

Ihre Steuerkanzlei informiert.

# SCHAUFENSTER STEUERN 09/2017

## Termine

Steuern und Sozialversicherung

## Scheidungskosten

Nicht mehr als außergewöhnliche Belastung  
abziehbar

## Elektronische Steuererklärung

Elster-Internetauftritt bekommt neues Gewand



Sehr geehrte Mandanten,

wenn Sie durch einen Steuerberater vertreten werden, genießen Sie automatisch eine Fristverlängerung zur Abgabe der Einkommensteuererklärung bis zum Ende des Folgejahres. Ab 2018 verlängert sich diese Frist sogar noch bis Ende Februar des zweiten auf den Besteuerungszeitraum folgenden Kalenderjahres.

Dennoch kommt es leider immer wieder vor, dass das Finanzamt die Steuererklärung vorzeitig anfordert. Wird dann der verfrühte Termin nicht eingehalten, möchte der Fiskus Verspätungszuschläge kassieren. So einfach ist das jedoch nicht. Zwar besteht grundsätzlich die Möglichkeit, eine Steuererklärung vorzeitig anzufordern - diese Anforderung muss dann jedoch auch ausreichend begründet sein. Aussagen wie "im Interesse einer ordnungsgemäßen Durchführung des Besteuerungsverfahrens wird die Steuererklärung vorzeitig angefordert" reichen nicht.

Dennoch finden sich immer wieder solch nichts sagende Begründungen für die vorzeitige Anforderung einer Steuererklärung. Tatsächlich ist die Aufforderung zur Abgabe dann jedoch rechtswidrig! Zwar kann diese Rechtswidrigkeit durch das Nachreichen einer ausreichenden Begründung geheilt werden, allerdings geht dies nur bis zur Abgabe der Erklärung.

Daraus folgt: Wurde die Steuererklärung innerhalb der üblichen Abgabefristen, jedoch nach dem vorzeitig gewollten Termin, eingereicht, dürfen Verspätungszuschläge nicht erhoben werden. Sowohl die Aufforderung zur Abgabe als auch die Festsetzung eines Verspätungszuschlages ist dann rechtswidrig und aufzuheben, so der BFH (Az: VIII R 52/14).

Eine informative Lektüre wünscht Ihnen

Ihre Kanzlei H&H - HAAS & HIERET

Steuerberater und Rechtsanwalt Partnerschaftsgesellschaft

Haas & Hieret Partnerschaftsgesellschaft

Brunshofstr. 12, 45470 Mülheim

Telefon: +49 208 308340 | Telefax: +49 208 3083419

[www.haas-hieret.de](http://www.haas-hieret.de) | [info@haas-hieret.de](mailto:info@haas-hieret.de)

# Inhalt

## Hinweis:

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

## Alle Steuerzahler

- Termine: Steuern und Sozialversicherung
- Scheidungskosten: Nicht mehr als außergewöhnliche Belastung abziehbar
- Elektronische Steuererklärung: Elster-Internetauftritt bekommt neues Gewand
- Fehlgeschlagene Vereinbarungen geschiedener Eheleute rechtfertigen keinen Steuererlass

## Unternehmer

- Buchhalter darf keine Umsatzsteuervoranmeldungen erstellen
- Formwechsel: Kein anteiliger Wegfall des Gewerbesteuerverlustes
- Geschäftspartner: Übernahme der Einkommensteuer für Geschenke an Geschäftsfreunde nicht abziehbar

## Kapitalanleger

- Einkünfte aus britischem Private Equity Fonds können steuerfrei sein
- Online-Banking: Preisklausel der Bank darf nicht für jede smsTAN Entgelt vorsehen
- Online-Banking: Preisklausel der Bank darf nicht für jede smsTAN Entgelt vorsehen

## 3 Immobilienbesitzer

- Baulast kann Grundstücksnutzung durch Nachbarn rechtfertigen
- Betrugsschaden kann als Werbungskosten aus Vermietung und Verpachtung absetzbar sein
- Steuerfreie Grundstücksentnahme nur bei einem Baudenkmal möglich
- Eigentumswohnung: Wer Luxus haben will, muss Luxus bezahlen

## Angestellte

- Überbrückungsleistungen des Arbeitgebers bis zum Renteneintritt beitragsfrei
- Arbeitnehmer-Mitbestimmung: Deutsches Gesetz mit EU-Recht vereinbar
- Arbeitnehmer-Mitbestimmung: Deutsches Gesetz mit EU-Recht vereinbar

## 7 Familie und Kinder

- Auslandsaufenthalt der Familie wegen Entsendung des Vaters kann Anspruch auf Kindergeld ausschließen
- Stiefkindadoption muss erhebliche Vorteile für das Kind mit sich bringen
- Schutzimpfung des Kindes: Bei Uneinigkeit entscheidet sich an STIKO-Empfehlungen orientierender Elternteil

# Alle Steuerzahler

## Termine: Steuern und Sozialversicherung

11.09.

- Umsatzsteuer
- Lohnsteuer
- Kirchensteuer zur Lohnsteuer
- Einkommensteuer
- Kirchensteuer
- Körperschaftsteuer

Die dreitägige Zahlungsschonfrist endet am 14.09. für den Eingang der Zahlung.

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

Fälligkeit der Sozialversicherungsbeiträge September 2017

Die Beiträge sind in voraussichtlicher Höhe der Beitragsschuld spätestens am drittletzten Bankarbeitstag eines Monats fällig. Für September ergibt sich demnach als Fälligkeitstermin der 27.09.2017.

## Scheidungskosten: Nicht mehr als außergewöhnliche Belastung abziehbar

Scheidungskosten sind anders als nach der bisherigen Rechtsprechung aufgrund einer seit 2013 geltenden Neuregelung nicht mehr als außergewöhnliche Belastung abziehbar. Der Bundesfinanzhof (BFH) hat entschieden, dass die Kosten eines Scheidungsverfahrens unter das neu eingeführte Abzugsverbot für Prozesskosten fallen.

Seit der Änderung des § 33 Einkommensteuergesetzes (EStG) im Jahr 2013 sind Aufwendungen für die Führung eines Rechtsstreits (Prozesskosten) grundsätzlich vom Abzug als außergewöhnliche Belastung ausgeschlossen. Nach § 33 Absatz 2 Satz 4 EStG greift das Abzugsverbot nur dann nicht ein, wenn der Steuerpflichtige ohne die Aufwendungen Gefahr liefe, seine Existenzgrundlage zu verlieren und seine lebensnotwendigen Bedürfnisse in dem üblichen Rahmen nicht mehr befriedigen zu können.

Auf diese Ausnahmeregelung berief sich die Klägerin. Sie machte in ihrer Einkommensteuererklärung Aufwendungen für ein Scheidungsverfahren als außergewöhnliche Belastung geltend.

Anders als das Finanzgericht sah der BFH die Voraussetzungen des § 33 Absatz 2 Satz 4 EStG in einem solchen Fall nicht als gegeben an. Der Ehegatte wende die Kosten für ein Scheidungsverfahren regelmäßig nicht zur Sicherung seiner Existenzgrundlage und seiner lebensnotwendigen Bedürfnisse auf. Hiervon könne nur ausgegangen werden, wenn die wirtschaftliche Lebensgrundlage des Steuerpflichtigen bedroht sei. Eine derartige existenzielle Betroffenheit liege bei Scheidungskosten nicht vor, selbst wenn das Festhalten an der Ehe für den Steuerpflichtigen eine starke Beeinträchtigung seines Lebens darstelle. Zwar habe der BFH die Kosten einer Ehescheidung bis zur Änderung des § 33 EStG im Jahr 2013 als außergewöhnliche Belastung berücksichtigt. Dies sei nach der Neuregelung jedoch nicht länger möglich. Denn dadurch habe der Gesetzgeber die Steuererheblichkeit von Prozesskosten auf einen engen Rahmen zurückführen und Scheidungskosten vom Abzug als außergewöhnliche Belastung bewusst ausschließen wollen.

Bundesfinanzhof, Urteil vom 18.05.2017, VI R 9/16

## Elektronische Steuererklärung: Elster-Internetauftritt bekommt neues Gewand

Der Elster-Internetauftritt bekommt ein neues Gewand. Wie Hessens Finanzminister Thomas Schäfer am 19.07.2017 mitteilte, geht der neu konzipierte Webauftritt der elektronischen Steuererklärung am 25.07.2017 an den Start. Schäfer ist zugleich Bevollmächtigter für E-Government und Informationstechnologie des Landes (CIO).

Die bisherigen Elster-Webseiten und das ElsterOnline-Portal würden zu einem gemeinsamen Internetauftritt zusammengeführt, so das Finanzministerium Hessen. Der private Bereich nach dem Login des Anwenders heiße dann „Mein ELSTER – Ihr Online-Finanzamt“ und werde deutlich benutzerfreundlicher. Beispielsweise sei der Registrierungsprozess neu strukturiert worden. Der gesamte Ablauf werde dem Benutzer nun vorab kurz und übersichtlich erklärt. Zusätzlich sei eine so genannte Fortschrittsanzeige eingeführt worden, die es dem Benutzer ermöglicht, den jeweiligen Prozessschritt nachzuvollziehen. Das neue



„Cockpit“, also die Startseite im „privaten Bereich“, biete eine Auswahl an Profilen, aus der sich der Benutzer das passende auswählen könne. Er bekomme anschließend die wichtigsten Formulare gleich auf der Startseite angezeigt, ohne diese suchen zu müssen. Bei Privatanwendern etwa seien dies die Einkommensteuererklärung und der Einspruch. „Die Abgabe von Steuererklärungen und die Nutzung weiterer Online-Dienste der Steuerverwaltung, etwa der Belegabruf im Rahmen der vorausgefüllten Steuererklärung, werden durch die Überarbeitung des Layouts, der Benutzerführung und des Hilfesystems ebenfalls erleichtert“, informiert Schäfer. So seien in den Steuerformularen automatische Berechnungen und sofortige Plausibilitätsprüfungen eingeführt worden, die die Handhabung für den Benutzer vereinfachen. Das neue Portal laufe auf den gängigen Betriebssystemen und passe sich automatisch an die Bildschirmgröße des Endgeräts an. Sogar die Nutzung auf einem Smartphone sei möglich.

Nach Angaben des hessischen Finanzministeriums reichen derzeit rund 60 Prozent der deutschen Steuerbürger ihre Steuererklärung auf elektronischem Weg ein. Ziel sei eine weitere Erhöhung dieser Zahl.

Finanzministerium Hessen, PM vom 19.07.2017

## **Fehlgeschlagene Vereinbarungen geschiedener Eheleute rechtfertigen keinen Steuererlass**

Vereinbaren geschiedene Eheleute, dass der Unterhaltsleistende seine Zahlungen als Sonderausgaben abziehen kann, die Empfängerin diese versteuert und ihr die hierauf entfallende Steuer vom Leistenden erstattet wird, ist die Steuer nicht zu erlassen, wenn der Unterhaltsleistende Steuern nicht erstattet. Dies stellt das Finanzgericht (FG) Baden-Württemberg klar.

Die Klägerin stimmte für 2010 dem Antrag ihres geschiedenen Ehemanns auf Abzug von Unterhaltsleistungen als Sonderausgaben zu. Mit ihrer Unterschrift auf der Anlage U bestätigte sie ihre Kenntnis darüber, die Zustimmung gelte auch für alle folgenden Kalenderjahre, sofern diese nicht vor Beginn eines Kalenderjahres widerrufen werde. Das Finanzamt besteuerte die der Klägerin zugeflossenen Unterhaltsleistungen 2011 und 2012 als sonstige Einkünfte. Deren geschiedener Ehemann verpflichtete sich in einem vor dem Amtsgericht – Famili-

engericht – im März 2015 geschlossenen Vergleich, die auf die Unterhaltsleistungen entfallende Steuer zu bezahlen.

Hierzu kam es nicht. Über das Vermögen des Ehemanns wurde das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Klägerin stellte dann beim Finanzamt einen Antrag auf Erlass der Steuer. Sie habe dem Ehemann vertraut, die für 2010 erteilte Zustimmung gelte nur für ein Jahr und er werde die Steuer erstatten. Zivilrechtlich habe sie ihre Zustimmung davon abhängig gemacht, dass steuerliche Nachteile ersetzt werden. Geschehe dies nicht, liege eine sachliche Unbilligkeit vor. Persönliche Billigkeitsgründe lägen auch vor: Ihr Arbeitseinkommen sei gering. Sie unterhalte ein minderjähriges Kind und erhalte keinen Unterhalt mehr. Das Finanzamt lehnte einen Erlass ab.

Das FG entschied, die Versteuerung der Unterhaltsleistungen sei nicht sachlich unbillig. Diese beruhe auf der Zustimmung der Klägerin. Diese habe einen zivilrechtlichen Anspruch auf Ausgleich der durch eine Besteuerung bedingten Nachteile und trage das Risiko einer Erstattung. Diese Risikoverlagerung sei dem Gesetzgeber unter Berücksichtigung der Gesetzesbegründung bewusst gewesen. Die Besteuerung sei trotz eines nicht durchsetzbaren Ausgleichsanspruchs nicht unbillig, da die Unterhaltsleistungen die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Klägerin erhöht hätten. Dem stehe nicht entgegen, dass diese aus zivilrechtlichen Gründen zugestimmt habe. Sie habe die Wertentscheidungen des Zivil- und Insolvenzrechts hinzunehmen. Diese rechtfertigten keinen Billigkeitserlass zum Nachteil der Allgemeinheit.

Im Übrigen wäre die Klägerin gegebenenfalls nicht mit ihrer Forderung ausgefallen, wenn sie zeitnah eine Erstattung verlangt hätte. Vertrauen enttäuscht habe ihr Ehemann und nicht der Fiskus. Ein Erlass aus persönlichen Gründen scheide aus, da dieser nicht der Klägerin zugutekäme. Die wirtschaftliche Notlage sei vor allem durch Ansprüche Dritter verursacht.

Finanzgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 26.04.2017, 4 K 202/16

# Unternehmer

## Buchhalter darf keine Umsatzsteuervoranmeldungen erstellen

Ein Buchhalter ist nicht dazu berechtigt, Umsatzsteuervoranmeldungen zu erstellen. Dies begründet der BFH unter Hinweis auf § 6 Nr. 4 StBerG. Die darin genannten Personen seien auch dann nicht zur Erstellung von Umsatzsteuervoranmeldungen berechtigt, wenn diese aufgrund des verwendeten Buchführungsprogramms automatisch erfolgt. Die Klägerin, die als Bürokauffrau mit der Qualifizierung zur Diplomkauffrau und als Steuerfachgehilfin ausgebildet ist, betreibt ein selbstständiges Buchführungsbüro, in dem sie Leistungen nach § 6 Nr. 3 und 4 StBerG erbringt. Ihre Tätigkeit umfasst auch die laufende Finanzbuchhaltung mit digitaler Archivierung und die laufende Lohnbuchhaltung. Zur Bearbeitung setzt sie das Buchführungsprogramm D ein. Für ihren Auftraggeber A verbuchte sie alle Belege im Zusammenhang mit dessen gewerblichem Unternehmen. Die von ihr über D erstellten monatlichen Umsatzsteuervoranmeldungen übermittelte sie auf elektronischem Weg an das seinerzeit zuständige Finanzamt. Dieses wies die Klägerin als Bevollmächtigte des A zurück, weil sie durch die Übermittlung der monatlichen Umsatzsteuervoranmeldungen geschäftsmäßig Hilfe in Steuersachen geleistet habe, ohne dazu befugt zu sein. Die hiergegen gerichtete Klage blieb in erster und zweiter Instanz erfolglos.

Nach § 80 Absatz 5 Abgabenordnung seien Bevollmächtigte und Beistände zurückzuweisen, wenn sie geschäftsmäßig Hilfe in Steuersachen leisten, ohne dazu befugt zu sein. Bei der Klägerin fehle die entsprechende Befugnis. Zwar mache § 6 Nr. 4 StBerG eine Ausnahme für das Buchen laufender Geschäftsvorfälle, die laufende Lohnabrechnung und das Fertigen der Lohnsteuer-Anmeldungen, soweit diese Tätigkeiten verantwortlich durch Personen erbracht würden, die nach Bestehen der Abschlussprüfung in einem kaufmännischen Ausbildungsberuf oder nach Erwerb einer gleichwertigen Vorbildung mindestens drei Jahre auf dem Gebiet des Buchhaltungswesens in einem Umfang von mindestens 16 Wochenstunden praktisch tätig gewesen sind. Die Erstellung von Umsatzsteuervoranmeldungen werde aber weder vom Wortlaut noch vom Sinn und Zweck des § 6 Nr. 4 StBerG erfasst, so der BFH.

Hierin liege kein Verstoß gegen Artikel 12 Absatz 1 des Grundgesetzes (GG). Die Umsatzsteuervoranmeldungen könnten den Lohnsteuer-Anmeldungen nicht gleichgestellt werden. Ihre richtige Erstellung erfordere eine umfassende Kenntnis des Umsatzsteuerrechts. Es gebe keine wesentliche Vorschrift des Umsatzsteuergesetzes (UStG), die bei der Erstellung von Umsatzsteuervoranmeldungen nicht grundsätzlich beachtet werden muss. Das schliesse nicht aus, dass es zahlreiche Fälle gibt, in denen sich keine rechtlichen Besonderheiten ergeben und die Umsatzsteuervoranmeldung daher ohne besondere Schwierigkeiten erstellt werden kann. Die Entscheidung der Frage, ob es mit Artikel 12 Absatz 1 GG vereinbar ist, die Erstellung von Umsatzsteuervoranmeldungen den steuerberatenden Berufen vorzubehalten, könne aber nicht von den Schwierigkeiten abhängig gemacht werden, die die jeweils im Einzelfall zu erstellende Anmeldung bietet. Diese Frage könne vom Gesetzgeber nur einheitlich entschieden werden.

Die Erstellung von Umsatzsteuervoranmeldungen werde vom Anwendungsbereich des § 6 Nr. 4 StBerG auch dann nicht erfasst, wenn das verwendete Buchführungsprogramm es ermöglicht, die Voranmeldungen aufgrund der Buchführung automatisch zu erstellen. Das Fertigen einer Umsatzsteuervoranmeldung stelle kein bloßes mechanisches Rechenwerk dar, wenn sie verantwortlich und unter Berücksichtigung der Regelungen des UStG geschieht. Die bloße unkritische Übernahme der Ergebnisse der Buchführung ohne eigene rechtliche Prüfung genüge nicht den Anforderungen, die das Gesetz an eine Umsatzsteuervoranmeldung stellt. Anderenfalls würde die Verantwortung für die Richtigkeit der Voranmeldung auf den Buchführer übertragen werden, der dann auch die Subsumtion der Geschäftsvorfälle unter die einschlägigen Bestimmungen des UStG vorzunehmen hätte. Die Erstellung der Umsatzsteuervoranmeldungen erfordere ein eigenverantwortliches und sachkundiges Tätigwerden, das auch die kritische Prüfung und eine gesetzesgerechte Auswertung der durch den Buchführer gelieferten Zahlen einschließt. Dass der Gesetzgeber diese Tätigkeit den Personen vorbehält, die aufgrund einer sachgerechten Vorbildung zur Hilfeleistung in Steuersachen zugelassen sind, sei daher kein Eingriff in die Berufsfreiheit, der weitergeht, als die sie legitimierenden öffentlichen Interessen erfordern. Ein Buchführungsprogramm könne diese persönliche Tätigkeit bei der Überprüfung der Buchführung nicht ersetzen.

Bundesfinanzhof, Urteil vom 07.06.2017, II R 22/15



### Formwechsel: Kein anteiliger Wegfall des Gewerbesteuerverlustes

Beim Formwechsel der Obergesellschaft bleibe die Unternehmeridentität der Untergesellschaft gewahrt, da der Formwechsel keinen Gesellschafter- und somit auch keinen Unternehmerwechsel bedeute. Der Formwechsel führe nicht zum Erlöschen des ursprünglich bestehenden und zur Entstehung eines neuen Rechtsträgers; vielmehr bestehe vor und nach dem Formwechsel ein und dasselbe Rechtssubjekt. Die formwechselnde Umwandlung werde durch das Prinzip der Identität des Rechtsträgers, der Kontinuität seines Vermögens und der Diskontinuität seiner Verfassung bestimmt.

Mangels ausdrücklicher anderweitiger Regelungen müsse das Steuerrecht den zivilrechtlichen Vorgaben des Umwandlungsrechts folgen. Eine ausdrückliche anderslautende (steuerrechtliche) Regelung sei insbesondere nicht in § 18 Absatz 1 Satz 2 Umwandlungssteuergesetz (UmwStG) zu sehen. § 18 UmwStG regle explizit die steuerrechtlichen Folgen in Bezug auf die Gewerbesteuer unter anderem bei „Formwechsel in eine Personengesellschaft“. Die Vorschrift regle somit die Besteuerung des Umwandlungsvorgangs bei der übertragenden Körperschaft und die Besteuerung des Umwandlungsvorgangs bei der Übernehmerin. Damit betreffe sie nicht die Ebene der Untergesellschaft, sondern nur die der Obergesellschaft. Die Klägerin sei als Untergesellschaft nicht umgewandelt worden. Die Vorschrift enthalte somit keine Regelung für die Behandlung des bei der Untergesellschaft entstandenen Verlustes für Zwecke der Gewerbesteuer. Vielmehr zeige die Regelung des § 18 Absatz 1 Satz 2 UmwStG gerade, dass es einer ausdrücklichen Regelung bedürfte, um die Verlustfortführung im Fall des Formwechsels zu versagen, was wiederum dafür spreche, dass ohne diese Regelung der Verlust auch auf der Ebene der Obergesellschaft hätte fortgeführt werden können. Die Regelung könne als *lex specialis* auch nicht auf den Streitfall analog angewendet werden.

Für den umgekehrten Fall des Formwechsels der Personen-Obergesellschaft in eine Kapitalgesellschaft gehe im Übrigen auch die Verwaltung in R 10a.3 (3) der Gewerbesteuer-Richtlinien von dieser Auffassung aus.

Finanzgericht Schleswig-Holstein, Urteil vom 28.09.2016, 2 K 41/16, rechtskräftig

### Geschäftspartner: Übernahme der Einkommensteuer für Geschenke an Geschäftsfreunde nicht abziehbar

Im Wirtschaftsleben ist es üblich, Geschäftspartner zu kulturellen und sportlichen Veranstaltungen einzuladen. Solche Geschenke, die die Geschäftsbeziehung fördern oder Neukunden anziehen sollen, können beim Empfänger zu einkommensteuerpflichtigen Einnahmen führen. Müsste der Empfänger den Wert der Einladung versteuern, würde der Zweck des Geschenks vereitelt. Deshalb ist es dem Schenkenden gestattet, die auf das Geschenk entfallende Einkommensteuer des Beschenkten zu übernehmen. Macht er von diesem Recht Gebrauch, wird die Steuer bei ihm mit einem Pauschsteuersatz von 30 % erhoben. Durch die Übernahme der Versteuerung kommt es zu einem sog. „Steuer Geschenk“.

Aufwendungen für Geschenke an Geschäftsfreunde sind nicht als Betriebsausgabe abziehbar. Das gilt nur dann nicht, wenn die Kosten pro Empfänger und Wirtschaftsjahr 35 € nicht übersteigen. Das Abzugsverbot soll verhindern, dass unangemessener Repräsentationsaufwand vom Steuerpflichtigen auf die Allgemeinheit abgewälzt wird und dient der Bekämpfung des sog. „Spesenunwesens“.

Im Urteilsfall hatte ein Konzertveranstalter in großem Umfang Freikarten an Geschäftspartner verteilt. Soweit diesen dadurch steuerpflichtige Einnahmen zugeflossen sind, hatte er pauschale Einkommensteuer auf die Freikarten an das Finanzamt abgeführt.

Diese Steuer hat der BFH nun als weiteres Geschenk beurteilt mit der Folge, dass diese das steuerliche Schicksal der Zuwendung – hier der Freikarten – teilt. Zählt die verschenkte Freikarte zum unangemessenen Repräsentationsaufwand, muss das auch für die übernommene Steuer gelten. Ein Betriebsausgabenabzug kommt danach nicht in Betracht, wenn der Wert des Geschenks und die dafür anfallende Pauschalsteuer insgesamt 35 € übersteigen. Damit ist das Abzugsverbot auch dann anzuwenden, wenn diese Betragsgrenze erst aufgrund der Höhe der Pauschalsteuer überschritten wird.

BFH, Pressemitteilung Nr. 36 vom 07.06.2017 zu Urteil vom 30.3.2017, IV R 13/14

# Kapital- anleger

## Einkünfte aus britischem Private Equity Fonds können steuerfrei sein

Einkünfte aus einem britischen Private Equity Fonds können steuerfrei sein. Dies geht aus zwei Urteilen des Finanzgerichts (FG) Münster hervor.

Die im Inland unbeschränkt steuerpflichtigen Kläger waren an einem in London ansässigen Fonds beteiligt, dessen Rechtsform mit einer inländischen Kommanditgesellschaft vergleichbar war. Die Stellung der Kläger entsprach derjenigen von Kommanditisten. Insgesamt tätigte der Fonds zehn Investments in verschiedene Beteiligungen.

Das Finanzamt ging davon aus, dass die inländischen Anleger aus der Beteiligung an dem Fonds steuerpflichtige Einkünfte aus Kapitalvermögen erzielten und stellte diese gesondert und einheitlich fest, wobei es die Höhe mangels Abgabe von Feststellungserklärungen schätzte.

Demgegenüber trugen die Kläger vor, dass ihre Einkünfte als gewerblich zu qualifizieren und deshalb nach dem deutsch-britischen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA-GB) im Inland steuerfrei zu stellen seien. Ein an Großbritannien gerichtetes Auskunftersuchen des Bundeszentralamts für Steuern führte zu dem Ergebnis, dass der Fonds dort (wohl mangels Abgabe von Steuererklärungen) keiner Besteuerung unterworfen wurde.

Die Klagen hatten in vollem Umfang Erfolg. Das FG ging wie die Kläger davon aus, dass der Fonds gewerbliche Einkünfte erzielt habe. Die Abgrenzungskriterien, nach denen ein ausländischer Private Equity Fonds als vermögensverwaltend oder gewerblich zu qualifizieren ist, seien im Kern dieselben wie bei vergleichbaren Inlandsgesellschaften. Nach dem Gesamtbild der Verhältnisse sei der Fonds als gewerblich anzusehen. Nach seiner Grundkonzeption habe er notleidende Unternehmen erworben und diese marktgängig gemacht, sodass nicht die Fruchtziehung, sondern der Substanzumschlag im Vordergrund gestanden habe. Hierfür spreche zusätzlich, dass der Fonds die aus den Verkäufen erzielten Überschüsse nicht reinvestiert, sondern ausgeschüttet und er tatsächlich Einfluss auf das Management der Portfolio-Gesellschaften genommen habe. Dass er sich für die Geschäftsleitung einer Managementgesellschaft bedient habe, stehe dem nicht entgegen, weil die jeweils verantwortlichen Personen identisch waren. Als Personengesellschaft habe der Fonds seinen Gesellschaftern jeweils eine

Betriebsstätte in Großbritannien vermittelt, sodass Deutschland nach dem DBA-GB kein Besteuerungsrecht für die Einkünfte habe.

Die nach dem DBA steuerfreien Einkünfte seien auch nicht nach § 50d Absatz 9 Satz 1 Nr. 1 Einkommensteuergesetz der inländischen Besteuerung zu unterwerfen. Die Tatsache, dass der Fonds in Großbritannien keine Steuern bezahlt habe, beruhe nicht auf einer anderen Auslegung des DBA-GB, sondern auf rein innerstaatlichen Maßnahmen. Soweit Großbritannien den Fonds als vermögensverwaltend eingeordnet haben sollte, sehe bereits das britische Recht hierfür keine Besteuerung vor. Soweit in Großbritannien von einer Gewerblichkeit ausgegangen sein sollte, sei die Besteuerung unterblieben, weil der Fonds dort keine Steuererklärungen abgegeben habe.

Finanzgericht Münster, Urteile vom 28.04.2017, 10 K 106/13 F und 10 K 3435/13 F

## Online-Banking: Preisklausel der Bank darf nicht für jede smsTAN Entgelt vorsehen

Die vorformulierte Klausel „Jede smsTAN kostet 0,10 Euro (unabhängig vom Kontomodell)“ ist in Bezug auf Verträge über Zahlungsdienste zwischen einem Kreditinstitut und Verbrauchern unwirksam. Dies hat der Bundesgerichtshof (BGH) entschieden.

Der Kläger, ein Verbraucherschutzverband, wendet sich gegen eine von der beklagten Sparkasse verwendete Preisklausel für smsTAN. Er behauptet, die Beklagte verwende in ihrem Preisverzeichnis eine Klausel folgenden Wortlauts: „Jede smsTAN kostet 0,10 Euro (unabhängig vom Kontomodell)“. Er meint, diese Klausel verstoße gegen § 307 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), und nimmt die Beklagte auf Unterlassung der Verwendung gegenüber Privatkunden in Anspruch. Die Beklagte stellt nicht in Abrede, eine Preisklausel für smsTAN zu verwenden, bestreitet aber, dass diese den vom Kläger behaupteten Wortlaut hat.

Die Klage ist in beiden Vorinstanzen erfolglos geblieben. Das Oberlandesgericht (OLG) hat eine Preisklausel mit dem vom Kläger behaupteten Wortlaut als nicht der AGB-Kontrolle unterliegende so genannte Preishauptabrede eingeordnet und deshalb Feststellungen dazu, ob die Beklagte die beanstandete Klausel mit dem behaupteten Wortlaut in ihrem Preisverzeichnis tatsächlich verwendet, für entbehrlich erachtet. Der BGH hat aufgrund der Revision des Klägers das Urteil des OLG auf-



gehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das OLG zurückverwiesen.

Der BGH hat die Unterlassungsklage für zulässig erachtet. Bei Klagen nach § 1 Unterlassungsklagengesetz müsse der Klageantrag die beanstandeten Bestimmungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Wortlaut enthalten, anderenfalls sei die Klage unzulässig. Ist streitig, ob eine vom Kläger beanstandete Klausel in dieser Fassung vom Beklagten tatsächlich verwendet wird, reiche es für die Zulässigkeit der Klage aus, wenn unter Angabe des zugrundeliegenden Lebenssachverhalts die Verwendung der bestimmten Klausel behauptet und deren konkreter Wortlaut im Klageantrag wörtlich wiedergegeben wird; ob die beanstandete Klausel in dieser Fassung tatsächlich Verwendung findet, ist laut BGH demgegenüber eine Frage der Begründetheit der Klage. Den hiernach bestehenden Zulässigkeitsvoraussetzungen genüge das Klagevorbringen.

Entgegen der Auffassung des OLG unterliege die beanstandete Klausel – deren Verwendung mit dem vom Kläger behaupteten Wortlaut durch die Beklagte mangels entgegen stehender Feststellungen im Revisionsverfahren zu unterstellen war – gemäß § 307 Absatz 3 BGB der Inhaltskontrolle nach § 307 Absatz 1 und Absatz 2 BGB, weil sie eine von Rechtsvorschriften abweichende Regelung enthält.

Die Klausel sei aufgrund ihres einschränkungslosen Wortlauts („Jede smsTAN...“) so auszulegen, dass sie ein Entgelt in Höhe von 0,10 Euro für jede TAN vorsieht, die per SMS an den Kunden versendet wird, ohne dass es darauf ankommt, ob diese im Zusammenhang mit der Erteilung eines Zahlungsauftrages eingesetzt wird. Die Beklagte beanspruche danach etwa für jede TAN ein Entgelt, die zwar per SMS an den Kunden übersendet, von ihm aber zum Beispiel aufgrund eines begründeten „Phishing“-Verdachts oder wegen der Überschreitung ihrer zeitlichen Geltungsdauer nicht verwendet wird. Ferner falle nach der Klausel ein Entgelt auch dann an, wenn die TAN zwar zur Erteilung eines Zahlungsauftrags eingesetzt werden soll, dieser aber der Beklagten wegen einer technischen Fehlfunktion gar nicht zugeht.

Mit dieser ausnahmslosen Bepreisung von „smsTAN“ weiche die Klausel von § 675f Absatz 4 Satz 1 BGB ab, so der BGH. Danach könne ein Zahlungsdienstleister zwar für die Erbringung eines Zahlungsdienstes das vereinbarte Zahlungsentgelt verlangen. Zu den Zahlungsdiensten, für die ein Entgelt erhoben werden kann, gehöre auch die Ausgabe von Zahlungsauthentifizierungsmitteln, wie es das Online-Banking mittels PIN und TAN darstellt. In diesem Rahmen könne die Ausgabe einer per SMS übersendeten TAN aber nur dann als Bestandteil der Hauptleistung mit einem Entgelt nach § 675f Absatz 4 Satz 1 BGB bepreist werden, wenn sie auch tatsächlich der Erteilung eines Zahlungsauftrages dient und damit als Teil des Zahlungsauthentifizierungsinstrumentes „Online-Banking mittels PIN und TAN“ fungiert, weil von der Beklagten nur in diesem Fall ein entgeltspflichtiger Zahlungsdienst erbracht werde.

Der danach eröffneten Inhaltskontrolle halte die Klausel nicht stand. Sie weiche entgegen dem Gebot des § 675e Absatz 1 BGB zum Nachteil des Zahlungsdienstnutzers von den Vorgaben des § 675f Absatz 4 Satz 1 BGB ab. Das OLG müsse nunmehr die bislang unterbliebenen Feststellungen dazu nachholen, ob die Beklagte die vom Kläger beanstandete Klausel „Jede smsTAN kostet 0,10 Euro (unabhängig vom Kontomodell)“ tatsächlich verwendet.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 25.07.2017, XI ZR 260/15

# Immobilien- besitzer

## Baulast kann Grundstücksnutzung durch Nachbarn rechtfertigen

Ein Grundstückseigentümer kann sich mit einer Baulast gegenüber der Baubehörde verpflichten, das Grundstück als Zuwegung für Nachbargrundstücke zur Verfügung zu stellen. Die Baulast begründet eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung gegenüber der Bauaufsichtsbehörde, sie beinhaltet kein zivilrechtliches Nutzungsrecht des Eigentümers des begünstigten Grundstücks. Dieser kann allerdings einem zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch des Eigentümers des Wegegrundstücks den Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens entgegenhalten, wie das Oberlandesgericht (OLG) Hamm entschieden hat.

Die Parteien sind Eigentümer benachbarter Wohnungseigentumsanlagen. Im hinteren Teil des Grundstücks der Beklagten sind Stellplätze angelegt, die über einen Weg angefahren werden, der im Eigentum der Kläger steht. Voreigentümer der Kläger hatten gegenüber der Stadt eine Baulast begründet, nach welcher sie das Wegegrundstück als Zufahrt für das Nachbargrundstück zur Verfügung zu stellen hatten. Ein zwischen den Parteien des Rechtsstreits zivilrechtlich begründetes Wegerecht existiert nicht. Nachdem es zu Streitigkeiten zwischen den Klägern und einem der Beklagten mit tätlichen Auseinandersetzungen gekommen war, untersagten die Kläger allen Beklagten die Nutzung der Wegeparzelle. Im Wege der zivilrechtlichen Klage haben sie sodann von allen Beklagten verlangt, es zu unterlassen, das Wegegrundstück zum Gehen oder Fahren zu nutzen.

Die Klage ist im Wesentlichen erfolglos geblieben. Das OLG Hamm hat lediglich dem Beklagten, mit dem es die tätlichen Auseinandersetzungen gab, zur Unterlassung der infrage stehenden Grundstücksnutzung verurteilt. Nach der Entscheidung des OLG sind die übrigen Beklagten berechtigt, das Wegegrundstück weiterhin zu benutzen, um zu den Stellplätzen ihrer Wohnungseigentumsanlage zu gelangen. Die Kläger seien verpflichtet, das Gehen und Fahren der übrigen Beklagten über ihr Wegegrundstück zu dulden. Zwar begründe die von den Rechtsvorgängern der Kläger übernommene Baulast eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung gegenüber der Bauaufsichtsbehörde der Stadt. Sie beinhalte grundsätzlich kein zivilrechtliches Nutzungsrecht des Eigentümers des begünstigten Grundstücks. Dieser könne allerdings einem zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch des Eigentümers des Wege-

grundstücks den Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens entgegenhalten. Wenn sich jemand gegenüber der Baubehörde verpflichte, seinem Nachbarn ein Nutzungsrecht zu gewähren, liege es nahe, dass er auch zivilrechtlich keine Handlungen vornehmen dürfe, die den Nachbarn an der Ausübung gerade dieses Rechts hindere. Dies gelte jedenfalls, solange es keine Anhaltspunkte dafür gebe, dass die Baubehörde die Baulast nicht durchsetzen oder auf sie verzichten werde.

Die Baulast habe im vorliegenden Fall sicherstellen sollen, dass die Beklagten die rückwärtigen Stellplätze ihrer Wohnungseigentumsanlage erreichen und so die bauordnungsrechtlich erforderliche Anzahl von Stellplätzen vorhalten könnten. Es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass die Baubehörde diese Baulast nicht durchsetzen oder auf sie verzichten wolle. Bei dieser Sachlage verletzen die Kläger mit ihrem Unterlassungsbegehren nicht nur ihre Verpflichtung aus der Baulast gegenüber der Behörde, sondern hinderten zugleich die Beklagten an der Ausübung ihrer der Baulast entsprechenden Wegerechte. Das sei in Bezug auf die Beklagten, die mit den Klägern keine Auseinandersetzung geführt hätten, treuwidrig.

Auf dieses treuwidrige Verhalten der Kläger könne sich allerdings der Beklagte, mit dem sich die Kläger tätlich auseinandergesetzt hätten, aufgrund seines eigenen treuwidrigen Verhaltens nicht berufen. Ihm gegenüber sei daher das Unterlassungsbegehren der Kläger begründet. OLG Hamm, Urteil vom 06.07.2017, 5 U 152/16, rechtskräftig

## Betrugsschaden kann als Werbungskosten aus Vermietung und Verpachtung absetzbar sein

Wer einem betrügerischen Grundstücksmakler Bargeld in der Annahme übergibt, der Makler werde damit den Kaufpreis für ein bebautes Grundstück bezahlen, kann den Verlust bei den Werbungskosten aus Vermietung und Verpachtung abziehen. Dies setzt nach dem Urteil des BFH allerdings voraus, dass er bei Hingabe des Geldes zum Erwerb und zur Vermietung des Grundstücks entschlossen war.

Steuerrechtlich sind die anteilig auf ein zur Fremdvermietung bestimmtes Gebäude entfallenden Anschaffungs- oder Herstellungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung als Werbungskosten abziehbar. Sie können im Regelfall aber nicht sofort, sondern nur zeitanteilig in Form der Absetzungen für Abnutzung geltend gemacht wer-



den. Anders ist dies, wenn die Gegenleistung nicht erbracht wird, wenn es also entweder nicht zur Herstellung des Gebäudes oder nicht zur Anschaffung kommt. In diesem Fall sind die vergeblich aufgewandten Beträge sofort in voller Höhe als vorab entstandene Werbungskosten abziehbar. Das gilt nicht nur, wenn für die Hingabe des Geldes (wie üblich) eine vertragliche Verpflichtung bestand, sondern auch, wenn es hieran fehlt.

Im Streitfall beabsichtigte der Kläger den Erwerb eines Villengrundstücks. Die Villa wollte er teilweise vermieten. Eigentümer war eine Stiftung nach liechtensteinischem Recht. Der Kläger vertraute dem Makler den Kaufpreis in bar an, nachdem dieser ihm versichert hatte, das Geschäft bei Barzahlung in der Schweiz zum Abschluss zu bringen. Tatsächlich verwendete der Makler das Geld jedoch für sich.

Finanzamt und Finanzgericht (FG) erkannten die geltend gemachten Werbungskosten des Klägers nicht an. Die von ihm an den Makler ohne rechtliche Grundlage geleisteten Zahlungen führten nicht zu Werbungskosten.

Der BFH hat das Urteil des FG aufgehoben und dem Kläger im Grundsatz Recht gegeben. Die einzige Voraussetzung für die Anerkennung vorab entstandener (vergeblicher) Aufwendungen sei die Erwerbs- und Vermietungsabsicht. Daran hätten keine Zweifel bestanden. Denn der Kläger habe das Grundstück später erworben und tatsächlich vermietet. Der BFH hat die Sache gleichwohl an das FG zurückverwiesen. Dieses müsse noch prüfen, in welchem Zeitpunkt der Kläger davon ausgehen musste und durfte, dass er sein Geld vom Makler nicht mehr zurückbekommen würde. Hierauf komme es für die Abziehbarkeit als Werbungskosten entscheidend an, betont der BFH.

Bundesfinanzhof, Urteil vom 09.05.2017, IX R 24/16

### Steuerfreie Grundstücksentnahme nur bei einem Baudenkmal möglich

Die steuerfreie Grundstücksentnahme nach § 13 Absatz 4 Satz 6 Nr. 2 Einkommensteuergesetz (EStG) ist nur bei einem Baudenkmal möglich. Dies hat das Finanzgericht (FG) Schleswig-Holstein entschieden. Nach Auffassung des FG sprechen – trotz ihres offenen Wortlauts – der systematische Zusammenhang sowie die Entstehungsgeschichte der Norm für dieses Ergebnis.

Das FG folgt damit der rechtskräftigen Entscheidung des FG Baden-Württemberg vom 15.05.2012 (8 K 1936/09). In der Literatur ist die Frage umstritten.

Die vom FG Schleswig-Holstein zugelassene Revision ist beim Bundesfinanzhof unter dem Aktenzeichen VI R 22/17 anhängig.

Finanzgericht Schleswig-Holstein, Urteil vom 05.04.2017, 2 K 26/17, nicht rechtskräftig

### Eigentumswohnung: Wer Luxus haben will, muss Luxus bezahlen

Ist eine Wohnanlage mit einem Schwimmbad und einer Sauna ausgestattet und sind diese Einrichtungen „seit zehn Jahren sanierungsbedürftig“, so müssen die Eigentümer für eine Instandsetzung sorgen. Wird auf einer Eigentümerversammlung beschlossen, statt der Sanierung, die laut Kostenvoranschlag eines Gutachters knapp 750.000 Euro kosten soll, lediglich eine „Konservierung“ des Freizeitbereichs durchzuführen, wofür aus der Instandhaltungsrücklage „ein Budget von 10.000 Euro bereitgestellt wird“, so kann dieser Beschluss wirksam angefochten werden.

Zwei Eigentümer der Anlage konnten sich vor dem Amtsgericht München mit dem Ziel durchsetzen, dass die Sanierung angegangen wird. Schließlich stünde die Ausstattung im Gemeinschaftseigentum und allen Eigentümern zur Verfügung. Jeder habe einen Anspruch auf Nutzung des Schwimmbades und der Sauna und jeder Käufer einer Wohnung wusste, dass es in der Anlage ein Schwimmbad gibt. Das habe die Kaufentscheidung maßgeblich beeinflusst, wobei jeder – im Gegenzug – auch wissen musste, dass damit finanzieller Aufwand nötig wird. Eine (unbefristete) „Konservierung“ der Schwimmhalle und der Sauna kämen im Ergebnis einer „Stilllegung“ gleich.

AmG München, 485 C 12234/16 WEG

# Angestellte

## Überbrückungsleistungen des Arbeitgebers bis zum Renteneintritt beitragsfrei

Für ein „betriebliches Ruhegeld“ aus einer Direktzusage des früheren Arbeitgebers sind keine Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung zu zahlen, solange die Zahlung Überbrückungsfunktion hat. Mit Renteneintritt, spätestens aber mit Erreichen der Regelaltersgrenze unterliegen solche Leistungen als Versorgungsbezüge der Beitragspflicht. Dies hat das Bundessozialgericht (BSG) entschieden.

Geklagt hatte ein Arbeitnehmer, dem bei Beendigung seines Arbeitsverhältnisses ab „Erreichen des 55. Lebensjahres die Betriebsrente von 1327,55 DM monatlich“ zugesagt und ab Dezember 1998 laufend ausgezahlt worden war. Wenig später nahm der Kläger eine andere versicherungspflichtige Beschäftigung auf. Seit Beginn seiner Altersrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung zahlt er auch auf die Betriebsrente Krankenversicherungsbeiträge. Seine Krankenkasse verlangte von ihm hierfür jedoch auch für die Zeit vor Rentenbeginn die Nachzahlung von Beiträgen. Widerspruch, Klage und Berufung des Klägers blieben ohne Erfolg.

Das BSG hat seiner Revision stattgegeben und entgegen der Ansicht der Vorinstanzen entschieden, dass es sich bei der Betriebsrente aus der Direktzusage bis zum Beginn der Altersrente nicht um einen Versorgungsbezug handelt, der in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) beitragspflichtig ist.

Damit hat das BSG seine Rechtsprechung aus dem Jahr 2015 fortentwickelt, wonach Leistungen, die ein Arbeitgeber an einen Arbeitnehmer nach dessen Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis zur Überbrückung der Zeit bis zum Renteneintritt zahlt, keine beitragspflichtigen Versorgungsbezüge sind, wenn für den Leistungsbeginn auf ein Lebensalter abgestellt wird, das nach der Verkehrsanschauung typischerweise nicht schon als Beginn des Ruhestands gelten kann, und diese Zuwendung bis zum Eintritt in den gesetzlichen Ruhestand befristet ist.

Nunmehr hat das BSG entschieden, dass auch auf unbefristete Leistungen keine Krankenversicherungsbeiträge zu zahlen sind, solange der Überbrückungszweck der Leistung im Vordergrund steht. Dies kann nach Ansicht des BSG jedoch nur bis zum Renteneintritt, längstens aber bis zum Erreichen der Regelaltersgrenze der Fall sein. Die Versicherungs- und Beitragspflicht in der GKV greife in die grundgesetzlich

geschützte allgemeine Handlungsfreiheit ein. Dieser Eingriff sei dem Gebot grundrechtsschonender Auslegung entsprechend möglichst gering zu halten und das Gesetz folglich dahin auszulegen, dass auch unbefristete, über den Renteneintritt hinaus gezahlte Arbeitgeberleistungen solange keine Versorgungsbezüge und daher beitragsfrei sind, als sie vorrangig einem Überbrückungs- und keinem Versorgungszweck dienen. Mit dem Beginn des tatsächlichen Rentenbezugs sowie der gesetzlich festgelegten Regelaltersgrenze lägen, so das BSG, zudem einfach festzustellende Merkmale vor, an welche die Krankenkassen im Rahmen der Massenverwaltung für das Ende der Beitragsfreiheit solcher Leistungen anknüpfen können.

Bundessozialgericht, Entscheidung vom 20.07.2017, B 12 KR 12/15 R

## Arbeitnehmer-Mitbestimmung: Deutsches Gesetz mit EU-Recht vereinbar

Das deutsche Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer ist mit dem Unionsrecht vereinbar. Der Ausschluss der außerhalb Deutschlands beschäftigten Arbeitnehmer eines Konzerns vom aktiven und passiven Wahlrecht bei den Wahlen der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der deutschen Muttergesellschaft verstoße nicht gegen die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, hat der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) entschieden.

Die TUI AG, eine deutsche Aktiengesellschaft, steht an der Spitze des weltweit tätigen Touristikkonzerns TUI. Der Konzern beschäftigt in Deutschland über 10.000 Personen und in den übrigen Mitgliedstaaten der Union fast 40.000 Personen. Konrad Erzberger, ein Anteilseigner der TUI AG, wendet sich vor den deutschen Gerichten gegen die Zusammensetzung des Aufsichtsrats dieser Gesellschaft, der mit der Überwachung des das Unternehmen leitenden Vorstands betraut ist. Nach dem deutschen Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer werden die Mitglieder des Aufsichtsrats der TUI AG jeweils zur Hälfte von den Anteilseignern und den Arbeitnehmern bestimmt.

Erzberger macht geltend, das deutsche Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer verletze das Unionsrecht, da es vorsehe, dass nur die in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer der Konzerns die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat wählen könnten und in den Aufsichtsrat wählbar seien. Dass die bei einer Tochtergesellschaft der



TUI-Gruppe in einem anderen Mitgliedstaat beschäftigten Arbeitnehmer – bei denen es sich in der Regel nicht um deutsche Staatsangehörige handeln werde – an der Zusammensetzung des Aufsichtsrats der TUI AG nicht mitwirken dürften, verstoße daher gegen das allgemeine Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Darüber hinaus sei der Verlust der Mitgliedschaft im Aufsichtsrat bei einer Versetzung in einen anderen Mitgliedstaat geeignet, die Arbeitnehmer davon abzuhalten, von der Arbeitnehmerfreizügigkeit Gebrauch zu machen.

Das Kammergericht hat beschlossen, den EuGH zur Vereinbarkeit des deutschen Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer mit dem Unionsrecht zu befragen.

Der EuGH unterscheidet zwei Fallgestaltungen. Zu den bei einer Tochtergesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat als Deutschland beschäftigten Arbeitnehmern der TUI-Gruppe stellt er fest, dass ihre Situation nicht anhand des allgemeinen Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu prüfen ist, sondern anhand der Freizügigkeit der Arbeitnehmer, die ein besonderes Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit für den Bereich der Arbeitsbedingungen darstellt. Der EuGH stellt sodann fest, dass die Situation der fraglichen Arbeitnehmer nicht unter die Freizügigkeit der Arbeitnehmer fällt. Die betreffenden Bestimmungen seien nämlich nicht auf Arbeitnehmer anwendbar, die nie von ihrer Freizügigkeit innerhalb der EU Gebrauch gemacht haben oder Gebrauch machen wollen. Dass die Tochtergesellschaft, bei der die betreffenden Arbeitnehmer tätig sind, von einer Muttergesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat (im vorliegenden Fall Deutschland) kontrolliert wird, sei insoweit ohne Bedeutung.

Zu den in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmern der TUI-Gruppe, die ihre Stelle aufgeben, um eine Stelle bei einer in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Tochtergesellschaft dieses Konzerns anzutreten, stellt der EuGH fest, dass ihre Situation grundsätzlich unter die Freizügigkeit der Arbeitnehmer fällt. Ihre Situation sei daher nicht anhand des allgemeinen Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu prüfen. Der Verlust des aktiven und des passiven Wahlrechts für die Wahlen der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der deutschen Muttergesellschaft sowie gegebenenfalls der Verlust

des Rechts auf Ausübung oder weitere Ausübung eines Aufsichtsratsmandats stellten jedoch keine Behinderung der Freizügigkeit dar.

Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer garantiere einem Arbeitnehmer nämlich nicht, dass ein Umzug in einen anderen Mitgliedstaat als seinen Herkunftsmitgliedstaat in sozialer Hinsicht neutral sein wird. Ein solcher Umzug könne aufgrund der Unterschiede, die zwischen den Systemen und den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bestehen, für den betreffenden Arbeitnehmer je nach Einzelfall Vor- oder Nachteile in diesem Bereich haben. Daher verschaffe die Arbeitnehmerfreizügigkeit dem Arbeitnehmer nicht das Recht, sich im Aufnahmemitgliedstaat auf die Arbeitsbedingungen zu berufen, die ihm im Herkunftsmitgliedstaat nach dessen nationalen Rechtsvorschriften zuständen.

Das Unionsrecht hindere einen Mitgliedstaat nicht daran, im Bereich der kollektiven Vertretung und Verteidigung der Arbeitnehmerinteressen in den Leitungs- und Aufsichtsorganen einer Gesellschaft nationalen Rechts – der bislang nicht Gegenstand einer Harmonisierung oder auch nur einer Koordinierung auf Unionsebene war – vorzusehen, dass die von ihm erlassenen Vorschriften nur auf die Arbeitnehmer inländischer Betriebe Anwendung finden.

Im vorliegenden Fall gehöre die durch das deutsche Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer eingeführte Mitbestimmungsregelung, die darauf abzielt, die Arbeitnehmer durch gewählte Vertreter in die Entscheidungs- und strategischen Organe der Gesellschaft einzubeziehen, sowohl zum deutschen Gesellschaftsrecht als auch zum deutschen kollektiven Arbeitsrecht, deren Anwendungsbereich Deutschland auf die bei inländischen Betrieben tätigen Arbeitnehmer beschränken könne, sofern eine solche Beschränkung auf einem objektiven und nicht diskriminierenden Kriterium beruhe.

Was insbesondere den Verlust der Mitgliedschaft im Aufsichtsrat nach einer Versetzung in einen anderen Mitgliedstaat betrifft, stellt der EuGH fest, dass dies nur die Folge der legitimen Entscheidung Deutschlands ist, die Anwendung seiner nationalen Vorschriften im Bereich der Mitbestimmung auf die bei einem inländischen Betrieb tätigen Arbeitnehmer zu beschränken.

Gerichtshof der Europäischen Union, Urteil vom 18.07.2017, C-566/15

# Familie und Kinder

## Auslandsaufenthalt der Familie wegen Entsendung des Vaters kann Anspruch auf Kindergeld ausschließen

Wer sich zwei Jahre aufgrund einer Entsendung durch seinen Arbeitgeber mit seiner Familie im Ausland aufhält, hat in dieser Zeit keinen Anspruch auf Kindergeld, wenn zwar das Eigenheim der Familie in Deutschland wohnbereit vorgehalten wird, die Familie aber tatsächlich während des Auslandsaufenthalts kein einziges Mal nach Deutschland zurückgekehrt ist. Dies hat der Bundesfinanzhof (BFH) entschieden.

Der mit seiner Familie in einem eigenen Haus in Deutschland wohnende Kläger wurde auf der Grundlage eines Entsendevertrages von seinem Arbeitgeber ins Ausland versetzt. Der Kläger informierte die Familienkasse über die Entsendung und gab an, seine bisherige Wohnung gleichwohl zu behalten. Während des zweijährigen Auslandsaufenthalts befand sich das Familienwohnhaus in Deutschland weitgehend im Zustand wie vor der Abreise des Klägers und seiner Familie, die während des Auslandsaufenthalts aber nie nach Deutschland zurückgekehrt sind. Aufgrund fehlender Angaben oder Nachweise des Klägers zu Inlandsaufenthalten hob die Familienkasse die Kindergeldfestsetzung für die Zeit der Auslandsabwesenheit der Familie auf. Die hiergegen gerichtete Klage hatte keinen Erfolg.

Für Kinder im Sinne des § 63 EStG habe gemäß § 62 Abs Nr. 1 EStG derjenige einen Anspruch auf Kindergeld, der im Inland einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder ohne Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland unbeschränkt einkommensteuerpflichtig ist oder als unbeschränkt einkommensteuerpflichtig behandelt wird. Diese Voraussetzungen erfülle der Kläger nicht, so der BFH. Der Kläger habe während des Auslandsaufenthalts keinen Wohnsitz im Inland gehabt. Hierfür genüge es nicht, wenn die objektiven Wohnverhältnisse die Möglichkeit eines längeren Wohnens bieten. Dem Steuerpflichtigen müsse die Wohnung grundsätzlich dadurch als Bleibe dienen, dass er sie ständig oder doch mit einer gewissen Regelmäßigkeit und Gewohnheit, wenn auch in größeren Zeitabständen, tatsächlich benutze.

Hier sprächen die objektiven Wohnverhältnisse für einen beibehaltenen inländischen Wohnsitz. Daneben sei aber auch die tatsächliche Nutzung in Form von Wohnaufenthalten zu berücksichtigen. Hier sei

entscheidend ins Gewicht gefallen, dass der Kläger und seine Tochter sich während des zweijährigen Auslandsaufenthalts überhaupt nicht in der inländischen Wohnung aufgehalten haben und entsprechende Inlandsaufenthalte auch von vornherein nicht geplant waren. Dies schließe die Annahme eines inländischen Wohnsitzes ebenso aus wie die Annahme eines gewöhnlichen Aufenthalts des Klägers im Inland. Dieser sei auch weder unbeschränkt einkommensteuerpflichtig noch werde er als unbeschränkt einkommensteuerpflichtig behandelt.

Bundesfinanzhof, Urteil vom 17.01.2017, 8 K 50/16

## Stiefkindadoption muss erhebliche Vorteile für das Kind mit sich bringen

Eine so genannte Stiefkindadoption, bei der die rechtlichen Bande eines Elternteils zum Kind gekappt werden, ist nur ausnahmsweise zulässig, nämlich wenn sie mit erheblichen Vorteilen für das Kind einhergeht. Solche erheblichen Vorteile sind im Erreichen von Entscheidungs- und Informationsrechten des Stiefelternteils (zum Beispiel bei Klinikaufenthalten oder Arztbesuchen des Kindes) nicht zu sehen, wie das Oberlandesgericht (OLG) Oldenburg entschieden hat.

Wenn ein Ehepartner ein Kind aus einer früheren Beziehung mit in die Ehe bringt, stellt sich zuweilen die Frage, ob der neue Ehepartner das Kind adoptieren kann, sodass es dann rechtlich gesehen ein gemeinsames Kind der neuen Ehegatten ist. Anders als bei der normalen Adoption bleiben die rechtlichen Bindungen des Kindes zu dem neu verheirateten Elternteil bestehen. Zu dem anderen Elternteil werden dagegen alle Abstammungsbande durchschnitten. Wenn der leibliche Elternteil keine Zustimmung erteilt, könne es nur in Ausnahmefällen zur Adoption kommen, so das OLG. Bei Eltern, die nicht miteinander verheiratet waren und bei denen nur einer das Sorgerecht für das Kind hat, könne das Gericht die Zustimmung des anderen Elternteils zur Adoption ersetzen, wenn sonst unverhältnismäßige Nachteile für das Kind zur erwarten wären. Der Bundesgerichtshof habe an eine solche „Stiefkindadoption“ hohe Anforderungen gestellt.

In dem vom OLG Oldenburg zu entscheidenden Fall hatte die Mutter argumentiert, ihr neuer Ehemann müsse auch rechtlich Vater ihrer Kinder werden, damit er zum Beispiel bei Krankenhausaufenthalten oder Arztbesuchen der Kinder Entscheidungs- und Informationsrechte



habe. Das Amtsgericht Vechta hatte den Antrag der Frau zurückgewiesen. Das OLG hat diese Entscheidung bestätigt. Mit der beabsichtigten Adoption seien für die Kinder keine so erheblichen Vorteile verbunden, dass eine Durchtrennung der rechtlichen Bande zu ihrem leiblichen Vater gerechtfertigt wäre. Der sorgeberechtigten Mutter stehe es frei, ihren neuen Ehemann zu bevollmächtigen, für die Kinder bei Arztbesuchen oder Ähnlichem Entscheidungen zu treffen und Informationen zu erhalten. Dies sei ausreichend.

Oberlandesgericht Oldenburg, Beschluss vom 26.03.2017, 4 UF 33/17, rechtskräftig

### **Schutzimpfung des Kindes: Bei Uneinigkeit entscheidet sich an STIKO-Empfehlungen orientierender Elternteil**

Können sich die gemeinsam sorgeberechtigten Eltern eines minderjährigen Kindes nicht über die Schutzimpfung des Kindes einigen, so ist es nicht zu beanstanden, wenn die Entscheidung darüber demjenigen Elternteil zugewiesen wird, der sich an den Empfehlungen der Ständigen Impfkommission am Robert Koch-Institut (STIKO) ausrichtet. Dies hat der Bundesgerichtshof (BGH) entschieden.

Der Antragsteller und die Antragsgegnerin sind die gemeinsam sorgeberechtigten nichtehelichen Eltern ihrer im Juni 2012 geborenen Tochter, die bei der Mutter lebt. Zwischen ihnen besteht Uneinigkeit über die Notwendigkeit von Schutzimpfungen für ihre Tochter. Sie haben wechselseitig die Alleinübertragung der Gesundheitsvorsorge beantragt. Der Vater befürwortet die Durchführung der altersentsprechenden Schutzimpfungen, die durch die STIKO empfohlen werden. Die Mutter meint, das Risiko von Impfschäden wiege schwerer als das allgemeine Infektionsrisiko. Nur wenn ärztlicherseits Impfschäden mit Sicherheit ausgeschlossen werden könnten, könne sie eine anlassunabhängige Impfung ihrer Tochter befürworten.

Das Amtsgericht hat dem Vater das Entscheidungsrecht über die Durchführung von Impfungen übertragen. Auf die Beschwerde der Mutter hat das Oberlandesgericht (OLG) es bei der Übertragung der Entscheidungsbefugnis auf den Vater belassen, diese aber auf Schutzimpfungen gegen Tetanus, Diphtherie, Pertussis, Pneumokokken, Rotaviren, Meningokokken C, Masern, Mumps und Röteln beschränkt.

Die hiergegen eingelegte Rechtsbeschwerde der Mutter ist vor dem BGH ohne Erfolg geblieben. Nach § 1628 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) kann das Familiengericht, wenn sich die Eltern bei gemeinsamer elterlicher Sorge in einer einzelnen Angelegenheit oder in einer bestimmten Art von Angelegenheiten, deren Regelung für das Kind von erheblicher Bedeutung ist, nicht einigen können, auf Antrag eines Elternteils die Entscheidung einem Elternteil übertragen. Die Entscheidungskompetenz ist dem Elternteil zu übertragen, dessen Lösungsvorschlag dem Wohl des Kindes besser gerecht wird.

Die Durchführung von Schutzimpfungen stelle keine alltägliche Angelegenheit dar, welche nach § 1687 Absatz 1 BGB in die Entscheidungsbefugnis des Elternteils falle, bei dem sich das Kind aufhält, sondern eine Angelegenheit von erheblicher Bedeutung für das Kind, stellt der BGH zunächst klar. Bei Impfungen handele es sich bereits nicht um Entscheidungen, die als Alltagsangelegenheiten häufig vorkommen. Die Entscheidung, ob das Kind während der Minderjährigkeit gegen eine bestimmte Infektionskrankheit geimpft werden soll, falle im Gegensatz zu Angelegenheiten des täglichen Lebens regelmäßig nur einmal an. Sowohl das durch eine Impfung vermeidbare und mit möglichen Komplikationen verbundene Infektionsrisiko als auch das Risiko einer Impfschädigung belegten die erhebliche Bedeutung.

Das OLG habe den Vater zurecht als besser geeignet angesehen, um über die Durchführung der aufgezählten Impfungen des Kindes zu entscheiden. Es habe hierfür in zulässiger Weise darauf abgestellt, dass der Vater seine Haltung an den Empfehlungen der STIKO orientiert. Die Impfempfehlungen der STIKO seien vom BGH bereits als medizinischer Standard anerkannt worden. Da keine einschlägigen Einzelfallumstände wie etwa bei dem Kind bestehende besondere Impfrisiken vorliegen, habe das OLG auf die Impfempfehlungen als vorhandene wissenschaftliche Erkenntnisse zurückgreifen können. Die von der Mutter erhobenen Vorbehalte, die aus ihrer Befürchtung einer „unheilvollen Lobbyarbeit von Pharmaindustrie und der Ärzteschaft“ resultieren, habe das OLG dagegen nicht zum Anlass für die Einholung eines gesonderten Sachverständigengutachtens über allgemeine Impfrisiken nehmen müssen.

Bundesgerichtshof, Beschluss vom 03.05.2017, XII ZB 157/16