08). In solchen so genannten Park-and-ride-Fällen kann die Pauschale für den Pkw und die Fahrkarte für die öffentlichen Verkehrsmittel bei der Steuer abgesetzt werden. Die Richter begründen dies damit, dass bei der Ermittlung der Fahrkartenpreise nicht auf das gesamte Jahr, sondern auf den einzelnen Arbeitstag abgestellt wird. So kann er im Winter bei eisigen Straßen die Busfahrkarte und ansonsten die Pkw-Touren mit der Pauschale geltend machen.

Durch diese Regelung ist der Pendler auch nicht verpflichtet, sein Wahlrecht zwischen Pauschale und tatsächlichen Ticketkosten für beide zurückgelegten Teilstrecken nur einheitlich auszuüben. Er kann diese Option vielmehr für die beiden Teilstrecken mit PKW und mit öffentlichen Verkehrsmitteln getrennt ausnutzen.

Grundsätzlich ist für die Entfernung zwischen Wohnung und Arbeitsstätte die kürzeste Straßenverbindung maßgebend. Eine längere Strecke kann jedoch geltend gemacht werden, wenn dies verkehrsgünstiger ist, regelmäßig genutzt wird und der Arbeitnehmer den Betrieb trotz Umweg in der Regel schneller und pünktlicher erreicht. Die längere Strecke kann aber nur zugrunde gelegt werden, wenn Umwege auf der Straße und nicht über mit Bahn oder Zug genommen werden. Insoweit muss der Pendler also seinen Ticketpreis der Pauschale gegenüberstellen, die er für die kürzeste Straßenverbindung berechnet hat. Unerheblich ist hingegen, ob die Fahrkarte ein paar Cent mehr kostet, weil der Zug einen Umweg nehmen muss.



## Referendare: Kosten eines Auslandsaufenthalts mindern teilweise die Steuer

Wie werden die Kosten eines Auslandsaufenthalts im Referendariat steuerlich behandelt, wenn der Arbeitgeber im Ausland eine Vergütung zahlt? Zu dieser Frage hat sich jetzt der Bundesfinanzhof geäußert.

Nach dem Urteil werden die Kosten des Auslandsaufenthalts aufgeteilt. Zum Teil werden sie von den steuerfreien ausländischen Einkünften abgezogen. Zum Teil mindern sie das steuerpflichtige deutsche Einkommen.

Der Fall: Ein Rechtsreferendar arbeitete drei Monate für eine Rechtsanwaltskanzlei in den USA. Dafür erhielt er eine Vergütung von rund 5.000 Euro. Gleichzeitig liefen seine Referendarsbezüge in Deutschland weiter. Er erhielt rund 3.000 Euro vom Land Bayern. Für den Auslandsaufenthalt entstanden ihm rund 8.000 Euro Kosten. Kurz nach seiner Rückkehr beendete der Referendar seine Ausbildung und verdiente den Rest des Jahres als Volljurist gutes Geld.

In seiner Steuererklärung machte er die Aufwendungen für seinen Aufenthalt in den USA als Werbungskosten zu den deutschen Einkünften geltend. Die Vergütung der amerikanischen Anwaltskanzlei versteuerte er brutto in den USA.

Das Urteil: Werbungskosten werden steuerlich so behandelt wie die Einnahmen, mit denen sie im Zusammenhang stehen. In diesem Fall lassen sich die Kosten des Auslandsaufenthalts aber nicht eindeutig den inländischen oder den ausländischen Einnahmen zuordnen. Deshalb werden sie aufgeteilt, und zwar im Verhältnis der inländischen zu den ausländischen Einkünften.

5.000 Euro muss das Finanzamt bei der in Deutschland steuerfreien Vergütung von der amerikanischen Anwaltskanzlei abziehen und 3.000 Euro vom steuerpflichtigen Referendars-Salär

(BFH, Urteil vom 11.2.2009, Az. I R 25/08).

## «Riesterzulage»: Für mittelbar berechtigten Ehegatten nur bei eigenem Altersvorsorgevertrag

(Val) Bei der Riesterrente hat ein Ehegatte, der nur mittelbar zulageberechtigt ist, nur dann einen Anspruch auf die Altersvorsorgezulage, wenn er einen eigenen Altersvorsorgevertrag abschließt. Das Bestehen einer eigenen betrieblichen Altersversorgung reicht nicht aus, wie der Bundesfinanzhof (BFH) jetzt in seinem ersten Urteil zur Riesterrente klargestellt hat.

Hintergrund: Die Riesterrente soll einen Anreiz schaffen, zusätzlich zur gesetzlichen Rentenversicherung eine freiwillige kapitalgedeckte private Altersvorsorge aufzubauen. Dabei sollen diejenigen gefördert werden, bei denen in den letzten Jahren entweder das Rentenniveau oder die zukünftigen Versorgungsbezüge abgesenkt wurden. Die Zulage kann sowohl für einen Altersvorsorgevertrag als auch für eine betriebliche Altersversorgungseinrichtung beantragt werden. Auch der Ehegatte, der von der Renten- und Versorgungsniveaукürzung mittelbar betroffen ist, kann eine Altersvorsorgezulage erhalten. Im Gegensatz zu seinem Partner hat der nur mittelbar berechtigte Ehegatte jedoch nur dann Anspruch auf die Zulage, wenn er für sich einen Altersvorsorgevertrag abschließt. Ein Vertrag im Rahmen der eigenen betrieblichen Altersversorgung reicht nicht aus.

Der BFH hat jetzt diese ausdrückliche gesetzliche Einschränkung der Zulageberechtigung akzeptiert. Für eine ergänzende Gesetzesauslegung sehen die Richter keinen Anlass. Der vom Gesetzgeber verfolgte generelle Förderzweck für die Zulage bestehe nicht bei einem Ehegatten, der aufgrund der eigenen Erwerbstätigkeit nicht unmittelbar zulageberechtigt sei, weil er von der Versorgungsniveaуabsenkung nicht betroffen werde. Damit bestehe kein Anlass, ihm eine über den Gesetzestext hinausgehende Förderung zu ermöglichen.

Bundesfinanzhof, Urteil vom 21.07.2009, X R 33/07

## Arbeit, Ausbildung & Soziales

### Arbeitslosengeld II: ARGE darf Betriebskostennachzahlung nicht pauschal ablehnen

Einem Bezieher von Arbeitslosengeld II (Alg II) darf die Erstattung einer Betriebskostennachzahlung nicht mit dem Argument pauschal verweigert werden, dass Warmwasserkosten nicht übernommen würden. Denn von dem Erstattungsbetrag dürfen nur die reinen Energiekosten für die Warmwassererwärmung abgezogen werden. Dies hat das Sozialgericht (SG) Dresden klargestellt.

Geklagt hatte eine Alg II-Bezieherin aus Dresden. Im Sommer 2005 verlangte ihr Vermieter eine Betriebskostennachzahlung von knapp 250 Euro. Die Klägerin beantragte die Übernahme der Kosten durch die ARGE Dresden. Die Behörde lehnte zunächst ab. Im Widerspruchsverfahren bewilligte sie 75 Euro. Auch das hielt sie später für zu viel. Aus der Abrechnung ergebe sich im Einzelnen, dass die Klägerin über das Jahr gesehen Warmwasserkosten von knapp 400 Euro gehabt habe. Diese müsse sie selbst tragen. Die ARGE übernehme nur die kalten Betriebskosten und die reinen Heizkosten. Dies wollte sich die Klägerin nicht gefallen lassen und zog vor das SG.

Mit Erfolg: Das Gericht wies die ARGE darauf hin, dass sie nur die Übernahme der reinen Energiekosten für die Warmwassererwärmung ablehnen dürfe. In der Betriebskostenabrechnung waren unter «Warmwasserkosten» aber auch die Kosten für Warmwasserzähler, Mietservicegebühr, Heizkostenverteiler, Pumpenwartung, Kundendienstgebühr und vor allem die Kosten für das Wasser (Kaltwasser) als solches enthalten. Daher durfte die ARGE hier nur eine so genannte «Warmwasserpauschale» abziehen. Sie muss der Klägerin nach dem Urteil noch weitere 165 Euro zahlen.

Sozialgericht Dresden, Urteil vom 02.09.2009, S 34 AS 634/08, nicht rechtskräftig

### Mündliche Absprachen zum Zeugnisinhalt: Binden den Arbeitgeber

Fehlt eine bestimmte Passage in einem Arbeitszeugnis, auf die sich der Arbeitgeber und der ausscheidende Mitarbeiter mündlich geeinigt haben, muss diese Formulierung im Rahmen einer Zeugnisberichtigung ergänzt werden. Der Arbeitgeber ist an diese Vereinbarung gebunden.

Ein Arbeitgeber hatte sich im Vorfeld mit einem ausscheidenden Mitarbeiter auf einen konkreten Zeugnistext verständigt. Darin sollte folgender Satz stehen: "Sein Verhalten gegenüber Vorgesetzten, Kollegen und Kunden war jederzeit einwandfrei." Entgegen der Vereinbarung fehlte diese Passage im Zeugnis, was dem Arbeitnehmer missfiel. Er verlangte eine entsprechende Korrektur seines Zeugnisses. Der Arbeitgeber schien sich jedoch nicht mehr an die Vereinbarung zu erinnern und verwies im Übrigen darauf, er dürfe keine falschen und sittenwidrigen Angaben im Zeugnis machen. Der Arbeitnehmer habe nämlich die entsprechende Leistung nicht erbracht.

Das Landesarbeitsgericht Nürnberg verurteilte den Arbeitgeber, die fragliche Textstelle in das Zeugnis aufzunehmen. Es sah als erwiesen an, dass es eine entsprechende Vereinbarung über die Formulierung des Arbeitszeugnisses gegeben hatte. Daran ist der Arbeitgeber gebunden.

Auch ist die Formulierung nicht sittenwidrig. Denn allein eine objektiv unrichtige Leistungsbeurteilung macht ein Arbeitszeugnis noch nicht sittenwidrig. Dazu müssen vielmehr solch grobe Unrichtigkeiten enthalten sein, die dazu führen können, dass Vermögen oder Eigentum des potenziellen neuen Arbeitgebers gefährdet werden könnten. Das ist hier jedoch nicht der Fall. Der Arbeitgeber konnte keine Eigenschaften oder Verhaltensweisen des ehemaligen Mitarbeiters anführen, die auch nur ansatzweise ein solches Risiko begründen.

LAG Nürnberg, Urteil vom 16. 6. 2009, Az. 7 Sa 641/08



### Pflegestufe 1 nicht erreicht: Erstattung der Betreuungskosten dennoch möglich

(Val) Demente oder psychisch erkrankte Versicherte, die hinsichtlich Körperpflege, Nahrungsaufnahme und Mobilität noch weitgehend selbstständig sind, werden regelmäßig nicht in Pflegestufe 1 eingestuft. Sie erhalten



daher trotz des hohen Aufsichts- und Betreuungsbedarfs kein Pflegegeld. Allerdings könne ein Anspruch auf Erstattung von Betreuungskosten auch für solche Personen bestehen, die nicht in die Pflegestufe 1 eingestuft seien, so das Landessozialgericht (LSG) Hessen. Das ergebe sich aus einer Gesetzesänderung vom Mai 2008.

Im konkreten Fall ging es um einen 62-jährigen Mann aus Wiesbaden, der unter anderem an paranoider Schizophrenie und einer Antriebsminderung bei schizoaffektiver Störung litt. Der Mann wird von seiner Schwester versorgt. Diese ist auch seine gesetzliche Betreuerin. Der Zeitaufwand für die Grundpflege wurde auf 33 Minuten täglich bestimmt. Für die Pflegestufe 1 müssten jedoch 45 Minuten auf die Grundpflege entfallen. Daher habe die Pflegeversicherung den Antrag auf Pflegegeld zu Recht abgelehnt, so das LSG.

Es machte den Kläger allerdings darauf aufmerksam, dass durch das Gesetz zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung vom Mai 2008 der Anspruch auf Erstattung von Betreuungskosten erweitert worden sei. Hiermit habe der Gesetzgeber auf die Kritik reagiert, dass dem Hilfebedarf geistig behinderter Menschen nicht hinreichend Rechnung getragen werde. Der Leistungsbetrag für Menschen mit erheblich eingeschränkter Alltagskompetenz könne nun auch von Personen mit Betreuungsbedarf beansprucht werden, die keinen erheblichen Pflegebedarf haben und deshalb Pflegestufe 1 nicht erreichten. Auch könnten nunmehr jährlich bis zu 2.400 Euro Betreuungskosten erstattet werden. Früher habe sich der Betrag auf maximal 460 Euro belaufen.

Abschließend wiesen die hessischen Richter den Kläger darauf hin, dass die vom Bundesgesundheitsministerium beauftragten Experten nunmehr ein neues Begutachtungsinstrument entwickelt hätten, mit welchem der Hilfe- und Pflegebedarf von Menschen mit Demenz besser erfasst werden könne.

Landessozialgericht Hessen, L 8 P 35/07

## ***Rentenversicherung: Zuzahlungen müssen Unterhaltspflichten berücksichtigen***

(Val) Gesetzlich Rentenversicherte, die eine Rehabilitationsmaßnahme ihres Rententrägers bewilligt bekommen haben, müssen sich daran in der Regel mit einem täglichen Betrag von zehn Euro beteiligen - es sei denn, sie würden dadurch unzumutbar belastet. Bei der Feststellung, ob eine solche unzumutbare Belastung vorliegt, darf nicht außer Acht bleiben, ob die oder der Versicherte Unterhaltspflichten zu erfüllen hat.

Das sei bereits nach verfassungsrechtlichen Vorgaben geboten, so das Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen, "weil nur so die wesentlichen Unterschiede hinsichtlich der wirtschaftlichen Belastbarkeit der Versi-

cherten angemessen erfasst werden können".

Der Rentenversicherer hatte hier argumentiert, dass es gar nicht auf Unterhaltsleistungen ankomme, sondern die "häuslichen Ersparnisse" abgeschöpft würden. Das Gericht sah das nicht so, weil Versicherte mit Nettoeinkommen bis zu 980 € monatlich auch häusliche Ersparnisse hätten, aber keine Zuzahlung leisten müssten.

AZ: L 2 R 261/08



## Bauen & Wohnen

### Gewährleistungsbürgschaft: Schutz vor Insolvenz des Bauträgers

Für Bauherren kann die Insolvenz ihres Bauträgers zur privaten Katastrophe werden. Jeder zweite Bauherr befürchtet sie, und dennoch sind viele überrascht, wenn sie tatsächlich eintritt. Um sich dagegen zu schützen, sollten Sie vorsorgen und auf einschlägige Alarmzeichen achten.

Die drohende Pleite des Auftragnehmers kündigt sich meist schleichend an. Wenn Arbeiten schleppend ausgeführt werden, der Chef nicht mehr zu erreichen ist oder plötzlich mehrere Mitarbeiter zu anderen Arbeitgebern wechseln, ist Vorsicht angebracht. Spätestens dann sollten Bauherren versuchen, sich ein Bild über die wirtschaftliche Lage ihres Bauträgers zu machen. Ein Anruf beim zuständigen Insolvenzgericht der Baufirma gibt Klarheit darüber, ob sie schon Insolvenz angemeldet hat.

**Tipp »** Bei Anzeichen einer Insolvenz sollte der Bauherr sofort alle Zahlungen einstellen und den Stand der Bauarbeiten dokumentieren.

Ist die Insolvenz noch nicht angemeldet, kann eine Anfrage bei einer Wirtschaftsauskunftei oder der Schufa Aufschluss über die finanzielle Situation der beauftragten Firma bringen. Allerdings geben diese Zahlen nicht den aktuellen Stand wieder und sind daher mit Vorsicht zu genießen.

Wenn die ersten Indizien für eine bevorstehende Pleite spürbar sind, ist es für den Bauherrn oft schon zu spät. Deshalb sollten Sie bereits bei den Vertragsverhandlungen eine eventuelle Insolvenz der Baufirma einkalkulieren. Dazu gehört, mit dem Bauunternehmen Sicherheitsleistungen für den Ernstfall zu vereinbaren. Möglich sind eine Fertigstellungsbürgschaft und eine Gewährleistungsbürgschaft, die bei der Beseitigung von Mängeln einspringt. Diese werden meist von der Bank oder Versicherung des Bauunternehmens gegeben. Bekommt die Firma diese Bürgschaften nicht, ist das ein Zeichen, dass es mit ihrer Liquidität nicht weit her ist.

**Tipp »** Bekommt das Unternehmen keine Bank- oder Versicherungsbürgschaft, ist es besser, sich einen anderen Bauträger zu suchen.

Bauherren sollten über diese Bürgschaften hart verhandeln. Denn auch die Auftragnehmer sehen es als ihr gutes Recht an, vom Bauherrn Sicherheiten für die Bauvertragssumme zu fordern. Daher ist es legitim, ebenso vom Auftragnehmer eine Sicherheit für die Fertigstellung und Gewährleistung einzufordern.

### Grundstück: Waschmaschine darf mit Regenwasser betrieben werden

Ein Verbraucher kann seine Abwassergebühren reduzieren, indem er seine Waschmaschine mit Regenwasser betreibt. Die Trinkwasserverordnung steht dem in der Regel nicht entgegen.

Ein Grundstückseigentümer hatte bei der zuständigen Gemeinde beantragt, teilweise vom Benutzungszwang für Brauchwasser von der zentralen Wasserversorgungsanlage befreit zu werden. In einer Zisterne auf seinem Grundstück sammelte er Niederschlagswasser. Dieses wurde im Haushalt für die Gartenbewässerung, die Toilettenspülung und auch für die Nutzung der Waschmaschine verwendet. Auf dem Grundstück besteht ein eigenes Leitungsnetz für das Regenwasser, sodass es nicht mit dem öffentlichen Leitungsnetz in Verbindung kommt.

Die Gemeinde gab den Antrag jedoch nur teilweise statt. Gartenbewässerung und Toilettenspülung mit Regenwasser ja; Brauchwasser für den "menschlichen Gebrauch" - also beispielsweise für Trinkwasser oder Wäschewaschen - jedoch nein. Dagegen ging der Grundstückseigentümer gerichtlich vor. Er wollte die Teilbefreiung auch für den Betrieb der Waschmaschine erreichen.

Er bekam vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof Recht. Zwar unterliegen Grundstückseigentümer dem Anschluss- und Benutzungszwang und sind somit grundsätzlich verpflichtet, Wasser vom öffentlichen Wasserversorger zu beziehen. Doch keine Regel ohne Ausnahme. So haben Verbraucher einen Anspruch auf Teilbefreiung von den Abwassergebühren, soweit sie Regenwasser im Haushalt nutzen (z. B. für den Betrieb der Waschmaschine). Die dadurch begründeten Mindererhebungen für die öffentlichen Wasserversorger müssen jedoch wirtschaftlich vertretbar sein.

BayVG, Beschluss vom 2. 9. 2009, Az. 4 B 08.1586

### Mietschuldenfreiheitsbescheinigung: Mieter hat keinen Anspruch darauf

(Val) Ein Mieter kann von seinem ehemaligen Vermieter keine «Mietschuldenfreiheitsbescheinigung» verlangen, die über eine Quittung für die erhaltenen Mietzahlungen hinausgeht. Dies hat der Bundesgerichtshof (BGH) klargestellt.

Die Kläger waren Mieter einer Wohnung der Beklagten. Nachdem sie gekündigt hatten und in eine andere Woh-

nung im Raum Dresden gezogen waren, verlangte ihr neuer Vermieter von ihnen eine «Mietschuldenfreiheitsbescheinigung». Eine solche erbaten sie sich von der Beklagten. Dies erteilte ihnen Quittungen über die geleisteten Mietzahlungen, verweigerte aber eine weitergehende Erklärung.

Der BGH gab der Beklagten Recht. Der Anspruch auf die begehrte «Mietschuldenfreiheitsbescheinigung» ergebe sich nicht aus dem Mietvertrag der Parteien, der hierzu keine Regelung enthalte. Eine solche Verpflichtung bestehe auch nicht als mietvertragliche Nebenpflicht. Eine Verpflichtung zur Auskunft über das Bestehen oder Nichtbestehen von Mietschulden würde laut BGH voraussetzen, dass der Mieter über Art und Umfang seiner Mietverbindlichkeiten im Ungewissen sei. Dies sei hier nicht der Fall. Denn die Kläger könnten unter Zuhilfenahme eigener Zahlungsbelege sowie der vom Vermieter erteilten Quittungen ohne weiteres feststellen, ob alle mietvertraglich geschuldeten Zahlungen geleistet seien.

Die Abgabe einer «Mietschuldenfreiheitsbescheinigung» könne einem Vermieter auch wegen einer möglichen Gefährdung eigener Rechtspositionen nicht zugemutet werden. Denn es sei nicht fern liegend, dass eine solche Bescheinigung als Ausgleichsquittung angesehen werden könnte, durch die der Vermieter auf alle eventuell noch bestehenden Ansprüche gegen den Mieter verzichten würde. Man könne die Bescheinigung auch als «Zeugnis gegen sich selbst» werten, das für den Vermieter beweisrechtlich nachteilig wäre, falls nachträglich noch Streit über den Bestand oder die Erfüllung von Mietforderungen entstehen sollte.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 30.09.2009, VIII ZR 238/08

## ***Zimmer an Student vermietet: Zweijährige Kündigungsfrist unwirksam***

Ein formularmäßig vereinbarter zweijähriger Kündigungsverzicht in einem Mietvertrag, der ein von einem Studenten an seinem Studienort angemietetes Zimmer betrifft, ist unwirksam. Dies hat der Bundesgerichtshof (BGH) klargestellt.

Geklagt hatte die Vermieterin eines solchen möblierten Zimmers. Der Beklagte hatte dieses angemietet, weil er in der Stadt ein Studium beginnen wollte. Nach dem von der Klägerin verwendeten Formularymietvertrag begann das Mietverhältnis am 01.10.2006. Gleichzeitig schloss der Mietvertrag das Recht zur ordentlichen Kündigung für beide Parteien bis zum 15.10.2008 aus. Mit Schreiben vom 26.02.2007 kündigte der Beklagte das Mietverhältnis unter Verweis auf «durchweg unzumutbare gesundheitsgefährdende unhygienische Zustände» im gemeinschaftlichen sanitären Bereich und im Eingangs-

bereich zum 31.08.2007. Die Zimmerschlüssel gab er Anfang August 2007 zurück. Die Miete zahlte er ab August 2007 nicht mehr. Um die Kündigung entbrannte ein Streit, der die Mieter und Vermieterin vor Gericht führte.

Der BGH entschied, dass der im Mietvertrag vereinbarte Kündigungsausschluss den beklagten Student unangemessen benachteilige und deshalb unwirksam sei. Zwar greife die außerordentliche Kündigung nicht, da es insoweit an einer vorherigen Abmahnung der Klägerin fehle. Das Mietverhältnis der Parteien sei aber durch ordentliche Kündigung zum 31.10.2007 beendet worden.

Zwar weist der BGH darauf hin, dass ein beiderseitiger zeitlich begrenzter Ausschluss des Kündigungsrechts auch dann wirksam sein könne, wenn er - wie hier - formularmäßig vereinbart sei. Gleichwohl könne ein formularmäßiger Kündigungsverzicht gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) unwirksam sein, wenn er den Mieter nach den Umständen entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteilige.

Dies aber sei hier der Fall. Denn dem Beklagten sei als Student ein schutzwürdiges Bedürfnis nach einem besonderen Maß an Mobilität und Flexibilität zuzubilligen, um auf Unwägbarkeiten des Studienverlaufs und ausbildungsbedingte Erfordernisse eines Ortswechsels angemessen reagieren zu können. Der Berufswahl des Einzelnen komme ebenso wie der Wahl der dafür geeigneten Ausbildungsstätte ein hoher Stellenwert zu, betont der BGH. Deswegen komme dem Interesse eines Studenten, etwaige Fehlentscheidungen in diesem Bereich ohne gravierende, insbesondere ohne wirtschaftlich vielfach nicht mehr tragbare Belastungen korrigieren zu können, ein hohes Gewicht zu.

Ins Gewicht fallende Interessen der Klägerin, den Beklagten für längere Zeit als die gesetzliche Kündigungsfrist zu binden, seien indes nicht zu erkennen, so der BGH. Ihr Interesse, die Fluktuation in ihren Mietobjekten gering zu halten und durch Vermeidung eines innerhalb des Semesters liegenden Mietens des eine nahtlose Anschlussvermietung sicherzustellen, genüge nicht. Denn damit würde sie das grundsätzlich ihr obliegende Risiko, einen Nachmieter zu finden, unzulässig auf den Mieter verlagern. Zudem sei das Interesse des Beklagten höher zu werten.

An die Stelle des unwirksamen Kündigungsausschlusses tritt deshalb laut BGH hier das Recht zur ordentlichen Kündigung.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 15.07.2009, VIII ZR 307/08

## Bußgeld & Verkehr

### Rechtens: Kölner Umweltzone

(Val) Die Umweltzone, die seit Anfang 2008 in einem Großteil der Kölner Innenstadt, Deutz und Mülheim besteht, ist rechtens. Das Verwaltungsgericht (VG) Köln hat die Klagen von Verkehrsteilnehmern gegen die in den Gebieten angeordneten Verkehrsbeschränkungen abgewiesen.

Grund für die Einrichtung der Umweltzone war, dass die Stickstoffdioxid-Werte in Köln zu hoch waren. Die klagenden Verkehrsteilnehmer hatten hiergegen eingewandt, die Luftqualität werde durch die Umweltzone nicht verbessert. Die Verkehrsbeschränkungen belasteten die Bürger dagegen unverhältnismäßig.

Die Richter des VG sehen dies anders. Ihrer Meinung nach ist die Einrichtung einer Umweltzone geeignet, erforderlich und angemessen, um Luftverunreinigungen dauerhaft zu reduzieren. Das gelte umso mehr, als die im Kölner Stadtgebiet gemessenen überhöhten Stickstoffdioxid-Werte überwiegend durch den Straßenverkehr verursacht würden.

Verwaltungsgericht Köln, Urteil vom 09.10.2009, 18 K 5493/07 und 18 K 8188/08



### Straßenverkehr: Beharren auf Vorfahrtsrecht kann Geld kosten

(Val) Wer auf seinem Vorfahrtsrecht besteht, obwohl es für ihn ein Leichtes wäre, einen Verkehrsknoten aufzulösen, kann sich haftbar machen, wenn deswegen ein Schaden entsteht. Dies hat das Münchener Amtsgericht (AG) entschieden. Denn jeder Verkehrsteilnehmer müsse sich so verhalten, dass kein anderer geschädigt wer-

de. Das gelte auch dann, wenn er «im Recht» sei.

In dem zugrunde liegenden Fall war der Kläger mit seinem Mercedes in eine Nebenstraße eingebogen. Auf seiner Seite standen dabei durchgehend parkende Autos. Als er die Straße ein Stück gefahren war, kam ihm der Beklagte mit seinem Porsche entgegen. Beide Fahrzeuge blieben zunächst stehen, da der Platz zum Aneinandervorbeifahren nicht reichte. Nachdem der Porschefahrer nicht zurückfahren wollte, versuchte der Mercedesfahrer, zwischen dem Porsche und den geparkten Autos durchzufahren. Dabei wurde sein linker Kotflügel bis zu seiner Fahrertüre beschädigt. Die Reparatur kostete ihn rund 1.600 Euro, die er sich beim Porschefahrer wiederholen wollte. Als dieser die Zahlung verweigerte, zog der Mercedesfahrer vor Gericht. Dieses sprach ihm den Ersatz von zwei Drittel des Schadens zu.

Zwar müsse grundsätzlich derjenige, der an einem Hindernis links vorbeifahren wolle, den entgegenkommen den Verkehr durchfahren lassen, so das AG. Das gelte aber nicht uneingeschränkt für den Fall, dass erst beim Vorbeifahren der Gegenverkehr sichtbar werde. Hier sei der Gedanke maßgebend, dass sich jeder Verkehrsteilnehmer so zu verhalten habe, dass kein anderer geschädigt werde. Wenn es die Verkehrslage erfordere, müsse ein Verkehrsteilnehmer auch auf seinen Vorrang verzichten.

Hier hätte es dem Porschefahrer laut Gericht weniger Mühe gemacht, die für beide Seiten missliche Situation aufzulösen. Auf seiner Seite habe er noch 30 Zentimeter «Luft» gehabt. Hinter ihm seien auch keine Autos gewesen, so das AG München. Der Porschefahrer hätte den Kläger auch schon beim Einfahren in die Straße sehen können. Er hätte daher bereits im Kreuzungsbereich stehen bleiben können und müssen. Der Kläger demgegenüber habe wegen nachfolgender Fahrzeuge nicht zurückfahren können. Der Porschefahrer trage daher die Hauptverantwortung für die Folgen des Unfalls.

Daran ändere die Tatsache, dass der Kläger durch seinen Vorbeifahrversuch den Schaden erst verursacht habe, nichts. Ihm könne nur Fahrlässigkeit vorgeworfen werden. Auch habe er versucht, die Situation zu entschärfen. Der Porschefahrer habe hingegen durch sein Hineinfahren in die ersichtlich zu enge Straße die Situation erst herbeigeführt und sie auch nicht auflösen wollen. Der Beklagte habe daher zwei Drittel des Schadens zu zahlen.

Amtsgericht München, Urteil vom 17.07.2009, 343 C 3667/09, nicht rechtskräftig

### Verkehr: Ein Müllwagen darf auch unvermutet anfahren

(Val) Nimmt ein Autofahrer, der am rechten Straßenrand zum Parken angehalten hat, im Rückspiegel einen Müllwagen wahr, so darf er nicht darauf vertrauen, dass das Halten des Müllwagenfahrers auf die Aufnahme von Müll

zurückzuführen ist. Fährt der Abfallentsorger nach kurzem Stand sofort weiter und kollidiert er mit der Fahrertür, weil der Fahrer in dem Moment aussteigt, so haftet der Autofahrer für den entstandenen Schaden.

Das Kammergericht Berlin wies dessen Argumentation, dass er fest damit habe rechnen können, der Müllwagen würde nicht nur für Sekunden zum Stehen kommen, mit der Bemerkung zurück, dass es eine "Vielzahl von Gründen" gebe, "die einen Fahrzeugführer dazu bewegen, für kürzere oder längere Zeit anzuhalten". Und der fließende Verkehr habe gegenüber dem ruhenden grundsätzlich Vorrang.

(AZ: 12 U 59/07)



## ***Kfz-Halter: Können sich mit Verschenken ihres Autos zu Ausschlachtzwecken strafbar machen***

(Val) Wer als Halter sein Fahrzeug an einen Dritten zum Zweck des Ausschlachtens verschenkt, ohne dafür zu sorgen, dass der Abnehmer das Fahrzeug ordnungsgemäß demontiert oder entsorgt, läuft Gefahr, sich wegen umweltgefährdender Abfallbeseitigung strafbar zu ma-

chen. Dies geht aus einem Urteil des Celler Oberlandesgerichts (OLG) hervor.

Angeklagt ist eine 25 Jahre alte Frau aus Gronau. Ihr wird vorgeworfen, ein nicht mehr fahrbereites, 22 Jahre altes Fahrzeug mit einer Laufleistung von mehr als 220.000 Kilometer, das wegen eines Kupplungsschadens liegen geblieben war, im «Heißen Draht» zum Ausschachten angeboten und an einen unbekannt gebliebenen Abnehmer verschenkt zu haben. Das Fahrzeug wurde wenige Tage später in Hannover aufgefunden, wo es ohne Kennzeichen im öffentlichen Straßenraum abgestellt war. Das Verhalten der Angeklagten wertet die Staatsanwaltschaft als fahrlässige umweltgefährdende Abfallbeseitigung. Das Fahrzeug habe noch umweltgefährdende Betriebsflüssigkeiten enthalten und die Angeklagte habe sich nicht um eine ordnungsgemäße Entsorgung durch den Abnehmer gekümmert, so die Anklagebehörde. Das Amtsgericht sprach die Angeklagte in erster Instanz frei, weil ihr keine Sorgfaltspflichtverletzung nachgewiesen werden könne. Die hiergegen gerichtete Revision der Staatsanwaltschaft war erfolgreich.

Jeder Fahrzeughalter sei nach § 4 der Altfahrzeugverordnung verpflichtet, sein Altfahrzeug nur einer anerkannten Annahmestelle, einer anerkannten Rücknahmestelle oder einem anerkannten Demontagebetrieb zu überlassen, so das OLG. Ein Verstoß dagegen sei als umweltgefährdende Abfallbeseitigung strafbar. Das Amtsgericht muss nun in einer neuen Verhandlung klären, ob die Angeklagte in dem konkreten Fall vorsätzlich oder fahrlässig handelte und ihr nach ihren Kenntnissen ein schuldhaftes Verhalten vorgeworfen werden kann.

Abschließend wies das OLG darauf hin, dass der entschiedene Fall nicht mit Fällen vergleichbar sei, bei denen der Halter sein Altfahrzeug einem Kfz-Händler übergibt und der Kfz-Händler sich vertraglich verpflichtet, das Fahrzeug ordnungsgemäß zu entsorgen.

Oberlandesgericht Celle, Urteil vom 15.10.2009, 32 Ss 113/09

## Ehe, Familie & Erben

### Betriebsstilllegung: Rechtfertigt Kündigung während Elternzeit

(Val) Die für den Arbeitsschutz zuständige Behörde muss dem Antrag auf Zulassung der Kündigung eines Arbeitnehmers, der sich in Elternzeit befindet, in aller Regel stattgeben, wenn der Betrieb stillgelegt worden ist. Dies hat das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) entschieden.

Eine Arbeitnehmerin hatte im Dezember 2006 gegenüber ihrem Arbeitgeber, einer Aktiengesellschaft, erklärt, dass sie im Januar 2007 ein Kind erwarte und nach Beendigung des Mutterschutzes drei Jahre Elternzeit in Anspruch nehme. Ende 2006 stellte die Firma den Geschäftsbetrieb ein. Anfang 2007 wurde das Insolvenzverfahren eröffnet. Im Februar 2007 beantragte der Insolvenzverwalter, die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses für zulässig zu erklären. Im April 2007 genehmigte der beklagte Freistaat Bayern die Kündigung mit der Einschränkung, sie dürfe erst zum Ende der Elternzeit oder frühestens zum Zeitpunkt der Löschung der Aktiengesellschaft im Handelsregister wirksam werden. Die hiergegen gerichtete Klage hat das Verwaltungsgericht (VG) München abgewiesen. Die Erwägung der Behörde, der beigeladenen Arbeitnehmerin während der Elternzeit eine beitragsfreie Weiterversicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung zu ermöglichen, sei rechtmäßig, so das VG.

Das BVerwG sieht dies anders. Es hat die Entscheidung des VG aufgehoben und den Beklagten verpflichtet, die Kündigung uneingeschränkt zuzulassen. Bei der dauerhaften Stilllegung eines Betriebs liege ein besonderer Fall im Sinne des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes vor, der die Arbeitsschutzbehörden ermächtige, der Kündigung von Arbeitnehmern in Elternzeit zuzustimmen. Das Verbot der Kündigung während der Elternzeit diene dem Schutz vor Verlust des Arbeitsplatzes und nicht dem Interesse an einer beitragsfreien Weiterversicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung.

Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 30.09.2009, BVerwG 5 C 32.08



### Kindergarten: Für Mittagessen darf Pauschale erhoben werden

Eine Kommune darf für die Teilnahme eines Kindes am Mittagessen in einem ihrer Kindergärten einen monatlichen Pauschalbeitrag erheben. Das Oberverwaltungsgericht (OVG) Rheinland-Pfalz hat entschieden, dass dies nicht gegen den Grundsatz der Beitragsfreiheit des Kindergartenbesuchs verstößt.

Die beiden Kinder der Kläger besuchten im Kindergartenjahr 2007/2008 eine Kindertagesstätte in Freinsheim. Für die Teilnahme am Mittagessen erhob die Verbandsgemeinde Freinsheim bis Mitte 2007 für jede Mahlzeit, die ein Kind eingenommen hatte, einen Beitrag von 2,50 Euro. Ab August 2007 müssen die Eltern unabhängig von der Anzahl der in Anspruch genommenen Mittagessen eine Verpflegungspauschale in Höhe von 45 Euro pro Monat zahlen. Hiermit waren die Kläger nicht einverstanden und zogen vor Gericht. Das OVG wies ihre Klage in zweiter Instanz ab.

Die Erhebung eines Mittagessensbeitrages widerspreche nicht der Beitragsfreiheit des Kindergartenbesuchs. Nach dem Willen des Gesetzgebers erfasse die Beitragsfreistellung nur das Regelangebot der Kindergärten, nicht hingegen Wahlangebote wie das Mittagessen. Bei der Ausgestaltung der Kostenerhebung stehe dem Kindergartenträger ein weites Ermessen zu. Dieses habe die Verbandsgemeinde Freinsheim rechtmäßig ausgeübt. Die individuelle Abrechnung habe eine listenmäßige Erfassung der konkret eingenommenen Mahlzeiten und eine Kontrolle durch die Erziehungsberechtigten erfordert. Zur Vermeidung dieses erheblichen Verwaltungsaufwands sei die Verbandsgemeinde berechtigt, eine Monatspauschale zu erheben.

Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 21.09.2009, 7 A 10431/09.OVG

## ***Erbengemeinschaft: Wer nur verwaltet, muss nicht auch die Mieten erhöhen***

Hat eine Erbengemeinschaft eine Immobilie geerbt und einer der Erben es übernommen, deren Verwaltung zu übernehmen, so können seine Miterben keinen Schadenersatz von ihm verlangen, wenn er sich ausschließlich darauf konzentriert, dass die Mieten eingehen. Als so genannter "bewahrender Verwalter" ist er nicht verpflichtet, rechtlich mögliche Mieterhöhungen auszusprechen.

Etwas anderes würde nur gelten, wenn der Miterbe die Verwaltung der Immobilie in Form einer Geschäftsführung übernommen hätte.

(BGH, III ZR 219/07)

## ***Aufsichtspflicht: Mindestens alle 30 Minuten nach einem 5 1/2-jährigen Jungen schauen***

(Val) Eine Mutter muss dafür sorgen, dass ihr 5 1/2-jähriger Sohn, der sich vor dem Haus auf dem Spielplatz aufhält, "in regelmäßigen Abständen von höchstens 30 Minuten kontrolliert wird". Der Bundesgerichtshof (BGH): Normal entwickelte Kinder im Alter von 5 1/2 Jahren können zwar eine gewisse Zeit ohne unmittelbare Einwirkungsmöglichkeit und Aufsicht gelassen werden. Zu ihrer Entwicklung gehöre "die Möglichkeit zum Aufenthalt und Spielen im Freien, ohne dass sie "auf Schritt und Tritt" zu beaufsichtigen" seien.

Ein "Kontrollabstand" von 15 bis 30 Minuten müsse aber eingehalten werden. (Hier hatte die Vorinstanz noch einen Überwachungsintervall von bis zu einer Stunde für vertretbar gehalten. Der BGH folgte dem nicht. Ein längerer Abstand reiche unter Berücksichtigung des kindlichen Spieltriebs und Übermuts sowie des Bewegungs- und Aktionsradius eines fünfjährigen Kindes - unter gleichzeitiger Berücksichtigung des in diesem Alter noch gegebenen geringen Verständnisses für das Eigentum Dritter - nicht aus.

Hier ging es darum, dass der Junge mehr als ein Dutzend Pkws auf einem angrenzenden Parkplatz mit einem Stein zerkratzt hatte. Die Vorinstanz, das Landgericht Bochum, hat nun die Aufgabe herauszufinden, wie lange die Mama nicht nach ihrem Kind Ausschau gehalten hatte und ob sie wegen Verletzung ihrer Aufsichtspflicht für die an den Autos angerichteten Schäden zur Verantwortung gezogen werden kann.

AZ: VI ZR 51/08



## ***Umgangsrecht: Bei schwierigem Umgangsrecht Fahrkosten aus der Steuerkasse***

(Val) Kann ein Bezieher vom Arbeitslosengeld II den Umgang mit seinen (hier 15- und 17jährigen) Töchtern wegen unterschiedlicher Wohnorte der Eltern nur unter erheblichem Zeit- und Kostenaufwand pflegen, so hat er Anspruch auf Übernahme der Fahrkosten durch das Sozialamt als "sonstige Leistung". Allerdings sind Fahrtkosten danach im Regelfall nur angemessen, wenn sie durch die Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel entstehen (hier in Höhe von 10,50 Euro pro Fahrt).

Jedenfalls können wesentlich höhere Pkw-Fahrkosten (hier in Höhe von 80 Euro pro Fahrt) nicht ersetzt verlangt werden.

Das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen stellte in diesem Fall ferner fest, dass sich der betreuende Elternteil an dem Aufwand für den Besuch der Kinder beim Vater zu beteiligen habe, wenn der Papa "nur über bescheidene Einkünfte" verfüge.

(AZ: L 20 B 24/07 SO ER)

## **Familie und Kinder**

### **Steuerliche Wirksamkeit von Angehörigenverträgen: Finanzamt darf nicht zu kleinlich sein**

Einen Vertrag zwischen Familienangehörigen muss das Finanzamt auch dann anerkennen, wenn er nicht bis in das letzte Detail den rechtlichen Formvorschriften genügt. Voraussetzung: Aufgrund der gesamten Umstände ist davon auszugehen, dass die Verwandten sich vertraglich binden wollen.

Bei Verträgen zwischen Angehörigen schaut das Finanzamt meist genauer hin. Nur wenn sie zivilrechtlich wirksam vereinbart sind und wie zwischen fremden Dritten gestaltet und durchgeführt werden, erkennt der Finanzbeamte sie steuerlich ohne Probleme an.

Werden bei Verträgen zwischen Angehörigen dagegen zivilrechtliche Formvorschriften missachtet, ist das ein Indiz gegen den Bindungswillen der Familienmitglieder. Allerdings muss das Finanzamt alle Indizien auch richtig bewerten, um die steuerliche Anerkennung verweigern zu dürfen. So hat es der Bundesfinanzhof entschieden (BFH, Urteil vom 12.5.2009, Az. IX R 46/08, BFH/NV 2009 S. 1326).

Im konkreten Fall ging es um drei Mehrfamilienhäuser, zu deren Finanzierung die Großmutter mit ihren drei minderjährigen Enkelkindern Darlehensverträge abschloss. Die Verträge unterzeichnete der Vater der Kinder, ein Ergänzungspfleger wurde zunächst nicht beauftragt. Der nachträglich eingeschaltete Ergänzungspfleger genehmigte die Verträge notariell. Die Darlehen waren nicht besichert - genauso wie weitere bei Banken aufgenommene Darlehen auch.

Das Finanzamt und das Finanzgericht erkannten die Verträge aufgrund dieser Formfehler nicht an. Konsequenz: Die Großeltern durften die an die Enkelkinder gezahlten Darlehenszinsen nicht als Werbungskosten bei den Vermietungseinkünften abziehen.

Anders der BFH: Er hob das Urteil der Vorinstanz auf und verlangt eine Neuverhandlung durch das Finanzgericht. Seine Begründung: Da auch drei verschiedene Kreditinstitute Darlehen ohne Sicherheiten gegeben hatten, fällt die fehlende Besicherung beim Verwandtendarlehen nicht so stark ins Gewicht.

Außerdem muss das Finanzgericht den Formmangel des bei Vertragsabschluss fehlenden Ergänzungspflegers neu bewerten. Der BFH weist in seinem Urteil darauf hin, dass die Kläger auf die Genehmigung durch den Ergänzungspfleger hinwirkten, nachdem sie die

Unwirksamkeit der Darlehensverträge erkannt hatten. Außerdem hätten sie sich so verhalten, wie es in den Verträgen vereinbart war.

Steuertipp: Vereinbaren Sie Angehörigenverträge so, wie Sie es mit fremden Dritten auch tun würden. Sie sollten die Ernsthaftigkeit des Vertrages und Ihren Bindungswillen nachweisen können, zum Beispiel, indem Sie die zivilrechtlichen Formvorschriften einhalten. Bei Verträgen mit Minderjährigen sollten Sie einen Ergänzungspfleger hinzuziehen.

### **Kindergeld: Auch nicht sorgeberechtigter Elternteil kann Anspruch auf Auszahlung haben**

(Val) Ist ein Kind getrennt lebender Eltern auf eigenen Entschluss von dem Haushalt eines Elternteils in den Haushalt des anderen Elternteils umgezogen, kann in der Regel davon ausgegangen werden, dass der andere Elternteil das Kind im Sinne des § 64 Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes (EStG) in seinen Haushalt aufgenommen und damit Anspruch auf Auszahlung des Kindergeldes hat. Dies gilt auch dann, wenn der Aufnehmende nicht sorgeberechtigt ist. Voraussetzung ist, dass das Kind seit mehr als drei Monaten dort lebt und eine Rückkehr in den Haushalt des sorgeberechtigten Elternteils nicht von vornherein feststeht. Dies hat der Bundesfinanzhof (BFH) entschieden.

Geklagt hatte die Mutter einer im Januar 1988 geborenen Tochter. Sie erhielt das Kindergeld. Im August 2003 zog die Tochter zu ihrem Vater, dem geschiedenen Ehemann der Klägerin. Im Januar 2004 kehrte sie in den Haushalt der Klägerin zurück. Im Februar 2004 hob beklagte Familienkasse die Kindergeldfestsetzung für den Zeitraum von September 2003 bis Januar 2004 auf. Die hiergegen gerichtete Klage hatte keinen Erfolg.

Der BFH entschied, dass der Klägerin kein Anspruch auf Kindergeld für den streitigen Streitzeitraum zustehe, weil die Tochter hier nicht mehr in ihrem Haushalt aufgenommen gewesen sei.

Wohne ein Kind getrennt lebender Eltern nur für einen von vornherein begrenzten, kurzfristigen Zeitraum (etwa zu Besuchszwecken oder in den Ferien) bei dem anderen Elternteil, sei es nicht in dessen Haushalt aufgenommen, so der BFH. Stehe zum Zeitpunkt des Einzugs jedoch noch nicht endgültig fest, ob das Kind auf Dauer bei dem anderen Elternteil wohnen werde, könne der Wohnungswechsel dagegen als Aufnahme in den Haushalt des anderen Ehegatten zu werten sein, wenn sich das Kind dort für einen längeren Zeitraum aufhalte. Denn in einem solchen Fall werde das Kind nach dem Umzug von dem anderen Elternteil betreut, versorgt und unterhalten. Es entstehe ein neues Obhutsverhältnis.



Dem Zeitpunkt kommt dabei laut BFH besondere Bedeutung zu. Je länger ein Kind auf eigenen Entschluss und mit Willen des anderen Elternteils in dessen Haushalt lebe, desto mehr spreche dafür, dass dort ein neues Obhutsverhältnis begründet worden sei. Von einem nicht nur vorübergehenden Aufenthalt könne dabei jedenfalls dann regelmäßig ausgegangen werden, wenn das Kind seit mehr als drei Monaten bei dem anderen Elternteil lebe und eine Rückkehr nicht von vornherein feststehe.

Bundesfinanzhof, Urteil vom 25.06.2009, III R 2/07

## Neu ab 2010: Faktorverfahren für Doppelverdiener-Ehegatten

Ehepartner können bei ihren Steuerklassen wählen zwischen den Kombinationen III/V und IV/IV. Ab 2010 gibt es eine dritte mögliche Kombination: IV-Faktor/IV-Faktor. Dieses funktioniert so: Die Ehepartner beantragen gemeinsam, dass das Faktorverfahren angewendet werden soll und teilen dem Finanzamt am Jahresbeginn die voraussichtlichen Jahresarbeitslöhne mit. Auf dieser Basis wird

- die voraussichtliche Höhe der gemeinsamen Einkommensteuer nach Splittingtarif ermittelt und

- die voraussichtliche Höhe des Lohnsteuerabzugs in der Steuerklasse IV. Diese beiden Werte werden ins Verhältnis gesetzt. Das Ergebnis ist der "Faktor".

Diesen Faktor trägt das Finanzamt auf den Lohnsteuerkarten der Ehegatten jeweils neben der Angabe "Steuerklasse IV" ein.

Bei derzeit bis zu rund 900 Euro Monatslohn beträgt die Lohnsteuer damit 0 Euro (gegenüber rund 140 Euro bei Steuerklasse V). Durch das Faktorverfahren wird also die als hoch empfundene Besteuerung in Steuerklasse V reduziert. Dabei nimmt das Faktorverfahren nur den Vorgang vorweg, der sonst beim abläuft, wenn Sie eine Steuererklärung abgeben: Durch seine Anbindung an die gemeinsame Einkommensteuer berücksichtigt das Faktorverfahren bereits beim Lohnsteuerabzug den Ausgleichsanspruch des einen Ehegatten gegen den anderen Ehegatten bei Zusammenveranlagung.

Wirkt sich das Faktorverfahren auf Lohnersatzleistungen aus?

Das Faktorverfahren hat auch Auswirkungen auf Lohnersatzleistungen, insbesondere Arbeitslosengeld und Elterngeld. Die Leistungen bemessen sich nach dem zuletzt erhaltenen Nettolohn - und der kann durch den Faktor steigen.

Ist das Faktorverfahren Pflicht?

Nein, das Faktorverfahren ist nicht verpflichtend, son-

dern wird nur auf Antrag beider Ehegatten angewendet. Es ist auch kein endgültiges Verfahren. Daher müssen Sie, wenn Sie sich für das Faktorverfahren entscheiden, eine Steuererklärung abgeben. Erst aufgrund der Erklärung ermittelt das Finanzamt die genaue Einkommenssteuer.

Wird der Faktor angepasst, wenn sich das Gehalt ändert?

Wie beim Verfahren zum Steuerklassenwechsel gilt auch beim Faktorverfahren: Sie können einmal im Jahr den eingetragenen Faktor ändern lassen, spätestens bis zum 30. November.

Sollen bei einem eingetragenen Faktor jedoch erstmals Freibeträge berücksichtigt oder im Laufe des Jahres erhöht bzw. vermindert werden, ist eine weitere Änderung des Faktors möglich

## Unterhaltszahlungen: Werden nur bei widerspruchsfreien Angaben als außergewöhnliche Belastung anerkannt

(Val) Damit Unterhaltszahlungen als außergewöhnliche Belastung steuerlich abgesetzt werden können, müssen die vorgelegten Unterhaltserklärungen widerspruchsfrei und plausible Angaben über die Unterstützungsempfänger enthalten. Andernfalls scheidet eine Geltendmachung der Zahlungen aus. Dies geht aus einer Entscheidung des Finanzgerichts (FG) Düsseldorf hervor.

In dem zugrunde liegenden Fall wollte ein in Deutschland lebendes Ehepaar, das gemeinsam zur Einkommensteuer veranlagt wird, Unterhaltszahlungen an die in der Türkei lebenden Eltern der Ehefrau steuerlich berücksichtigt wissen. Konkret ging es um 4.000 Euro, die der Ehemann seinen Schwiegereltern in der Türkei übergeben haben will. Anlass hierfür seien akute wirtschaftliche Schwierigkeiten der Schwiegereltern gewesen. Die Kläger reichten zum Nachweis verschiedene Unterlagen ein, die jedoch widersprüchliche Angaben enthielten. In der Gesamtheit führten die verschiedenen Mängel der Unterlagen dazu, dass das FG die erforderliche Bedürftigkeit der Eltern verneinte. Diese aber ist Voraussetzung dafür, dass die Aufwendungen, die das Ehepaar hatte, steuerlich absetzbar sind.

Finanzgericht Düsseldorf, Urteil vom 27.05.2009, 12 K 4495/08 E.

## Immobilienbesitzer

### Einkunftserzielung bei Vermietung: Für jedes Gebäude einzeln prüfen

Vermietungsverluste erkennt das Finanzamt nur an, wenn Sie eine Einkunftserzielungsabsicht haben. Wenn Sie nur einen Teil Ihres Grundstücks vermieten, wird diese Absicht für jedes vermietete Gebäude einzeln geprüft.

Vermieten Sie ein Gebäude oder einen Gebäudeteil auf Dauer, geht das Finanzamt in aller Regel davon aus, dass Sie langfristig einen Überschuss Ihrer Mieteinnahmen über die Werbungskosten erwarten (Einkunftserzielungsabsicht). Das gilt auch für Gebäude, die Sie nicht zu Wohnzwecken vermieten, sondern zu anderen Zwecken.

Die Einkunftserzielungsabsicht ist nur dann für das Grundstück insgesamt zu prüfen, wenn auch das gesamte Grundstück vermietet wird. Werden dagegen nur einzelne Gebäude oder Gebäudeteile vermietet, ist die Einkunftserzielungsabsicht für jedes Objekt einzeln zu prüfen. So hat es der Bundesfinanzhof entschieden (BFH, Urteil vom 1.4.2009, Az. IX R 39/08, EFG 2009 S. 252).

Im konkreten Fall ging es um ein 2.700 qm großes Grundstück, das mit einem Wohnhaus, einem Stall samt Nebengebäude und einer Scheune bebaut war. Die Klägerin verpachtete nur den Stall und einen Nebenraum für rund 400 Euro jährlich sowie eine Scheune für rund 300 Euro jährlich. Das Wohnhaus stand leer.

Von den Einnahmen zog sie die Aufwendungen für das gesamte Grundstück ab. Das Finanzamt verneinte die Einkunftserzielungsabsicht und die strich die Verluste. Der BFH dagegen bejahte die Einkunftserzielungsabsicht bezogen auf den Stall und die Scheune. Er erkannte die Aufwendungen als Werbungskosten an, die anteilig auf diese beiden Gebäude entfielen.



### Handwerkerrechnungen: Steuerliche Verbesserung gilt erst ab 2009

(Val) Finanzämter weisen jetzt Einsprüche als unbegründet zurück, mit denen Steuerzahler den von 600 auf 1.200 Euro angestiegenen Förderhöchstbetrag für Handwerkerleistungen bereits für 2008 geltend gemacht haben. Das ergibt sich aus einer aktuellen Verfügung der Oberfinanzdirektion Koblenz. Die unzähligen Einsprüche resultieren aus Meinungsäußerungen und Presseberichten, wonach die Anhebung des Förderhöchstbetrags bei den haushaltsnahen Dienstleistungen aufgrund einer Gesetzespanne bereits ab 2008 Anwendung finden soll. Die Verbesserung für Instandhaltung- und Modernisierungsmaßnahmen wurde durch das Konjunkturpaket I (Maßnahmenpaket Beschäftigungssicherung durch Wachstumsstärkung) eingeführt, wodurch der Steuerbonus auf 20 Prozent von 6.000 Euro verdoppelt wurde.

Das Gesetz galt grundsätzlich am Tag nach seiner Verkündung und war tatsächlich am 22. Dezember 2008 in Kraft getreten. Allerdings wird hierbei verkannt, dass die neue Fassung über eine besondere Anwendungsvorschrift erstmals bei Aufwendungen anzuwenden ist, die ab 2009 unbar gegen Rechnung bezahlt und deren zugrunde liegende Leistungen nach 2008 erbracht worden sind (Az. S 2296b A - St 32 3). Insoweit ist die Auslegung eindeutig und entspricht auch dem in den Gesetzesbegründungen dokumentierten Willen des Gesetzgebers. Die Berücksichtigung des erhöhten Höchstbetrags von 1.200 Euro schon für 2008 kommt daher nicht in Betracht.

Tipp: Haushaltsnahe Dienstleistungen sind auch absetzbar, wenn der Handwerker an Zweit- oder Ferienwohnungen innerhalb der EU sowie in Norwegen, Island oder Liechtenstein aktiv wird. Das betrifft beispielsweise die Finca auf Mallorca oder das Urlaubsdomizil in der Toskana.

Haushaltsnahe Dienstleistungen lassen sich auch in

einem anderen Bereich deutlich besser von der Einkommensteuerschuld abziehen. Diese Einführung war nicht umstritten, weil dies über das Familienleistungsgesetz und somit ein anders Paket erfolgt war. Hierüber lassen sich haushaltsnahe Dienstleistungen ab 2009 mit 20 Prozent der Aufwendungen für haushaltsnahe Beschäftigungsverhältnisse und Dienst- sowie Pflege- und Betreuungsleistungen mit höchstens 4.000 Euro im Jahr absetzen. Ein weiterer Vorteil hierbei ist, dass die vorherige Regelung entfallen ist, wonach Aufwendungen für jeden Kalendermonat, in dem die Voraussetzungen für den Abzug dem Grunde nach nicht vorgelegen haben, um ein Zwölftel zu vermindern sind. Darüber hinaus absetzbar sind 20 Prozent der Aufwendungen für einen Mini-Job bei haushaltsnahen Beschäftigungsverhältnissen, allerdings höchstens 510 Euro im Jahr.

## Werbungskosten: Zu schnelle Hausrenovierung verhindert den Abzug

(Val) Führt der Hausbesitzer Renovierungs- und Instandsetzungsarbeiten noch während der Zeit der Selbstnutzung durch, kann er keine vorweggenommenen Werbungskosten geltend machen, auch wenn diese Maßnahme in Hinblick auf die geplante spätere Vermietung erfolgt. Der Aufwand gehört nach dem Urteil des Bundesfinanzhofs (BFH) selbst dann in den Privatbereich, wenn die vorzeitigen Reparaturen gezielt wegen der reibungsloseren späteren Vermietung im Anschluss an die Eigennutzung erfolgt sind (Az. IX R 51/08). Im Urteilsfall wurde die Heizungsanlage durch Einbau eines neuen Kessels erneuert, was die Wohnung aufwerten sollte. Gleichzeitig wurde ein Einfamilienhaus bebaut, in das nach der Fertigstellung umgezogen werden sollte. Diese Argumente reichen nicht aus, um den Zusammenhang zwischen Kosten und Einkünften herzustellen.

Werbungskosten sind Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen, wenn sie durch die Vermietung veranlasst sind. Fallen sie schon an, bevor mit dem Aufwand zusammenhängende Einnahmen erzielt werden, können sie berücksichtigt werden, wenn ein ausreichend bestimmter wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den Arbeiten und der Einkunftsart besteht. Sind die Aufwendungen hingegen daneben auch durch die private Lebensführung veranlasst, können sie insgesamt nicht als Werbungskosten abgezogen werden. Vor diesem Hintergrund sind nach Auffassung des BFH zwei Fälle zu unterscheiden:

1. Werden Renovierungs- oder Instandsetzungsarbeiten während der Vermietungszeit ausgeführt, dienen sie noch der Einkünfteerzielung und die dadurch entstandenen Aufwendungen sind unabhängig vom Zahlungszeitpunkt grundsätzlich als Werbungskosten zu berücksichtigen.

2. Dagegen sind die Aufwendungen nicht abzugsfähig, wenn die Reparatur während der Zeit der Selbstnutzung durchgeführt wird. Dabei kommt es nicht darauf an, ob und inwieweit die Erhaltungsmaßnahmen auch der anderen Nutzungsart zugute kommen sollen.

Nach diesen Grundsätzen ist die Erneuerung der Heizungsanlage der steuerlich irrelevanten Eigennutzung zuzuordnen. Allein entscheidend ist, dass der Hausbesitzer den Heizkessel zu einer Zeit einbauen ließ, in der er selbst noch in der Wohnung lebte.

**Tipp »** Aufgrund des Urteilstenors ist es ratsam, die entsprechenden Arbeiten erst dann in Auftrag zu geben, wenn der Auszug unmittelbar bevorsteht. Dann ist der Zusammenhang mit den künftigen Mieteinkünften hergestellt und der Ansatz von Werbungskosten selbst dann gerettet, wenn noch keine Mieter gefunden worden sind.



## Internet, Medien & Telekommunikation

### Literatur-Übersetzer: Können Anspruch auf Beteiligung haben

(Val) Der Übersetzer eines literarischen Werkes, dem für die zeitlich unbeschränkte und inhaltlich umfassende Einräumung sämtlicher Nutzungsrechte an seiner Übersetzung lediglich ein für sich genommen übliches und angemessenes Seitenhonorar als Garantiehonorar zugesagt ist, kann daneben ab einer bestimmten Auflagenhöhe am Erlös der verkauften Bücher prozentual zu beteiligen sein. Dies hat der Bundesgerichtshof (BGH) entschieden.

Eine solche zusätzliche Erfolgsbeteiligung setze bei einer verkauften Auflage von 5.000 Exemplaren des übersetzten Werkes ein. Sie betrage normalerweise bei Hardcover-Ausgaben 0,8 Prozent und bei Taschenbüchern 0,4 Prozent des Nettoladenverkaufspreises.

Darüber hinaus kann der Übersetzer laut BGH grundsätzlich die Hälfte des Nettoerlöses beanspruchen, den der Verlag dadurch erzielt, dass er Dritten das Recht zur Nutzung des übersetzten Werkes einräumt. Dabei sei unter Nettoerlös der Betrag zu verstehen, der nach Abzug der Vergütungen weiterer Rechteinhaber verbleibe und auf die Verwertung der Übersetzung entfalle.

Geklagt hatte eine Übersetzerin, die sich gegenüber der beklagten Verlagsgruppe im November 2001 zur Übersetzung zweier Romane aus dem Englischen ins Deutsche verpflichtet hatte. Dem Verlag räumte sie sämtliche Nutzungsrechte an ihrer Übersetzung inhaltlich umfassend und zeitlich unbeschränkt ein. Dafür erhielt sie rund 15 Euro für jede Seite des übersetzten Textes. Dies war ihr zu wenig. Also verlangte sie von dem Verlag eine Änderung des Übersetzervertrages, und zwar nach § 32 Abs. 1 Satz 3 des Urhebergesetzes (UrhG). Dieser gilt seit Juli 2002 und ist grundsätzlich auf alle Verträge anzuwenden, die seit Juli 2001 geschlossen wurden. Die Vorschrift bestimmt, dass Urheber von ihren Vertragspartnern die Einwilligung in die Änderung des Vertrages verlangen können, falls die vereinbarte Vergütung nicht angemessen ist.

Der BGH entschied, dass die Klägerin von der Beklagten grundsätzlich die gewünschte Einwilligung in eine Vertragsänderung verlangen könne. Das von den Parteien zur Abgeltung sämtlicher Rechte vereinbarte Pauschalhonorar von etwa 15 Euro je Seite sei zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwar branchenüblich gewesen. Eine solche Vergütung sei jedoch im Sinne des Gesetzes unangemessen. Denn sie wahre das berechtigte Interesse der Klägerin nicht, an jeder wirtschaftlichen Nutzung ihrer Übersetzung angemessen beteiligt zu wer-

den. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses sei nicht absehbar gewesen, dass die Übersetzung bis zum Erlöschen des Urheberrechts nur in einem solchen Umfang genutzt werde, der das vereinbarte Pauschalhonorar angemessen erscheinen lasse.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 07.10.2009, I ZR 38/07

### Promi-Kinder: Können Bildveröffentlichungen nicht umfassend verbieten lassen

(Val) Die minderjährigen Kinder des «Fußball-Kaisers» Franz Beckenbauer sind mit einer Klage gescheitert, mit der sie begehrt hatten, dass die Presse bis zu ihrer Volljährigkeit keine Fotos von ihnen veröffentlicht. Der Bundesgerichtshof (BGH) stellte klar, dass es keinen solch umfassenden Unterlassungsanspruch gebe. Es müsse vielmehr in jedem Einzelfall abgewogen werden, ob das Interesse der Öffentlichkeit an der Bildveröffentlichung oder das Interesse des Abgebildeten an dem Schutz seiner Privatsphäre überwiege. Das gelte auch für Bildveröffentlichungen von Kindern. Ansonsten würde die grundgesetzlich geschützte Äußerungs- und Pressefreiheit in einer nicht hinnehmbaren Weise beeinträchtigt.

Hintergrund der Klage der Beckenbauer-Kinder war, dass 2007 in verschiedenen Zeitschriften aus dem Verlag der Beklagten Abbildungen von ihnen erschienen waren, die sie jeweils mit beiden Eltern oder einem Elternteil zeigten. Die Beklagte gab in der Folge teilweise Unterlassungsverpflichtungserklärungen ab. Diese reichten den Klägern jedoch nicht aus. Sie erstrebten eine Verurteilung der Beklagten dahin, jegliche Veröffentlichung von Bildern, die sie zeigen, zu unterlassen.

Die Klage scheiterte. Der BGH entschied, dass ein solch umfassender Unterlassungsanspruch einer Person auch dann nicht zustehe, wenn ihr Recht am eigenen Bild durch Berichterstattung der Presse mehrfach verletzt worden sei. Für die Frage der Zulässigkeit einer Bildveröffentlichung bedürfe es in jedem Einzelfall einer Interessenabwägung. Eine solche könne aber nicht in Bezug auf Bilder vorgenommen werden, die noch gar nicht bekannt seien. Denn bei diesen bleibe insbesondere offen, in welchem Kontext sie veröffentlicht würden.

Etwas anderes gilt laut BGH auch nicht deshalb, weil die Kläger noch minderjährig sind. Zwar müssten Kinder und Jugendliche gegen die Presseberichterstattung in stärkerem Umfang geschützt werden als Erwachsene. Doch sei für die Zulässigkeit einer Bildveröffentlichung auch bei Minderjährigen eine Abwägung zwischen deren Persönlichkeitsrecht und der Äußerungs- und Pressefreiheit erforderlich. Ein Informationsinteresse der Öffentlichkeit sei auch bei Kindern und Jugendlichen bei vielfältigen, im Einzelnen nicht vorhersehbaren Lebenssachverhalten denkbar. Ein Generalverbot, welches insbesondere bei jüngeren Kindern bis zu deren Volljährigkeit viele Jahre gelten würde, werde dem nicht gerecht. Es stelle eine

nicht hinnehmbare Beeinträchtigung der Äußerungs- und Pressefreiheit dar.

Bundesgerichtshof, Urteile vom 06.10.2009, VI ZR 314/08 und VI ZR 315/08

## **Grundstücks-Luftaufnahme: Verkauf gegen den Willen des Grundstückseigentümers kann rechters sein**

(Val) Das gewerbliche Interesse am Verkauf einer Grundstücks-Luftaufnahme kann dem Recht des Grundstückseigentümers an der Wahrung seiner Privatsphäre vorgehen, auch wenn er zuvor nicht um Erlaubnis gefragt worden war. Zwar, so das Münchener Amtsgericht (AG), müsse es grundsätzlich niemand hinnehmen, dass sein Grundstück gegen seinen Willen «ausgespäht» und fotografiert wird. Dieses Recht sei jedoch nicht schrankenlos. Vielmehr sind die schutzwürdigen Interessen stets gegeneinander abzuwägen.

Der Eigentümer eines Grundstücks hatte an einem Stand in einem Einkaufszentrum zufällig eine Luftbildaufnahme entdeckt, auf der neben anderen Häusern auch sein Haus abgebildet war. Die Aufnahme, auf der keine Menschen zu sehen waren, konnte man erwerben. Die Adressen der Anwohner der abgebildeten Häuser oder deren Namen konnte man aus dem Bild nicht erfahren, lediglich den Straßennamen. Der Eigentümer des Grundstücks verlangte von dem Verkäufer sofort, den Verkauf einzustellen. Darüber hinaus wollte er wissen, an wen die Fotos bisher verkauft wurden. Das AG München wies seine entsprechende Klage ab.

Die geltend gemachte Verletzung des Rechts am eigenen Bild scheidet schon deshalb aus, weil dafür auf dem Foto der Kläger erkennbar sein müsse. Die Aufnahme zeige aber gar keine Menschen. Das Urheberrecht des Architekten könne deshalb nicht verletzt sein, weil es sich bei dem Haus des Klägers um ein Gebäude handle, das nicht aus der Masse des alltäglichen Bauschaffens herausrage. Deswegen genieße es keinen Urheberrechtsschutz. Auch liege kein Verstoß gegen das Bundesdatenschutzgesetz vor, so das Gericht. Denn weder Name noch Adresse des Klägers würden im Zusammenhang mit der Aufnahme erwähnt.

Schließlich könne sich der Kläger auch nicht mit Erfolg auf eine Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts stützen. Zwar sei das Anwesen des Klägers, da es von außen schlecht einsehbar sei, seiner Privatsphäre zuzuordnen. Grundsätzlich müsse auch niemand ein «Ausspähen» hinnehmen. Allerdings müsse immer eine Güterabwägung mit den schutzwürdigen Interessen des Anderen, hier des Gewerbetreibenden, vorgenommen werden. Hier überwiege das Interesse des Verkäufers an der Ausübung seines Gewerbebetriebes. Da eine Verknüpfung des Bildes mit dem Namen und der Adres-

se des Klägers nicht erfolgt sei und irgendwelche persönlichen Gegenstände oder Personen auf dem Bild nicht zu sehen seien, sei die Intensität des Eingriffs sehr gering.

Amtsgericht München, Urteil vom 19.08.2009, 161 C 3130/09, nicht rechtskräftig

## **Roamingverordnung: Wahrscheinlich gültig**

(Val) Der Generalanwalt des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) hält die EU-Roamingverordnung für gültig. Aus seinen Schlussanträgen wird deutlich, dass er die Europäische Gemeinschaft im Interesse des Binnenmarkts für berechtigt hält, Höchstgrenzen für die Entgelte festzulegen, die von den Mobilfunkunternehmen für Roaminganrufe in Rechnung gestellt werden. Die Gültigkeit der Verordnung in Frage gestellt hatten vier der größten Mobilfunkbetreiber Europas, nämlich Vodafone, Telefónica O2, T-Mobile und Orange.

Rechtlicher Hintergrund: Mit der Roamingverordnung wurden Höchstentgelte festgelegt, die Mobilfunknetzbetreiber für Anrufe, die ein Nutzer außerhalb seines Heimatnetzes empfängt oder tätigt, in Rechnung stellen dürfen. Diese Höchstgrenzen sollten für einen Zeitraum von drei Jahren gelten.

Der EuGH-Generalanwalt führt vor allem die Preisunterschiede zwischen Anrufen innerhalb des eigenen Mitgliedstaats und Roaminganrufen an. Diese könnten von der Inanspruchnahme grenzüberschreitender Dienste wie der Roamingdienste abschrecken. Eine solche Abschreckung sei geeignet, die Errichtung eines Binnenmarkts, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet sei, zu behindern.

Die Verordnung sei auch verhältnismäßig. Denn die Entgeltbegrenzungen seien in ihrer Dauer begrenzt. Auch sei eine regelmäßige Überprüfung vorgeschrieben. Zudem hätten die Begrenzungen das Ziel, ein Marktversagen zu korrigieren, das durch ein wettbewerbsrechtliches Vorgehen nicht behoben werden könne.

Der EuGH muss den Schlussanträgen des Generalanwalts in seiner Entscheidung nicht folgen, tut dies aber häufig.

Generalanwalt des Europäischen Gerichtshofs, Schlussanträge vom 01.10.2009, C-58/08

## Kapitalanleger

### Bankgeheimnis: Fiskus darf nicht immer Kontrollmitteilungen schreiben

(Val) Von den bewährten und seit Jahren angewendeten Kontrollmitteilungen macht das Finanzamt besonders gerne im Rahmen von Betriebsprüfungen regen Gebrauch. Das gilt etwa, wenn die Beamten Kreditinstitute und Kundendaten auf Guthabenkonto und Depots weiterleiten. Doch dies ist nicht so einfach möglich. Denn hier gibt es ein Bankgeheimnis, das im Vergleich zu Regeln in anderen Staaten aber sehr löchrig ausfällt. Eine Vorschrift in der Abgabenordnung verbietet nämlich nicht generell und ausnahmslos die Ausschreibung von Kontrollmitteilungen anlässlich einer Bankenprüfung, sondern schränkt die Recherchemöglichkeit lediglich ein.

Das Bundesfinanzministerium hat nun in einen aktuellen Anwendungserlass erläutert, was die Betriebsprüfer bei den Banken abschreiben dürfen und was nicht (Az. IV A 3 - S 0062/08/10007-06). Hierbei wird die neuere Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs umgesetzt, wonach eine Kontrollmitteilung nur dann hinreichend veranlasst ist, wenn das Bankgeschäft Auffälligkeiten aufweist (Az. VII R 47/07).

Das inländische Bankgeheimnis gilt nur für Guthabenkonto oder Depots, bei deren Errichtung eine Identitätsprüfung vorgenommen worden ist. Das Institut muss also Namen und Anschrift des Inhabers festhalten. Erfolgt keine solche Identitätsprüfung wie etwa bei bankinternen Verrechnungskonten, dürfen anlässlich der Außenprüfung bei einem Kreditinstitut Kontrollmitteilungen über Daten der Kunden zwecks Nachprüfung der ordnungsgemäßen Versteuerung festgestellt oder abgeschrieben werden.

Darüber hinaus dürfen Zufallserkenntnisse mit Verdacht auf Steuerverkürzung im Einzelfall auch dann dem Wohnsitzfinanzamt des Bankkunden mitgeteilt werden, wenn es sich um Kontenverbindungen mit Identitätsprüfung handelt. Allerdings muss ein hinreichender Anlass für die Kontrollmitteilung bestehen. Da ist der Fall, wenn das zu prüfende Bankgeschäft

- Auffälligkeiten aufweist, die es aus dem Kreis der alltäglichen und banküblichen Geschäfte hervorhebt.
- eine für Steuerhinterziehung besonders anfällige Art der Geschäftsabwicklung erkennen lässt, also eine erhöhte Wahrscheinlichkeit der Entdeckung unbekannter Steuerfälle besteht.
- Besonderheiten anhand der konkreten Ermittlungen im Einzelfall und der in vergleichbaren Prüfsituationen gewonnenen allgemeinen Erkenntnisse nachvollziehbar

ergibt.

Darüber hinaus gibt es noch eine besondere Betriebsprüfung bei den Banken. Dort wird kontrolliert, ob die Institute die Abgeltung- und Kapitalertragsteuer für ihre Kunden richtig abführen und die Meldungen für ausländische Anleger im Rahmen der EU-Zinsrichtlinie korrekt erstellen. Diese Maßnahmen sind nicht durch das Bankgeheimnis gedeckt.

### Verfassungswidrigkeit: Keine Erstattung bei alten Spekulationsgewinnen

(Val) Anleger können in bestandskräftigen Steuerbescheiden nicht mehr zu ihren Gunsten berücksichtigen, dass das Bundesverfassungsgericht die Besteuerung von Spekulationsgewinnen in den Jahren 1997 und 1998 für unzulässig erklärt hatte. Nach dem Urteil des Bundesfinanzhofs (BFH) handelt es sich bei einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht um eine nachträglich bekannt gewordene neue Tatsache, welche die Bestandskraft durchbricht (Az. IX R 45/08).

Rechtfertigender Grund für die Durchbrechung der Bestandskraft ist nicht die Unrichtigkeit der Steuerfestsetzung, sondern der Umstand, dass das Finanzamt bei seiner Entscheidung von einem unvollständigen Sachverhalt ausgegangen ist. Die Feststellung der Verfassungswidrigkeit stellt keine neue Tatsache dar, sondern hat Gesetzeskraft. Zudem hätte das Finanzamt auch bei Kenntnis des Vollzugsdefizits für Spekulationsgewinne keine andere Entscheidung treffen dürfen.

Vielmehr hätte es bis zur Entscheidung die im Nachhinein für verfassungswidrig erklärte Regelung anwenden müssen. Ein Gesetz verliert seine Bindungswirkung erst, wenn seine Nichtigkeit durch das Bundesverfassungsgericht festgestellt wurde. Grundsätzlich verbleibt Steuerzahlern neben dem Einspruch die Möglichkeit, auf neue Tatsachen zu verweisen. Dieses Argument greift bei bestandskräftigen Bescheiden nach Ablauf der Einspruchsfrist aber nur, wenn Belege oder Sachverhalte nachgereicht wurden, die bei Erstellung der Steuererklärung nicht bekannt waren. Der beanstandete Rechtsfehler reicht hierzu nicht aus.

Sollen sich die Tatsachen zu Gunsten von Bürgern oder Unternehmern auswirken, muss dem Finanzamt darüber hinaus auch noch nachgewiesen werden, dass kein eigenes grobes Verschulden vorliegt. Der Hinweis auf vergessene Belege im Schuhkarton oder allgemeine Unordnung in der Aktenführung reicht daher nicht aus. Denn in solchen Fällen unterstellt der Finanzbeamte eine Mitschuld am verspäteten Nachweis und akzeptiert die Kosten oder verminderte Einnahmen nicht mehr.

Keine neue Tatsache ist auch ein Gerichtsurteil, dass erst nach dem Steuerbescheid ergeht. Dies ist nur nutzbar, wenn dieser Streitpunkt über ein ruhendes Verfah-

ren offen gehalten wurde, über einen eingelegten Einspruch noch nicht entschieden ist, der Bescheid unter dem Vorbehalt der Nachprüfung steht oder insoweit vorläufig ergangen ist. Diese Grundregel hat der BFH nun auf die festgestellte Verfassungswidrigkeit erweitert.



## *Kirchensteuer: Veräußerungsgewinne und Übergangsgewinne dürfen bei Berechnung einbezogen werden*

(Val) Kirchensteuer darf auch insoweit erhoben werden, als sie auf der Berücksichtigung von Veräußerungsgewinnen und Übergangsgewinnen beruht. Der Bundesfinanzhof (BFH) hat entschieden, dass dies nicht sachlich unbillig sei. Er stellt zugleich fest, dass, sei die Bestimmung der Besteuerungsgrundlagen für die Kirchensteuer den Kirchengemeinden übertragen, die einzelne Kirchengemeinde insoweit nicht an die von anderen Kirchengemeinden getroffenen Regelungen gebunden sei.

Geklagt hatte ein Ehepaar, das zusammen zur Einkommensteuer veranlagt wird. Der Kläger ist römisch-katholisch, die Klägerin gehört der evangelischen Kirche an. Im Streitjahr veräußerte der Kläger seinen Anteil an einer GbR und erzielte dabei einen Übergangsgewinn und einen Veräußerungsgewinn. Ferner gab er im Streitjahr ein Einzelunternehmen auf, und erzielte auch hierbei einen Übergangsgewinn und einen Veräußerungsgewinn. Das für die Kläger zuständige Finanzamt setzte unter Ansatz dieser Werte gegen die Kläger eine Einkommensteuer von 208.337 Euro fest. Ferner wurde der Klägerin gegenüber, ausgehend von einer auf sie entfallenden Einkommensteuer von 104.169 Euro, evangelische Kirchensteuer in Höhe von rund 9.380 Euro festgesetzt.

Die Kläger begehrt von der beklagten Evangelischen Gemeinde daraufhin einen Teilerlass der evangelischen Kirchensteuer in Höhe von 2.785 Euro. Dies ist nach ihrer Berechnung die Hälfte des Differenzbetrags zwi-

schen der festgesetzten Steuer und derjenigen, der sich ohne Berücksichtigung der Übergangsgewinne und der Veräußerungsgewinne ergeben hätte. Die Kläger beriefen sich dabei auf eine Mitteilung des Deutschen Steuerberaterverbandes, nach der sich die evangelischen Kirchensteuerämter auf eine hälftige Kirchensteuerkapung verständigt hätten, soweit Veräußerungsgewinne betroffen seien. Diese Vereinbarung müsse sich auch auf Übergangsgewinne erstrecken.

Dieser Ansicht folgte der BFH nicht. Der Hinweis auf die Empfehlung der Landeskirche und die ihr folgende Erlasspraxis anderer Kirchengemeinden helfe den Klägern nicht. Denn aus der Praxis anderer evangelischer Kirchengemeinden lasse sich nicht ableiten, dass die beklagte Gemeinde in derselben Weise verfahren müsse.

Die Berücksichtigung von Veräußerungsgewinnen und Übergangsgewinnen bei der Berechnung der Kirchensteuer sei auch nicht unbillig, so der BFH. Nach dem nordrhein-westfälischen Kirchensteuergesetz könnten die evangelischen Kirchengemeinden in Nordrhein-Westfalen die Kirchensteuer als Zuschlagsteuer zur Einkommensteuer erheben. Die Bemessung der Kirchensteuer knüpfe nach dem Gesetz an die Höhe der festgesetzten Einkommensteuer an. Mit diesen Regelungen hätten sowohl der Landesgesetzgeber als auch die zuständige kirchliche Stelle in Kauf genommen, dass Besonderheiten bei der Bemessung der Einkommensteuer auf die Bemessung der Kirchensteuer durchschlagen. Sie hätten darauf verzichtet, für den Bereich der Kirchensteuer zusätzliche Bestimmungen zu schaffen, nach denen einzelne Vorgänge sich in systematischer Hinsicht auf die Kirchensteuer anders als auf die Einkommensteuer auswirkten. Das gelte namentlich im Hinblick auf Veräußerungsgewinne und auf Gewinne, die durch einen Wechsel der Gewinnermittlungsart entstünden. Anhaltspunkte dafür, dass die zuständigen Organe diese Punkte übersehen und anderenfalls kirchensteuerrechtliche Sonderregelungen getroffen hätten, seien nicht zu erkennen, so der BFH.

Bundesfinanzhof, Urteil vom 01.07.2009, I R 81/08

## Staat & Verwaltung

### Polizeibeamter auf Probe: Entlassung wegen scheinbarer Identifikation mit rechter Szene rechters

(Val) Ein Polizeibeamter, der außerdienstlich den Anschein setzt, sich mit der rechten Szene zu identifizieren, begeht ein Dienstvergehen und darf aus dem Beamtenverhältnis auf Probe entlassen werden. Dies hat das Berliner Verwaltungsgericht (VG) zu Lasten eines ehemaligen Polizeimeisters entschieden, den das Polizeipräsidium aus dem Dienst entlassen hatte.

Der 1980 geborene Kläger war im Jahre 2002 in das Beamtenverhältnis auf Probe übernommen worden. Ab 2004 hatte er so genannte «Rechtsschulungen» für bis zu 70 Teilnehmer der rechten Kameradschaftsszene abgehalten. Dort hatte er über seine Tätigkeit bei der Berliner Polizei und deren Befugnisse sowie über Möglichkeiten berichtet, sich gegen polizeiliches Eingreifen zu wehren. Im Juni 2006 hatte das Amtsgericht Tiergarten den Kläger zudem zu einer Geldstrafe wegen eines Verstoßes gegen das Waffengesetz verurteilt, weil bei einer Durchsuchung seines Zimmers in der Wohnung seiner Eltern eine ungesichert gelagerte, geladene Schreckschusspistole sowie Manöverkartuschen und 3.510 Schuss Munition ungesichert auf dem Fußboden verteilt aufgefunden worden waren.

Das VG bestätigte die durch den Polizeipräsidenten in Berlin ausgesprochene Maßnahme. Der Kläger habe durch sein außerdienstliches Verhalten gravierende Pflichtverletzungen begangen, die als Dienstvergehen zu werten seien. Neben dem rechtskräftig festgestellten Verstoß gegen das Waffengesetz sei ihm eine Nötigung im Straßenverkehr vorzuwerfen. Zwar sei das Verfahren eingestellt worden. Sie dürfe ihm aber dennoch vorgehalten werden. Die Vortragstätigkeit vor Angehörigen der rechten Szene erwecke den Eindruck, dass er sich mit dieser identifiziere. Den Einwand des Klägers, er habe seinerzeit nicht gewusst, um wen es sich bei seinem Publikum gehandelt habe, ließ das VG nicht gelten. Denn nach den Ermittlungsergebnissen in den Strafverfahren stehe fest, dass er seinerzeit intensiven Kontakt zur rechten Szene gehabt habe.

Verwaltungsgericht Berlin, Urteil vom 22.09.2009, VG 26 A 143.07



### Islamisches Gebet: Schule muss es während unterrichts- freier Zeit zulassen

(Val) Ein 16-jähriger muslimischer Schüler des Diesterweg-Gymnasiums in Berlin-Wedding hat vor dem Verwaltungsgericht (VG) Berlin erreicht, dass er außerhalb der Unterrichtszeit einmal täglich in der Schule sein islamisches Gebet verrichten darf. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache hat das VG allerdings die Berufung zum Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg zugelassen.

Das Gericht stellte maßgeblich auf die Glaubensfreiheit des Schülers ab. Für einen gläubigen Muslim hätten auch die Gebetszeiten einen hohen Stellenwert. Deswegen können von einem strenggläubigen Schüler nicht erwartet werden, grundsätzlich nur außerhalb der Schulzeit zu beten. Das gelte zumindest dann, wenn er bereit sei, für sein Gebet nur unterrichtsfreie Zeit in Anspruch zu nehmen und hierdurch keine konkreten und unzumutbaren Beeinträchtigungen des Schulbetriebes einträten.

Dem stehe die Neutralitätspflicht des Staates nicht entgegen. Denn diese verlange vom Staat in erster Linie Zurückhaltung bei eigenen Aktivitäten, etwa der Abhaltung eines Schulgebets als schulische Veranstaltung.



Sie gebiete jedoch keineswegs, prinzipiell gegen religiöse Betätigungen Einzelner vorzugehen, und zwar auch nicht, um Andersgläubige oder Nichtgläubige in ihrer negativen Bekenntnisfreiheit zu schützen. Dies gelte jedenfalls solange, wie durch organisatorische Vorgaben eine ungewollte Konfrontation vermieden werden könne.

Im Fall des Klägers konnte das VG nicht feststellen, dass dessen Verhalten die Konflikte im Schulalltag zwischen Schülern verschiedener Religionszugehörigkeit verursacht oder vertieft.

Verwaltungsgericht Berlin, Urteil vom 29.09.2009, VG 3 A 984.07



## Waffenschein: Nicht für Verfassungsfeinde

(Val) Wer verfassungsfeindliche Bestrebungen verfolgt oder unterstützt, verfügt nicht über die für einen Waffenschein erforderliche Zuverlässigkeit. Nicht entscheidend ist, ob die entsprechenden Aktivitäten im Rahmen der Mitgliedschaft in einer nicht verbotenen Partei ausgeübt werden. Dies hat das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) entschieden. Geklagt hatte ein Mitglied der Deutschen Volksunion (DVU), das seit Jahrzehnten zu seinem Schutz eine Waffe besitzt und um eine Verlängerung seines Waffenscheins ersucht hatte.

Das Parteienprivileg helfe dem Kläger nicht, betont das BVerwG. Danach kann eine politische Partei ausschließlich vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt werden und darf bis dahin nicht in ihrer Entfaltung behindert werden. Zwar, so das BVerwG, erstrecke sich das Parteienprivileg auch auf die parteioffizielle Tätigkeit der Funktionäre und Anhänger einer Partei, solange diese mit allgemein erlaubten Mitteln arbeiteten. Daraus folge grundsätzlich, dass an den Gebrauch dieser Freiheit auch in anderen Rechtsbereichen keine nachteiligen Folgen geknüpft werden dürften. Dieser Grundsatz gelte aber nicht schrankenlos. Wegen der extremen Gefährlichkeit des

Umgangs mit Waffen sei der Staat verfassungsrechtlich gehalten, die Allgemeinheit vor unzuverlässigen Waffenbesitzern wirksam zu schützen. Für diese Schutzpflicht mache es keinen wesentlichen Unterschied, ob verfassungsfeindliche Bestrebungen, die nach der plausiblen Einschätzung des Gesetzgebers regelmäßig die Unzuverlässigkeit begründeten, innerhalb oder außerhalb einer politischen Partei verfolgt würden.

Ob der Waffenschein des Klägers zu verlängern ist, ist offen. Das BVerwG wies darauf hin, dass nicht feststehe, ob die vom Kläger innerhalb der DVU verfolgten Bestrebungen gegen die verfassungsmäßige Ordnung verstoßen. Auch müsse erst noch geklärt werden, ob ein langjähriger beanstandungsfreier Waffenbesitz die etwaige Vermutung der Unzuverlässigkeit widerlege. Hierüber muss jetzt die Vorinstanz entscheiden, an die das BVerwG die Sache zurück verwiesen hat.

Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 30.09.2009, 6 C 29.08

## Unternehmer

### Erbschaft: Kräftige Entnahmen vom Firmennachfolger lösen Nachsteuer aus

(Val) Bei bis Ende 2008 geerbtem Betriebsvermögen fallen Freibetrag und der verminderte Wertansatz mit Wirkung für die Vergangenheit weg, soweit der Nachfolger innerhalb von fünf Jahren Entnahmen tätigt, die die Summe seiner Einlagen und der ihm zuzurechnenden Gewinne oder Gewinnanteile um mehr als 52.000 Euro übersteigen. Die Regel stellt nicht auf fünf Kalenderjahre nach der Erbschaft ab, der Zeitraum endet vielmehr bereits mit Ablauf des letzten Wirtschaftsjahres innerhalb der Fünfjahresfrist. Dies führt im Ergebnis immer zu einer Verkürzung, wenn der Tod nicht am ersten Tag eines Wirtschaftsjahres eingetreten ist.

Diese Abgrenzung spielte in einem jetzt vom Finanzgericht Münster entschiedenen Fall eine wichtige Rolle (Az. 3 K 4490/06 Erb). Denn in der Praxis ist es üblich, kurz vor Fristablauf noch gezielt Einlagen an den Betrieb zu leisten, um die drohende so genannte Überentnahme zu verhindern. Dies erlaubt die Finanzverwaltung. Allerdings sind Überweisungen auf das Firmenkonto zu spät, wenn sie erst nach Anlauf des letzten Wirtschaftsjahres erfolgen. Daher sprachen sich die Richter für eine entsprechende Nachversteuerung aus.

Die Falle soll an einem Beispiel erläutert werden. Der Sohn erbt den Betrieb am 20.12.01. Die Entnahmeregelung läuft dann bis zu 31.12.07, also dem Ende des Geschäftsjahres und nur gut sechs Jahre. Tätigt der Sohn nun die Einlagen erst am 10.1.08, nutzen die nichts mehr. Zwar sind noch keine vollen sieben Jahre verstrichen, wohl aber die steuerlich verkürzte Frist. Daher darf das Finanzamt Steuer nacherheben, wenn er bis Ende 07 zu hohe Entnahmen getätigt hatte. Auch im Rahmen der Erbschaftsteuerreform ist diese zeitliche Regelung geblieben, aus der Fünf- ist nur eine Siebenjahresfrist geworden. Werden hier Überentnahmen von mehr als 150.000 Euro getätigt, stellt dies einen Verstoß gegen die Behaltensregeln dar. Dann fällt insoweit rückwirkend Erbschaftsteuer an.

Hintergrund dieser Nacherhebung ist, dass es beim Erwerb von begünstigtem Betriebsvermögen sowie Anteilen an Kapitalgesellschaften zunächst einmal einen Verschonungsabschlag von 85 Prozent und zusätzlich einen gleitenden Abzugsbetrag von höchstens 150.000 Euro gibt. Verschonungsabschlag und Abzugsbetrag fallen mit Wirkung für die Vergangenheit weg, soweit innerhalb von sieben Jahren gegen eine der gesetzlich vorgegebenen Behaltensregelungen verstoßen wird. Einer dieser Bedingungen sind zu üppige Entnahmen aus der Firmenkasse.

### Gewerbe: Erweiterte Kürzung auch bei Beteiligung an vermögensverwaltender Personengesellschaft

(Val) Das Halten einer Beteiligung an einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft, die ihrerseits ausschließlich Grundvermögen verwaltet, ist für Zwecke der Gewerbesteuer als Verwalten und Nutzen eigenen Grundvermögens anzusehen. Es berechtigt daher bei der Berechnung der Gewerbesteuer zur Inanspruchnahme der erweiterten Kürzung nach § 9 Nr. 1 Satz 2 des Gewerbesteuergesetzes (GewStG). Dies geht aus einem Urteil des Finanzgerichts (FG) Berlin-Brandenburg hervor.

Sei eine weder geschäftsführungsbefugte noch vertretungsberechtigte GmbH als eine von vier Komplementären an einer grundstücksverwaltenden, nicht als Mitunternehmerschaft anzusehenden KG beteiligt und erziele dadurch Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung, liege eine zur erweiterten Kürzung gemäß § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG berechtigende Verwaltung und Nutzung ausschließlich eigenen Grundbesitzes vor, heißt es in dem Urteil weiter. Das Halten der Beteiligung an der KG stelle keine kürzungsschädliche Betätigung dar.

Rechtlicher Hintergrund: Nach § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG wird bei der Berechnung der Gewerbesteuer bei Unternehmen, die ausschließlich eigenen Grundbesitz verwalten oder nutzen, die Summe des Gewinns und der Hinzurechnungen um den Teil des Gewerbeertrags gekürzt, der auf die Verwaltung und Nutzung des eigenen Grundbesitzes entfällt.

Finanzgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 24.06.2009, 12 K 6154/05 B

### Kfz-Händler: Müssen Rückkaufverpflichtung als Verbindlichkeit bilanzieren

(Val) Kfz-Händler haben in ihren Bilanzen für die von ihnen übernommene Verpflichtung, verkaufte Fahrzeuge zu einem verbindlich festgelegten Preis zurückzukaufen, Verbindlichkeiten auszuweisen. Dies stellt das Finanzgericht (FG) Münster klar.

Hintergrund: Verkaufen Kfz-Händler Neuwagen an Autovermietungen, verpflichten sie sich häufig, die Fahrzeuge nach Ablauf einer bestimmten Vertragslaufzeit auf Verlangen des Käufers zu einem bereits beim Verkauf des Neuwagens festgelegten Preis zurückzukaufen. Ähnliches geschieht beim Verkauf von Fahrzeugen an Leasinggesellschaften. Da der Preis für den Rückkauf meist über dem Marktwert der Fahrzeuge liegt, drohen

den Händlern aus dem Rückkauf der Fahrzeuge häufig Verluste. Wegen solcher drohenden Verluste hatte auch die klagende Autohändlerin für das Jahr 1998 Rückstellungen gebildet. Diese erkannte das Finanzamt jedoch nicht an. Die hiergegen gerichtete Klage war erfolgreich.

Das FG entschied, dass die Klägerin in ihren Bilanzen Verbindlichkeiten aus der gesondert vergüteten Rückkaufoption auszuweisen habe. Die Verbindlichkeit sei mit dem Entgelt zu bewerten, das im Rahmen des Gesamtkaufpreises auf die Rückkaufoption entfalle. Die Rückkaufverpflichtung stelle für die Klägerin eine wirtschaftliche Belastung dar, die durch den Ansatz einer den Gewinn mindernden Verbindlichkeit berücksichtigt werden müsse.

Das grundsätzliche Verbot der Bilanzierung schwebender Geschäfte stehe dem Ausweis der Rückkaufverpflichtung nicht entgegen. Denn es gehe nicht um die Rückstellung für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften, sondern um den Ansatz einer Verbindlichkeit.

Finanzgericht Münster, Urteil vom 25.08.2009, 9 K 4142/04 K, F

## Schönheitschirurgie in den Niederlanden: Ärztin muss keine Umsatzsteuer zahlen

(Val) Führt eine Ärztin ohne eigene Arztpraxis und mit Wohnadresse in Deutschland schönheitschirurgische Operationsaufträge für niederländische Klinikbetriebe durch, so liegt der Leistungsort in den Niederlanden und die Ärztin schuldet keine Umsatzsteuer in Deutschland. Dies geht aus einem Urteil des Düsseldorfer Finanzgerichts (FG) hervor.

Das FG stellte maßgeblich darauf ab, dass die klagende Ärztin schon von der Art der Leistungen her, welche sie gegenüber den holländischen Klinikbetreibern erbrachte, diese nur unter Nutzung der in den Kliniken vorgehaltenen Infrastruktur und unter Rückgriff auf das dort angestellte Klinikpersonal tätigen konnte. Für die holländischen Klinikbetreiber sei offensichtlich alleine die berufliche Befähigung und Erfahrung der Klägerin im Bereich der Schönheitschirurgie und ihr «Know-How» auf dem Gebiet neuer diesbezüglicher Behandlungsformen für deren Beauftragung ausschlaggebend, nicht jedoch eine von der Klägerin selbst vorgehaltene personelle und technische Ausstattung. Vielmehr hätten die Klinikbetreiber selbst die für die angebotenen Behandlungsleistungen notwendigen Räumlichkeiten und Einrichtungen zur Verfügung gestellt.

Zudem käme ansonsten nur der Wohnort der Klägerin als Leistungsort in Betracht, so das FG. Dies aber sei ein widersinniges Ergebnis. Denn der Wohnort der Klägerin weise bis auf die gelegentliche telefonische Terminabsprache oder möglicherweise die Erstellung von

Abrechnungen keinerlei Bezug zu der tatsächlichen Ausgestaltung der Leistungsbeziehung zwischen der Klägerin und den holländischen Klinikbetreibern auf.

Finanzgericht Düsseldorf, Urteil vom 22.07.2009, 5 K 3371/05 U

## Veräußerung eines Betriebes: Freibetrag steht Steuerpflichtigem nur einmal im Leben zu

(Val) Der im Zusammenhang mit der Veräußerung eines Betriebes stehende Freibetrag des § 16 Abs. 4 des Einkommensteuergesetz (EStG) wird personenbezogen gewährt. Er steht dem Steuerpflichtigen für alle Einkunftsarten nur einmal zu. Dies hat der Bundesfinanzhof (BFH) im Fall eines Arztes entschieden, der aus seiner Beteiligung an einer Praxisgemeinschaft im Jahr 1997 einen Veräußerungsgewinn in Höhe von 50.000 Mark erzielt hatte.

Der Freibetrag nach § 16 Abs. 4 EStG war dem Kläger bereits im Einkommensteuerbescheid 1997 gewährt worden. Zu diesem Zeitpunkt hatte er sein 55. Lebensjahr noch nicht vollendet. Dies aber ist eigentlich Voraussetzung für den Freibetrag nach § 16 Abs. 4 EStG. Darauf berief sich denn auch der Kläger, als er für einen späteren Veranlagungszeitraum den erneuten Ansatz des Freibetrags begehrte.

Der BFH lehnte dies ab. Nach § 16 Abs. 4 EStG sei der Freibetrag dem Steuerpflichtigen nur einmal zu gewähren. Ob dies zu Recht oder zu Unrecht geschehen sei, sei unerheblich. Der Grundsatz, dass der Freibetrag nach § 16 Abs. 4 EStG einem Steuerpflichtigen nur einmal gewährt werden könne, gelte absolut. Dies schließe die Einkünfte übergreifende Geltung mit ein, so der BFH. Deswegen könne sich der Kläger nicht mit Erfolg darauf berufen, dass ihm der Freibetrag 1997 für einen Veräußerungsgewinn bei den Einkünften aus selbstständiger Arbeit gewährt worden sei, während er ihn jetzt für einen Veräußerungsgewinn bei den Einkünften aus Gewerbebetrieb begehrte.

Bundesfinanzhof, Urteil vom 21.07.2009, X R 2/09

## Verbraucher, Versicherung & Haftung

### Anti-Baby-Pille nur wegen Akne verschrieben: Arzt muss Krankenkasse entschädigen

(Val) Ein Arzt, der die Anti-Baby-Pille nur zur Behandlung von Akne verordnet hat, muss Regress an die gesetzliche Krankenkasse leisten. Dies hat das Sozialgericht (SG) Düsseldorf auf die Klage eines Frauenarztes aus Euskirchen entschieden. Es verweist darauf, dass gesetzliche Krankenversicherungen in der Regel nur für Arzneimittel zahlen müssen. Die Anti-Baby-Pille sei aber grundsätzlich kein Arzneimittel, da sie nicht der Behandlung einer Krankheit, sondern der Empfängnisverhütung diene.

Den Einwand des Gynäkologen, mit der Anti-Baby-Pille habe er Hautprobleme wirksam und kostengünstig behandeln wollen, ließ das Gericht nicht gelten. Für diese Art der Krankenbehandlung sei das Verhütungsmittel nicht zugelassen. Lediglich für Versicherte bis zur Vollendung des 20. Lebensjahres dürfe die Pille indikationsunabhängig verordnet werden. Der Kläger müsse daher Regress leisten.

Auch aus verfassungsrechtlichen Gründen sei hier keine Ausnahme geboten, so das SG. Ein Medikament könne außerhalb seiner arzneimittelrechtlichen Zulassung nur ausnahmsweise dann verordnet werden, wenn eine schwerwiegende, insbesondere eine lebensbedrohliche Erkrankung behandelt werden solle. Diese Voraussetzung sei hier nicht gegeben gewesen.

Sozialgericht Düsseldorf, Urteil vom 29.07.2009, S 14 KA 166/07, nicht rechtskräftig



## Mietwagen: Bei Verkehrsunfall besser immer die Polizei rufen

Eigentlich ist es bei Unfällen mit reinem Sachschaden oft nicht erforderlich, die Polizei zu rufen - zumindest wenn die Schuldfrage klar und der Schaden nicht besonders hoch ist. Bei Leihfahrzeugen sieht das schon anders aus. Hier steht oft in den AGB, dass es ohne nicht geht.

### 500 Euro Haftungsbeschränkung

Ein Autovermieter vermietete einen LKW. Mit dem Kunden wurde eine Haftungsbeschränkung auf 500 Euro vereinbart. In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmens war allerdings bestimmt, dass bei jeder Art von Unfall - auch bei bloßen Sachbeschädigungen ohne Beteiligung anderer Verkehrsteilnehmer - die Polizei zur Unfallstelle zu rufen sei. Die Haftungsfreistellung sollte entfallen, wenn gegen diese Pflicht verstoßen werde.

Es kam, wie es kommen musste: Der Mieter beschädigte das Fahrzeug, indem er gegen einen Stein stieß. Die Polizei rief er nicht. Daraufhin verlangte die Autovermietung von ihm, den Gesamtschaden am Fahrzeug in Höhe von 1500 Euro zu begleichen. Der Mieter berief sich darauf, es verstoße gegen die polizeilichen Richtlinien, dass die Polizei bei jedem Unfall kommen müsse. Es sei deshalb nicht erforderlich, dass sie bei unbedeutenden Verstößen gerufen werde.

Diese Ansicht nützte dem Mann nichts. Der Bundesgerichtshof hält die getroffene Vereinbarung zur Haftungsfreistellung für wirksam. Die Vorgabe, die Polizei hinzuzuziehen, dient den "legitimen" Interessen des Vermieters, bei der Sachverhaltsaufklärung gegenüber seiner Versicherung nicht auf die Angaben des "parteiischen" Mieters angewiesen zu sein.

BGH, Urteil vom 10.6.2009, XII ZR 19/08

## Jagdhund beißt Frau: Einstufung als gefährlicher Hund rechens

(Val) Greift ein Jagdhund zielgerichtet einen Menschen an, so darf die zuständige Verbandsgemeinde ihn als gefährlich einstufen, auch wenn der Hund negative Erfahrungen im Welpenalter gemacht hat. Dies hat das Verwaltungsgericht (VG) Mainz in einem Eilverfahren entschieden.

Der Hund war über den Vorgartenzaun auf die Straße gesprungen und hatte dort eine Frau in den Unterarm gebissen. Die Wunde musste im Krankenhaus genäht werden und erforderte eine längere ärztliche Behandlung. Aufgrund dieses Vorfalles stellte die zuständige

Verbandsgemeinde fest, dass der Hund ein gefährlicher Hund im Sinne des Landesgesetzes über gefährliche Hunde sei. Außerdem ordnete sie den Sofortvollzug des Bescheides an.

Da die Feststellung, dass ein Hund gefährlich ist, verschiedene Verpflichtungen bei der Hundehaltung zur Folge hat, wie zum Beispiel den Abschluss einer Haftpflichtversicherung, die Kennzeichnung des Hundes durch einen elektronisch lesbaren Chip sowie eine Anlein- und Maulkorbpflicht, wandte sich seine Halterin gegen den Sofortvollzug des Bescheides.

Sie wandte ein, dass der Hund der Geschädigten ihren Hund im Welpenalter gebissen habe. Seitdem empfinde dieser die Geschädigte und ihren Hund als bedrohlich. Ihr Hund habe die Geschädigte zunächst nur angebellt und sei erst über den Zaun gesprungen, als er durch deren hysterische Hilferufe an den früheren Beißvorfall erinnert worden sei, bei dem die Geschädigte ihren eigenen Hund angeschrien habe. In Erinnerung an diesen Beißvorfall habe ihr Hund lediglich einem erneuten Negativerlebnis vorbeugen wollen.

Die Richter lehnten Eilrechtsschutz zugunsten der Hundehalterin dennoch ab. Der Hund gelte als gefährlicher Hund, da er sich als bissig erwiesen habe. Die Geschädigte habe auch nicht ansatzweise ein Verhalten gezeigt, das den Angriff des Hundes provoziert habe. Vielmehr sei dieser zielgerichtet und in Angriffshaltung auf die Geschädigte zugestürzt. Dies könne auch keineswegs durch die behaupteten negativen Erfahrungen des Tiers im Welpenalter gerechtfertigt werden.

Verwaltungsgericht Mainz, Beschluss vom 02.10.2009, 1 L 825/09.MZ

## **Keine Haftung: Für unbefugtes Nutzen eines Trainingsgeräts**

Wer in einem Fitnessstudio oder beim Physiotherapeuten eigenmächtig Geräte ohne Einweisung benutzt und sich dabei verletzt, gefährdet sich selbst. Der Inhaber und Betreiber der Fitnessgeräte haftet für diese Unfälle nicht.

Einer Patientin war Krankengymnastik verordnet worden. Die Frau ging deshalb zur Behandlung in eine physiotherapeutische Praxis. Dort nahm sie an einem Funktionstraining teil und durfte danach die Praxisräume mit den Trainingsgeräten jederzeit besuchen.

In den Räumlichkeiten stand auch ein Laufband, das jedoch nicht zum Trainingsplan der Frau gehörte. Deshalb hatte der Praxisinhaber ihr die Handhabung des Gerätes auch nicht erklärt. Die Frau stellte sich gleichwohl auf das Laufband. Sie nahm es in Betrieb, verlor das Gleichgewicht, stürzte und quetschte sich dabei die linke Hand. Sie verlangte daraufhin vom Physiotherapeuten als Inhaber und Betreiber der Fitnessgeräte Schadensersatz und Schmerzensgeld. Er habe seine

Verkehrssicherungspflicht verletzt.

Das Oberlandesgericht Oldenburg konnte kein Versäumnis des Praxisinhabers feststellen. Die Frau ist eingewiesen worden, welche Geräte sie für ihre Therapie wie benutzen darf. Dass sie eigenmächtig aufs Laufband steigt und sich dabei verletzt, liegt in ihrem eigenen Risiko. Für diese Selbstgefährdung haftet der Betreiber und Inhaber der Fitnessgeräte nicht. Insbesondere muss er auch keine besonderen Schutzvorkehrungen gegen das unbefugte Benutzen der Geräte treffen, etwa eine ständige Aufsichtsperson einsetzen.

OLG Oldenburg, Urteil vom 13. 2. 2009, Az. 6 U 212/08



## **Wirtschaft, Wettbewerb & Handel**

### *Heizstrom: Bundeskartellamt untersucht Preisgestaltung*

(Val) Das Bundeskartellamt nimmt die Anbieter von Heizstrom unter die Lupe. In einem Missbrauchsverfahren prüft die Behörde die Preisgestaltung bei der Belieferung von Verbrauchern mit Strom zum Betrieb von Nachtspeicherheizungen und elektrischen Wärmepumpen. Die Ermittlungen betreffen ausschließlich den Markt für Heizstrom, den das Kartellamt als eigenständig ansieht. Unter Heizstrom ist Strom zu verstehen, der zu besonderen Tarifen ganz überwiegend nachts zum Betrieb von Nachtspeicherheizungen und Wärmepumpen geliefert wird. Laut Kartellamt gibt es in diesem Markt so gut wie keine alternativen Anbieter und damit auch keine Wechsel- und Ausweichmöglichkeiten für die Kunden.

#### **Preise vergleichen**

In dem Verfahren wird das Bundeskartellamt die Preise beziehungsweise Erlöse der verschiedenen Heizstromversorger vergleichen. Es prüft nicht die Preiserhöhungen einzelner Versorger, sondern deren Preisniveau im Vergleich zu anderen günstigen Vergleichsunternehmen.

Hintergrund: Auf dem Markt für Heizstrom liegt der jährliche Verbrauch durch private Endverbraucher bei etwa 20 Milliarden kWh. Rund vier Prozent aller Wohnungen in Deutschland werden mit Strom beheizt, in das sind etwa zwei Millionen Wohneinheiten. Die vom Bundeskartellamt zu untersuchenden Unternehmen beliefern etwa 1,2 Millionen Kunden. Sie befinden sich überwiegend im Süden und Westen Deutschlands, da hier Nachtspeicherheizungen und Wärmepumpen stärker verbreitet sind.

Das Bundeskartellamt rechnet allerdings frühestens im Frühjahr 2010 mit ersten Ergebnissen.

Bundeskartellamt, PM vom 24.09.2009



### *Verdacht von Wettbewerbsverstößen: Kann Einsatz eines GPS-Senders rechtfertigen*

(Val) Hat ein Unternehmer den begründeten Verdacht, dass ein Konkurrent systematisch Wettbewerbsverstöße begeht, so darf er eine Detektei mit der Klärung dieser Frage beauftragen und später die Kosten hierfür von dem Konkurrenten ersetzt verlangen, wenn sich der Verdacht gegen den Wettbewerber erhärtet. Dies ist auch dann der Fall, wenn die Detektei GPS-Sender einsetzt und deswegen während der Observation der Aufenthaltsort des Wettbewerbers bekannt ist. Dies gilt nach einem Urteil des Oberlandesgerichts (OLG) Karlsruhe zumindest dann, wenn die Detektei lediglich einen ihrer Mitarbeiter mit einem solchen Sender ausgestattet hatte.

Die Parteien, zwei unter anderem im Rhein-Neckar-Raum tätige Plakatierungsunternehmen, sind Konkurrenten. Der Kläger verdächtigte den Beklagten, systematisch Plakate abzuhängen und zu beschädigen, die der Kläger aufgehängt hatte. Er hatte in der Vergangenheit bereits einen entsprechenden Verbotstitel erwirkt. Um seinen Verdacht belegen zu können, schaltete er eine Detektei ein, die den Beklagten observierte und bei ihm einen Mitarbeiter als Praktikanten einschleuste. Dieser trug einen GPS-Sender bei sich und begleitete

den Beklagten bei der Plakatierung. Bei der Observation, für die die Detektei auch GPS-Sensoren am Aufstellort von Plakaten einsetzte, stellte sie mehrere Aktionen des Beklagten fest, in denen er Plakate des Klägers abhängte, in der Nähe ablegte und an der gleichen Stelle selbst Plakate aufhängte. Der Kläger verlangte nun vom Beklagten Ersatz der Detektivkosten in Höhe von rund 32.000 Euro. Das Landgericht hat der Klage teilweise in Höhe von rund 16.000 Euro stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das OLG diesen Betrag auf etwa 11.000 Euro reduziert.

Dem Grunde nach könne der Kläger die Detektivkosten vom Beklagten ersetzt verlangen. Das Abhängen fremder Plakate stelle eine unlautere Behinderung des Wettbewerbers dar und löse einen Schadenersatzanspruch aus. Zum Schaden gehörten auch die Detektivkosten. Voraussetzung für deren Erstattungsfähigkeit ist laut OLG ein konkreter Verdacht. Ein solcher habe hier vorgelegen. Erforderlich sei weiter, dass der Geschädigte die vom Detektiv getroffenen Feststellungen nicht mit eigenen Mitteln, zum Beispiel eigenen Angestellten, treffen könne. Hier sei der Kläger nicht in der Lage gewesen, die zahlreichen möglichen Plakatierungsorte selbst zu beobachten.

Der Erstattungsanspruch sei auch nicht wegen der Verwendung von GPS-Sendern ausgeschlossen. Dabei ging das OLG davon aus, dass die Detektei lediglich ihren Mitarbeiter mit einem GPS-Sender ausgestattet hatte. Dass man so feststellen habe können, wo er und der Beklagte sich während der Observation befanden, stelle keine über eine klassische Observationsmaßnahme wesentlich hinausgehende Beeinträchtigung des Beklagten dar. Der Bereich dessen privater Lebensgestaltung sei nicht betroffen, meinen die Richter.

Der Umfang der Ersatzpflicht richte sich nach dem, was ein vernünftiger, wirtschaftlich denkender Mensch nach den Umständen des Falles zur Beseitigung der Störung als erforderlich angesehen haben würde. Hier bedurfte es laut OLG des Nachweises mehrerer Verstöße in einem überschaubaren Zeitraum, um eine systematische Wettbewerbsverletzung abzustellen. Denn nur dann habe der Kläger damit rechnen können, ein Ordnungsgeld mit der erforderlichen abschreckenden Wirkung bei Gericht erreichen zu können.

Weil aber einige Maßnahmen der Detektei nicht erforderlich gewesen seien, könne der Kläger die Kosten nicht in voller Höhe erstattet verlangen, so das OLG. Es bezifferte den erstattungsfähigen Schaden deshalb auf nur 11.000 statt 32.000 Euro. Die Revision ließ das Gericht nicht zu.

Oberlandesgericht Karlsruhe, Urteil vom 23.09.2009, 6 U 52/09

## JOOP!: Ein Ausrufezeichen ist keine Marke

(Val) Der Europäische Gerichtshof hat entschieden, dass ein Ausrufezeichen nicht als "Gemeinschaftsmarke" eingetragen werden kann.

### Begründung:

Die von der JOOP! GmbH geforderte Eintragung ihrer Bildmarke müsse abgelehnt werden, weil sie nicht "unterscheidungskräftig" und nicht nachgewiesen worden sei, dass die Marke "gemeinschaftsweit Unterscheidungskraft durch Benutzung erworben" habe.

Auch der "in höherem Maße aufmerksame Verbraucher" sei nicht in der Lage, auf der Basis eines simplen Ausrufezeichens, das keine besondere Schriftgestaltung aufweise, auf die Herkunft der Ware zu schließen. Eine Gemeinschaftsmarke gilt in der gesamten Europäischen Union und besteht neben den nationalen Marken.

Az: T 75/08

