

Ihre Steuerkanzlei informiert.

Beiderbeck und Kunz  
Landshuter Str. 23/II  
94315 Straubing

# SCHAUFENSTER STEUERN 09/2016

## Termine

Steuern und Sozialversicherung

## Alterseinkünftegesetz

Verfassungsmäßigkeit bekräftigt

## Splittingtarif

Nicht auf nichteheliche Lebensgemeinschaft  
anwendbar



Sehr geehrte Mandanten,

"Gesetze müssen so formuliert sein, dass die davon Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können."

Spreche ich Ihnen damit aus der Seele? Eigentlich sollte es ja eine Selbstverständlichkeit sein, aber in der Praxis ist die Erkenntnis der Rechtslage aus dem Gesetzestext häufig schwierig. Dem FG Köln (Az: 9 K 3177/14) wurde es nun aber wohl zu bunt und es hat sich wortwörtlich wie eingangs geschrieben geäußert. Im Urteilsfall ging es dabei um die Anforderungen an den Inlandsbezug einer Spende.

Weiter führt das Gericht aus: "Die Gerichte müssen in der Lage sein, die Anwendung der betreffenden Rechtsvorschrift durch die Verwaltung zu kontrollieren. Zwar ergibt sich weder aus dem Rechtsstaatsprinzip noch aus den Grundsätzen der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und der Gewaltenteilung ein Verbot, unbestimmte Rechtsbegriffe, also Begriffe, die bei der Gesetzesanwendung noch der Konkretisierung bedürfen, zu verwenden. Der Gesetzgeber ist aber gleichwohl verpflichtet, seine Regelungen so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart des zu ordnenden Lebenssachverhalts und mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist. Mithilfe der üblichen Auslegungsmethoden, insbesondere durch Heranziehung anderer Vorschriften desselben Gesetzes, durch Berücksichtigung des Normzusammenhangs oder aufgrund einer gefestigten Rechtsprechung muss sich eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Vorschrift gewinnen lassen."

Mit anderen Worten: Unverständliche Gesetze gehen gar nicht! In diesem Sinne wünscht Ihnen eine informative Lektüre

Ihre Steuerberater

Werner Beiderbeck und Claus Kunz

Beiderbeck und Kunz

Landshuter Str. 23/II, 94315 Straubing

Telefon: 09421/995551 | Telefax: 09421/995530

[www.bk-stb.de](http://www.bk-stb.de) | [info@bk-stb.de](mailto:info@bk-stb.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
- Alterseinkünftegesetz: Verfassungsmäßigkeit bekräftigt
- Splittingtarif: Nicht auf nichteheliche Lebensgemeinschaft anwendbar
- Altersvorsorgeaufwendungen: Verfassungsbeschwerden gegen die Nichtanerkennung als vorweggenommene Werbungskosten erfolglos

## Unternehmer

- Selbstständige: Steuererklärung auf Papier nicht mehr erlaubt
- Umsatzsteuer: BFH begrenzt Vorsteuerabzug für Unternehmensgründer
- Nutzungsausfallentschädigung für bewegliches Betriebsvermögen ist immer Betriebseinnahme
- Organschaft: Doppelte Gebühren für verbindliche Auskunft rechtmäßig
- Zuschätzung: Auch für zurückliegende Prüfungsjahre können im Zeitpunkt der Außenprüfung festgestellte Umsätze zugrunde gelegt werden

## Kapitalanleger

- Zinssatz-Swap-Verträge: BGH konkretisiert Beratungspflichten der Bank
- Cum/Ex-Aktiengeschäfte: Doppelte Anrechnung von Kapitalertragsteuer ausschließendes Urteil rechtskräftig

## Immobilienbesitzer

- Dauerhafte Nutzung einer Wohnung als Ferienwohnung kann baugenehmigungspflichtig sein

3

- Aus Mietwohnung kommender Gestank: Vermieter kann Besichtigung verlangen
- Bebauungs- und Vermietungsabsicht kann trotz vorsichtigen Finanzierungsverhaltens gegeben sein
- Fernabsatzrecht: Auch online geschlossene Maklerverträge können widerrufen werden
- Auch der Ausbau einer Gemeindestraße kann haushaltsnah sein

## Angestellte

11

- Entsendung ins Ausland: Beruflich veranlasster Mietaufwand unter Aufteilung nach Köpfen und Berücksichtigung festen Sockelbetrags zu ermitteln
- Verbilligte Parkraumüberlassung an Arbeitnehmer ist steuerpflichtige entgeltliche Leistung
- Wege zwischen Wohnung und Arbeitsstätte: Mit Entfernungspauschale sind auch Unfallkosten abgegolten

## Familie und Kinder

13

- Kindergeld auch bei Au-pair-Aufenthalt?
- Betrieb einer Solaranlage kann Elterngeld mindern
- Familienkasse muss Kindergeldempfänger keine unnötigen Anwaltskosten erstatten
- Kita-Streik begründet keinen Anspruch auf Beitragserstattung

## Medien & Telekommunikation

15

- Offenes WLAN und Ende des Routerzwangs
- Terrorbekämpfung: Datenaustausch und Ausweisungspflicht bei Kauf von Prepaid-Karten fürs Handy kommen
- Internet-Werbeblocker "Adblock Plus" teilweise unzulässig
- Internet-Werbeblocker "Adblock Plus" teilweise unzulässig

9

# Alle Steuerzahler

## Termine: Steuern und Sozialversicherung

12.9.

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

Die dreitägige Zahlungsschonfrist endet am 15.9. 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 2016

Die Beiträge sind in voraussichtlicher Höhe der Beitragsschuld spätestens am drittletzten Bankarbeitstag eines Monats fällig. Für September ergibt sich demnach als Fälligkeitstermin der 28.9.2016.

## Alterseinkünftegesetz: Verfassungsmäßigkeit bekräftigt

Der Bundesfinanzhof hält an seiner Rechtsprechung fest, dass die Besteuerung der Altersrenten seit 2005 verfassungsgemäß ist, sofern nicht gegen das Verbot der doppelten Besteuerung verstoßen wird. Er hebt zudem hervor, dass mit dem Vorbringen gegen die Richtigkeit eines Urteils des Bundesverfassungsgerichts keine erneute verfassungsgerichtliche Prüfung eines Gesetzes erreicht werden kann.

Der Kläger und seine 2014 verstorbene Ehefrau bezogen im Streitjahr 2009 Renteneinkünfte aus der gesetzlichen Rentenversicherung. Den steuerfreien Teil der Altersrenten ermittelte das Finanzamt gemäß § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. aa Sätze 3ff. des Einkommensteuergesetzes (EStG).

Im finanzgerichtlichen Verfahren machte der Kläger geltend, die Besteuerung der Sozialversicherungsrenten sei verfassungswidrig. Das Urteil des BVerfG vom 06.03.2002 (2 BvL 17/99) zur Verfassungswid-

rigkeit der früheren Rentenbesteuerung beruhe teilweise auf falschen Daten. Deshalb dürften die Renten auch künftig nur mit dem Ertragsanteil besteuert werden. Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass das BVerfG drei Verfassungsbeschwerden, in denen die Verfassungswidrigkeit des Alterseinkünftegesetzes gerügt worden sei, nicht zur Entscheidung angenommen habe. Zudem hat der Kläger die Verletzung des Verbots der doppelten Besteuerung gerügt. Die steuerliche Entlastung seiner Altersrente sei geringer als die steuerliche Belastung der von ihm und seiner Frau geleisteten Vorsorgeaufwendungen.

Der BFH hat im Streitfall an seiner Rechtsprechung zur Verfassungsmäßigkeit der Rentenbesteuerung seit 2005 festgehalten und klargestellt, dass der Kläger mit seinen Einwendungen gegen die Richtigkeit einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung im Revisionsverfahren nicht gehört werden kann. Die im Bundesgesetzblatt veröffentlichte Entscheidungsformel eines Urteils habe nach § 31 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes Gesetzeskraft.

Ob im konkreten Streitfall gegen das Verbot der doppelten Besteuerung verstoßen worden ist, konnte der BFH wegen fehlender Feststellungen des Finanzgerichts (FG) zu diesem Punkt nicht beurteilen. Er hat das Verfahren deshalb an das FG zurückverwiesen, diesem aber gewisse Vorgaben für die weitere Prüfung gemacht. So weist er darauf hin, dass bei der Berechnung einer möglichen doppelten Besteuerung das Nominalwertprinzip zugrunde zu legen ist. Bei der Ermittlung der steuerlichen Belastung der Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung müsse darüber hinaus berücksichtigt werden, dass die Arbeitgeberbeiträge gemäß § 3 Nr. 62 EStG steuerfrei gewesen seien. Nach Auffassung des BFH sind bei der Ermittlung der steuerlichen Belastung der Altersvorsorgeaufwendungen zudem die Höchstbeträge des § 10 Absatz 3 EStG alter Fassung bis einschließlich des Veranlagungszeitraums 2004 anhand der Beitragssätze der gesetzlichen Sozialversicherung aufzuspalten. Bei freiwillig geleisteten Beiträgen zur gesetzlichen Rentenversicherung seit 2005 seien die tatsächlich abziehbaren Beiträge gemäß § 10 Absatz 3 EStG neuer Fassung zugrunde zu legen.

Obwohl die Ehefrau des Klägers im Zeitpunkt der BFH-Entscheidung bereits verstorben war, kann nach Auffassung des BFH die Höhe der steuerlichen Entlastung ihrer Rente nicht anhand der von ihr konkret bezogenen Leistungen berechnet werden. Entscheidend für die Berechnung der steuerlichen Entlastung der Rente seien vielmehr



die zum Zeitpunkt des Beginns des Rentenbezugs der statistischen Wahrscheinlichkeit nach zu erwartenden Leistungen. Versterbe der Steuerpflichtige vor Erreichen der statistischen Lebenserwartung, verwirkliche sich das typische Rentenrisiko. Während bei einem Teil der Steuerpflichtigen die Lebenszeit die statistische Lebenserwartung unterschreite, werde diese bei anderen überschritten.  
Bundesfinanzhof, Urteil vom 06.04.2016, X R 2/15

### **Splittingtarif: Nicht auf nichteheliche Lebensgemeinschaft anwendbar**

Der Splittingtarif gilt nur für Ehegatten und eingetragene Lebenspartnerschaften, nicht aber für nichteheliche Lebensgemeinschaften. Dies hebt das Finanzgericht (FG) Münster hervor.

Die Kläger, die nicht miteinander verheiratet sind, leben mit ihren drei gemeinsamen Kindern in einem Haushalt. Das Finanzamt veranlagte sie für das Streitjahr 2012 jeweils einzeln zur Einkommensteuer und legte dabei die erklärten Einkünfte zugrunde. Die Kläger beantragten demgegenüber eine Zusammenveranlagung unter Anwendung des Splittingtarifs. Zur Begründung beriefen sie sich auf die 2013 rückwirkend für alle offenen Fälle eingeführte gesetzliche Regelung in § 2 Absatz 8 Einkommensteuergesetz (EStG), wonach die für Eheleute geltenden Regelungen auch auf „Lebenspartnerschaften“ Anwendung finden. Hierunter seien auch nichteheliche Lebenspartnerschaften zu verstehen.

Die Klage hatte keinen Erfolg. Das FG Münster führt aus, dass der im Gesetz verwendete Begriff der „Lebenspartnerschaften“ ausschließlich eingetragene Lebenspartnerschaften umfasse. Dies folge daraus, dass § 2 Absatz 8 EStG allein zur Umsetzung einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts eingeführt worden sei, wonach die Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften im Vergleich zu Ehen in Bezug auf die Anwendung des Splittingtarifs gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz verstoße. Dabei habe das Bundesverfassungsgericht maßgeblich darauf abgestellt, dass es sich sowohl bei der Ehe als auch bei der eingetragenen Lebenspartnerschaft um eine rechtlich institutionalisierte Form der Partnerschaft handele. Aus diesem Kontext sei nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber darüber hinaus andere Partnerschaften, die keine rechtlichen Gemeinschaften darstel-

len, steuerlich begünstigen wollte. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist beim Bundesfinanzhof unter dem Aktenzeichen III B 100/16 anhängig. FG Münster, Urteil vom 18.05.2016, 10 K 2790/14 E, nicht rechtskräftig

### **Altersvorsorgeaufwendungen: Verfassungsbeschwerden gegen die Nichtanerkennung als vorweggenommene Werbungskosten erfolglos**

Die Nichtanerkennung von Altersvorsorgeaufwendungen als vorweggenommene Werbungskosten ist mit der Verfassung vereinbar. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat zwei Verfassungsbeschwerden gegen die steuerliche Behandlung von Altersvorsorgeaufwendungen im Geltungsbereich des Alterseinkünftegesetzes vom 05.07.2004 nicht zur Entscheidung angenommen.

Die gesetzgeberische Qualifizierung von Altersvorsorgeaufwendungen als Sonderausgaben und die vorgesehene höhenmäßige Beschränkung des Sonderausgabenabzugs seien verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, so die Karlsruher Richter. Die Frage des Verstoßes gegen das Verbot der Doppelbesteuerung könne erst in den Veranlagungszeiträumen der Rentenbesteuerung zum Gegenstand der verfassungsrechtlichen Beurteilung gemacht werden.

Hintergrund: Die Beschwerdeführerin im Verfahren 2 BvR 290/10 hatte in ihrer Einkommensteuererklärung erfolglos den Arbeitnehmeranteil zur gesetzlichen Rentenversicherung als vorweggenommene Werbungskosten steuermindernd geltend gemacht. Der Beschwerdeführer im Verfahren 2 BvR 323/10 ist als Steuerberater und vereidigter Buchprüfer nichtselbstständig tätig. Er beantragte im Lohnsteuer-Ermäßigungsverfahren beim zuständigen Finanzamt erfolglos, die von ihm zu leistenden Beiträge an das Wirtschaftsprüfer-Versorgungswerk als vorweggenommene Werbungskosten auf der Lohnsteuerkarte einzutragen.

Nachdem in beiden Fällen Einspruch und Klage jeweils erfolglos geblieben waren, wandten sich die Beschwerdeführer jeweils an das BVerfG, wo sie im Wesentlichen eine Verletzung ihrer Rechte aus Artikel 3 Absatz 1 des Grundgesetzes rügten. Ihre Verfassungsbeschwerden hatten keinen Erfolg.

BVerfG, Beschlüsse vom 14.06.2016, 2 BvR 290/10 und 2 BvR 323/10

# Unternehmer

## Selbstständige: Steuererklärung auf Papier nicht mehr erlaubt

Eine Steuererklärung in Papier wird bei Gewerbetreibenden, Land- und Forstwirten sowie Selbstständigen – auch im Nebenerwerb! – nicht mehr anerkannt. Darauf weist das Landesamt für Steuern in Rheinland-Pfalz hin.

Ab diesem Jahr lehnt die Finanzverwaltung konsequent in Papierform abgegebene Steuererklärungen ab. Grund: Die gesetzliche Pflicht zur elektronischen Abgabe besteht für Gewerbetreibende, Land- und Forstwirte sowie Privathaushalte mit Fotovoltaik-Anlagen oder Gewinneinkünften aus Nebenerwerb über 410 €, wie z. B. Nebenerwerbslandwirten, bereits seit 2011.

Konkret bedeutet dies: Liegt kein Härtefall vor, so wird eine in Papierform eingereichte Erklärung als nicht abgegeben gewertet. Es muss mit Verspätungszuschlägen gerechnet werden. Der Verspätungszuschlag kann bis zu 10% der festgesetzten Steuer betragen und wird nach Ablauf der Abgabefrist erhoben.

Als Härtefall gilt, wer beispielsweise die erforderliche technische Ausstattung mit PC und Internetanschluss nur mit erheblichem finanziellen Aufwand anschaffen kann oder dessen Kenntnisse und persönlichen Fähigkeiten zum Umgang damit nicht oder nur eingeschränkt vorhanden sind.

Landesamt für Steuern Rheinland-Pfalz, Pressemeldung vom 11.8.2016

## Umsatzsteuer: BFH begrenzt Vorsteuerabzug für Unternehmensgründer

Der Gesellschafter einer erst noch zu gründenden GmbH ist im Hinblick auf eine beabsichtigte Unternehmenstätigkeit der GmbH grundsätzlich nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt, wie der Bundesfinanzhof (BFH) entschieden hat.

Im Streitfall ging es um einen Arbeitnehmer (Kläger), der über eine von ihm zu gründende GmbH eine unternehmerische Tätigkeit aufnehmen wollte. Die GmbH sollte die Betriebsmittel einer anderen Firma im Rahmen eines Unternehmenskaufs erwerben. Der Kläger wurde hierfür durch eine Unternehmensberatung für Existenzgründer und einen Rechtsanwalt beraten. GmbH-Gründung und Unternehmenskauf un-

terblieben. Der Kläger ging gleichwohl davon aus, dass er zum Vorsteuerabzug nach § 15 des Umsatzsteuergesetzes berechtigt sei.

Während das Finanzgericht dem folgte, verneinte der BFH den Anspruch auf Vorsteuerabzug. Maßgeblich hierfür sei die rechtliche Eigenständigkeit der GmbH. So wäre der Kläger zum Vorsteuerabzug berechtigt gewesen, wenn er beabsichtigt hätte, das Unternehmen selbst zu kaufen, um es als Einzelunternehmer zu betreiben. Dies gelte auch für den Fall einer erfolglosen Unternehmensgründung.

Als Gesellschafter einer – noch zu gründenden – GmbH habe für den Kläger kein Recht auf Vorsteuerabzug bestanden. Zwar könne auch ein Gesellschafter den Vorsteuerabzug in Anspruch nehmen, wenn er Vermögensgegenstände erwirbt, um diese auf die GmbH zu übertragen (Investitionsumsatz). Daher komme ein Vorsteuerabzug zum Beispiel dann in Betracht, wenn er ein Grundstück erwirbt und dann in die GmbH einlegt. Demgegenüber seien die im Streitfall vom Kläger bezogenen Beratungsleistungen nicht übertragungsfähig gewesen. Daher sei die Entscheidung der Vorinstanz aufzuheben und die Klage abzuweisen gewesen.

Bundesfinanzhof, Urteil vom 11.11.2015, V R 8/15

## Nutzungsausfallentschädigung für bewegliches Betriebsvermögen ist immer Betriebseinnahme

Die Nutzungsausfallentschädigung für ein Wirtschaftsgut des Betriebsvermögens ist selbst dann im vollen Umfang Betriebseinnahme, wenn das Wirtschaftsgut teilweise auch privat genutzt wird. Das hat der Bundesfinanzhof (BFH) entschieden.

Der Kläger, ein selbstständiger Versicherungsagent, hielt ein Fahrzeug im Betriebsvermögen, das er auch privat nutzte. Für einen Nutzungsausfall aufgrund eines Unfalls erhielt er von der Versicherung des Unfallverursachers eine Entschädigung. Das Finanzamt behandelte diese uneingeschränkt als Betriebseinnahme. Der Kläger machte demgegenüber geltend, dass der Unfall sich auf einer Privatfahrt ereignet habe und er außerdem für die Zeit des Nutzungsausfalls kein Ersatzfahrzeug angemietet, sondern Urlaub genommen habe.

Der BFH gab dem Finanzamt Recht. Bewegliche Wirtschaftsgüter seien selbst dann, wenn sie gemischt genutzt werden, ungeteilt entweder Betriebsvermögen oder Privatvermögen. Vereinnahme der Steuer-



pflichtige im Zusammenhang mit Schäden am Wirtschaftsgut Ersatzleistungen, richte sich die steuerliche Beurteilung nach der Zuordnung des Wirtschaftsguts. Das gelte unabhängig davon, bei welcher Gelegenheit der Schaden entstanden ist und wie der Steuerpflichtige auf den Schaden reagiert.

Damit setzt der BFH eigenen Angaben zufolge die Rechtsprechung zu Schadenersatzleistungen fort, die als Ausgleich für Substanzverluste oder Substanzschäden vereinnahmt werden. Diese seien stets Betriebseinnahmen, wenn sie an die Stelle eines Wirtschaftsguts des Betriebsvermögens treten. Für den Verlust der Nutzungsmöglichkeit gelte nichts anderes. Auch der Gebrauchsvorteil eines Wirtschaftsguts sei ausschließlich dem Betrieb zuzuordnen, wenn das Wirtschaftsgut zum Betriebsvermögen gehört.

Bundesfinanzhof, Urteil vom 27.01.2016, X R 2/14

### **Organschaft: Doppelte Gebühren für verbindliche Auskunft rechtmäßig**

Beantragen sowohl Organträger als auch Organgesellschaft beim Finanzamt eine verbindliche Auskunft über den gleichen Sachverhalt, müssen beide Antragsteller die volle Auskunftgebühr entrichten, wie der BFH zu einer ertragsteuerlichen Organschaft entschieden hat.

Rechtlicher Hintergrund: Erteilt das Finanzamt einem Steuerpflichtigen auf dessen Antrag hin eine für ihn günstige Auskunft über einen in der Zukunft liegenden Sachverhalt, sind das Finanzamt und später gegebenenfalls die Finanzgerichte grundsätzlich an den Inhalt der Auskunft gebunden, sodass Planungssicherheit für den Steuerpflichtigen besteht. Seit 2007 ist der Auskunftsantrag gebührenpflichtig. Die Höhe der Gebühr richtet sich nach dem Wert, den die erhoffte Auskunft für den Steuerpflichtigen hat.

Im Streitfall hatten der Organträger (eine GmbH) und seine Organgesellschaft (eine AG) im Jahr 2009 beim Finanzamt einen gemeinsamen Antrag auf verbindliche Auskunft über ein und denselben Sachverhalt gestellt. Das Amt erteilte die Auskunft antragsgemäß und setzte gegenüber beiden Gesellschaften die volle Auskunftgebühr von jeweils rund 5.000 Euro fest.

Der BFH hat die hiergegen von der AG erhobene Klage abgewiesen. Er hält die doppelte Gebührenerhebung für gerechtfertigt, weil das Gesetz

die Gebühr typisierend an den jeweiligen Antrag knüpft. Es bestünden keine weitergehenden Sonderregelungen, aus denen sich ein Entfallen des Gebührenanspruchs für einen Fall der vorliegenden Art ergibt.

Bundesfinanzhof, Urteil vom 09.03.2016, I R 66/14

### **Zuschätzung: Auch für zurückliegende Prüfungsjahre können im Zeitpunkt der Außenprüfung festgestellte Umsätze zugrunde gelegt werden**

Die im Zeitpunkt einer Außenprüfung festgestellten Umsätze (hier: eines Imbissbetriebs) können auch den zurückliegenden Prüfungsjahren im Rahmen einer Schätzung der Besteuerungsgrundlagen zugrunde gelegt werden, sofern sich die wirtschaftlichen Verhältnisse zwischenzeitlich nicht wesentlich geändert haben. Dies hat das Finanzgericht (FG) Hamburg entschieden.

Der Kläger betrieb einen Imbissbetrieb an einer U-Bahnstation in Hamburg. Nach einer Außenprüfung änderte das Finanzamt die Steuerbescheide für die Vorjahre. Aufgrund der Ermittlungsergebnisse für die Zeit während der Außenprüfung schätzte es erhebliche Mehrerlöse. Mit seiner Klage machte der Kläger – erfolglos – geltend, seine vermeintlich nicht erklärten Wareneinkäufe im Jahr der Außenprüfung dürften nicht zur Grundlage von Zuschätzungen für die Vorjahre gemacht werden. Die Situation habe sich infolge einer von ihm initiierten Preiskampagne gegenüber den Vorjahren wesentlich geändert. Er habe seine Döner zu einem gegenüber der Speisekarte viel niedrigeren „Kampfpreis“ angeboten und damit seinen Absatz erheblich erhöht. Seine Fleischeinäufe hätten sich während des „Dönerkrieges“ im Verhältnis zu den Vorjahren fast verdoppelt, in denen überdies der Gammelfleisch-Skandal zu erheblichen Umsatzeinbußen gegenüber früheren Jahren geführt habe.

Das FG Hamburg entschied, dass für die insbesondere wegen der Mängel der Kassenführung veranlassten Zuschätzungen auch die Ermittlungsergebnisse aus der späteren Zeit der Außenprüfung eine geeignete Schätzgrundlage bildeten. Denn die vom Kläger behaupteten Unterschiede zu den Vorjahren hätten sich nicht nachweisen lassen. Der Kläger trage insoweit die Beweislast.

FG Hamburg, Urteil vom 23.02.2016, 2 K 31/15; Nichtzulassungsbeschwerde beim BFH: X B 32/16



# Kapital- anleger

## Zinssatz-Swap-Verträge: BGH konkretisiert Beratungspflichten der Bank

Der Bundesgerichtshof konkretisiert in einem aktuellen Urteil die Pflichten von Banken, die eigene Zinssatz-Swap-Verträge empfehlen. Konkret ging es um die Beratungspflichten einer Bank bei Abschluss von Zinssatz-Swap-Verträgen mit einer Kommune in Nordrhein-Westfalen. Die klagende Gemeinde mit rund 16.000 Einwohnern hatte mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten, der WestLB (künftig einheitlich: Beklagte), unter anderem am 09.11.2006 einen „Kündbaren Zahler-Swap“ mit einem Bezugsbetrag in Höhe von 3.779.573,89 Euro vereinbart. Die Klägerin verpflichtete sich zur Zahlung eines festen Zinses von 6,44 Prozent p.a.. Die Beklagte übernahm die Zahlung eines Zinses in Höhe des Drei-Monats-Euribors. Weiter einigten sich die Parteien am 12.03.2008 auf einen „Digitalen Zinsumfeld-Swap“. Danach schuldete die Klägerin zunächst einen festen und sodann einen Zins von entweder 2,25 Prozent p.a. oder 6,95 Prozent p.a., wobei die Zahlungspflicht davon abhing, ob eine „Digitalbedingung“ erfüllt war. Die Beklagte verpflichtete sich zur Zahlung eines festen Zinses in Höhe von drei Prozent p.a. aus dem Bezugsbetrag von drei Millionen Euro. Zugleich mit dem Abschluss des Zinssatz-Swap-Geschäfts einigten sich die Parteien darauf, einen anderen Swap-Vertrag aufzulösen, und preisten die aus diesem Vertrag resultierende negative Vertragsposition der Klägerin in das neue Geschäft ein.

Am 16.11.2009 schlossen die Parteien einen „CHF-Plus-Swap“. Danach war die Beklagte zur Zahlung eines festen Zinses in Höhe von 3 Prozent p.a. auf den Bezugsbetrag von acht Millionen Euro verpflichtet. Die Klägerin schuldete einen variablen Zins, der ausgehend von einem EUR/CHF-Wechselkurs von 1,4350 an dessen weitere Entwicklung gekoppelt war. Unterschritt der Wechselkurs zu bestimmten Stichtagen diese Grenze, ergab sich ein Aufschlag auf den in jedem Fall zu zahlenden Zinssatz von 2,5 Prozent p.a. Zeitgleich lösten die Parteien einen weiteren Swap-Vertrag ab. Dabei berücksichtigten sie den Umstand, dass die Klägerin der Beklagten aus dem abgelösten Swap-Vertrag zur Leistung einer Ausgleichszahlung verpflichtet gewesen wäre, bei der Gestaltung der Vertragspositionen im Rahmen des „CHF-Plus-Swaps“. Bei allen drei streitgegenständlichen Zinssatz-Swap-Verträgen war der Marktwert bei Abschluss aus Sicht der Klägerin in Höhe von mindes-

tens rund 2,9 Prozent des jeweiligen Bezugsbetrags negativ. Jedenfalls über die Höhe des anfänglichen negativen Marktwerts unterrichtete die Beklagte die Klägerin nicht.

Dem Antrag der Klägerin auf Zahlung und Feststellung hat das Landgericht teilweise, das Oberlandesgericht (OLG) auf die Berufung der Klägerin (von einem geringen Teil der geltend gemachten Forderung abgesehen) in Gänze entsprochen. Die Berufung der Beklagten hat das OLG zurückgewiesen. Auf die Revision der Beklagten hat der BGH das Berufungsurteil aufgehoben, soweit das OLG zum Nachteil der Beklagten erkannt hat, und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen. Der BGH hat dabei die Annahme des OLG bestätigt, zwischen den Parteien seien im Zuge des Abschlusses der Zinssatz-Swap-Verträge Kapitalanlageberatungsverträge zustande gekommen. In Übereinstimmung mit seiner gefestigten Rechtsprechung hat der BGH indessen nochmals bekräftigt, dass entgegen der Annahme des OLG die beratende Bank über das Einpreisen eines anfänglichen negativen Marktwerts in einen mit ihr selbst geschlossenen Zinssatz-Swap-Vertrag nicht unter dem Gesichtspunkt einer objektgerechten Beratung, sondern aufgrund eines schwerwiegenden Interessenkonflikts aufklären muss. Er hat weiter dahin erkannt, das OLG habe Vorbringen der Beklagten nicht als unbeachtlich beiseite lassen dürfen, die für die Klägerin verantwortlich Handelnden hätten, was die Klage unbegründet gemacht hätte, in Kenntnis des Einpreisens eines anfänglichen negativen Marktwerts als solchem die Zinssatz-Swap-Verträge mit der Beklagten abgeschlossen, ohne an dessen konkreter Höhe interessiert zu sein.

Der BGH hat mit seinem aktuellen Urteil die Grundsätze aus seinem Urteil vom 28.04.2015 zur Verjährung wiederholt. Er hat außerdem zwei weitere für die Praxis relevante Fragen entschieden. Zum einen hat er Ausführungen dazu gemacht, wann ein Zinssatz-Swap-Vertrag konnex auf einen Darlehensvertrag bezogen ist, sodass die beratende Bank ausnahmsweise nicht auf einen schwerwiegenden Interessenkonflikt hinweisen muss. Um konnex zu sein, müsse der Zinssatz-Swap-Vertrag mit der Bank geschlossen werden, die zugleich Darlehensgeberin des Kunden ist. Der Bezugsbetrag des Zinssatz-Swap-Vertrags müsse der zur Rückzahlung ausstehenden Valuta eines bereits bestehenden oder zeitgleich abgeschlossenen Darlehensvertrags entsprechen oder dürfe ihn jedenfalls nicht übersteigen. Die Laufzeit des Zinssatz-Swap-Ver-



trags müsse bei variabel verzinslichen Darlehen der des Darlehensvertrags und bei Festzinsdarlehen der Laufzeit der Zinsbindung gleichstehen oder dürfe sie jedenfalls nicht überschreiten. Die Zahlungspflichten der Bank müssten sich mit dem vom Kunden in dem zugeordneten Darlehensvertrag übernommenen variablen oder festen Zins mindestens im Sinne einer partiellen Absicherung gegenläufiger Zinsrisiken decken. Die Bank müsse jeweils zum gleichen Stichtag entweder den auf denselben Basiswert, etwa einen Referenzzinssatz, bezogenen variablen Zinssatz des Kunden aus dem Darlehensvertrag im Tausch gegen einen festen Zins übernehmen oder dem Kunden den von ihm aus dem Darlehensvertrag geschuldeten Festzins gegen einen variablen Zins zahlen. Konnex seien mithin Zinssatz-Swap-Verträge, die wirtschaftlich betrachtet zumindest partiell entweder ein variabel verzinsliches Darlehen in ein synthetisches Festzinsdarlehen oder ein Festzinsdarlehen in ein synthetisch variabel verzinsliches Darlehen umwandeln.

Zum anderen hat der BGH Ausführungen zur Vorteilsausgleichung gemacht. Danach kann ein Vorteil anzurechnen sein, der daraus resultiert, dass der geschädigte Anleger aufgrund eines auf demselben Beratungsfehler beruhenden Willensentschlusses zugleich mit dem und wegen des Abschlusses eines (neuen) Zinssatz-Swap-Vertrags, bei dem er nicht über das Einpreisen eines anfänglichen negativen Marktwerts unterrichtet worden ist, einen anderen ihm nachteiligen Swap-Vertrag ablöst. Dieser Vorteil, der dem negativen Marktwert des Altvertrags im Zeitpunkt seiner Auflösung entspricht, sei unter Wertungsgesichtspunkten allerdings dann nicht anzurechnen, wenn der Anleger schon zum Abschluss des Altgeschäfts durch eine schuldhaftige Pflichtverletzung der beratenden Bank veranlasst worden sei, ohne dass es darauf ankäme, ob Ansprüche wegen der früheren Beratungspflichtverletzung verjährt sind.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 22.03.2016, XI ZR 425/14

### **Cum/Ex-Aktiengeschäfte: Doppelte Anrechnung von Kapitalertragsteuer ausschließendes Urteil rechtskräftig**

Das Urteil des Hessischen Finanzgerichts (FG) vom 10.02.2016 (4 K 1684/14), in dem erstmals in einem Hauptsacheverfahren über die Voraussetzungen für die Anrechnung von Kapitalertragsteuer bei den

so genannten Cum/ex-Geschäften entschieden wurde, ist nunmehr rechtskräftig. Die betroffene Bank habe trotz Zulassung keine Revision eingelegt, teilt das Gericht mit.

Der Streitfall betraf außerbörsliche Aktiengeschäfte (so genannte OTC-Geschäfte), bei denen statt der vereinbarten Lieferung von Aktien mit Dividendenanspruch (cum Dividende) vor dem Dividendenstichtag verspätet Aktien ohne Dividendenanspruch (ex Dividende) nach dem Dividendenstichtag geliefert wurden. Nach der Entscheidung des FG Hessen existiert keine Gesetzeslücke, die zu einer doppelten Anrechnung von Kapitalertragsteuer berechtigen würde. Soweit ein Teil der Fachliteratur meine, dass die Kapitalertragsteuer unabhängig von deren Erhebung angerechnet werden könne, verstoße dies gegen den klaren Gesetzeswortlaut des § 36 Absatz 2 Nr. 2 Einkommensteuergesetz (EStG). Diese Rechtsansicht beruhe zudem auf der irrigen Annahme eines mehrfachen wirtschaftlichen Eigentums, was mit den fundamentalen Grundsätzen des deutschen Rechts unvereinbar sei. Anhand des Wortlautes und des Regelungsgehalts des § 39 Absatz 2 Abgabenordnung (AO) hat das Hessische FG weiter dargelegt, dass ein Wirtschaftsgut und damit auch Aktien nur im wirtschaftlichen Eigentum einer Person stehen könnten und dass die Anrechnung von Abzugssteuern denklösig deren Einbehaltung voraussetze.

Das Urteil enthält weitere Kernaussagen zum Beweiswert der Steuerbescheinigung nach § 45a Absätze 2, 3 EStG. Diese liefere lediglich einen Anscheinsbeweis für die Einbehaltung der Kapitalertragsteuer durch die inländische Depotbank des Aktienverkäufers. Bei atypischen Fallgestaltungen und bei verspäteten Aktienlieferungen obliege dem die Anrechnung begehrenden Aktienkäufer aber die Nachweislast für die Erhebung der Kapitalertragsteuer. Entsprechendes gelte bei anonymen Aktienkäufen über die Eurex-Börse; auch insoweit gehe die Unaufklärbarkeit hinsichtlich der Entrichtung der Kapitalertragsteuer durch den Aktienlieferanten zulasten des Aktienkäufers.

Die nunmehr eingetretene Rechtskraft des Urteils könnte im Ergebnis auch bei noch offenen Steuerfällen zu einer Begrenzung des Schadens für den Fiskus durch die nach Auffassung des Gerichts widerrechtliche Anrechnung nicht erhobener Kapitalertragsteuer führen.

Finanzgericht Hessen, Urteil vom 10.02.2016, 4 K 1684/14



# Immobilien- besitzer

## Dauerhafte Nutzung einer Wohnung als Ferienwohnung kann baugenehmigungspflichtig sein

Die dauerhafte Nutzung einer Wohnung in einem Gebäude, für das eine Genehmigung als Wohngebäude vorliegt, als Ferienwohnung für einen wechselnden Personenkreis stellt eine Nutzungsänderung dar, für die eine Baugenehmigung erforderlich ist. Dies hat das Oberverwaltungsgericht (OVG) Berlin-Brandenburg entschieden.

Die Beschwerde, die eine Eigentümerin gegen die Untersagung der Nutzung ihrer Wohnung als Ferienwohnung durch das Bezirksamt Pankow erhoben hatte, wies das OVG zurück und bestätigte damit einen entsprechenden Beschluss des Verwaltungsgerichts Berlin. Die Eigentümerin hatte ihre Wohnung in einem als Wohngebäude genehmigten Haus in Berlin-Prenzlauer Berg über Internetportale vermarktet und dauerhaft als Ferienwohnung vermietet.

Der Beschluss beruht laut OVG im Wesentlichen auf der Erwägung, dass die dauerhafte Nutzung einer Wohnung als Ferienwohnung für einen ständig wechselnden Personenkreis planungsrechtlich eine eigenständige Nutzungsart ist, die sich von der auf Dauer angelegten allgemeinen Wohnnutzung unterscheidet. Für die damit vorliegende Nutzungsänderung müsse eine Baugenehmigung eingeholt werden. Ob die Bauaufsichtsbehörde gegen die ungenehmigt geänderte Nutzung einschreitet, stehe in ihrem Ermessen. Grundsätzlich rechtfertige bereits die formelle Illegalität der Ferienwohnungsnutzung eine Nutzungsuntersagung. Es müsse regelmäßig in einem Baugenehmigungsverfahren geprüft werden, ob die Ferienwohnnutzung an einem konkreten Standort planungsrechtlich zulässig ist.

Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 30.05.2016, OVG 10 S 34.15, unanfechtbar

## Aus Mietwohnung kommender Gestank: Vermieter kann Besichtigung verlangen

Der Vermieter hat das Recht, die vermietete Wohnung zu besichtigen, wenn ernsthafte Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ein drohender Schaden eintreten kann. Das ist zum Beispiel dann der Fall, wenn über einen längeren Zeitraum hinweg aus der Wohnung ein unangenehmer Geruch kommt. Spätestens alle fünf Jahre habe der Vermieter aber un-

abhängig davon ein Recht auf Besichtigung, wie das Amtsgericht (AG) München entschieden hat.

Die Klägerin vermietet seit 2006 eine Wohnung an den Beklagten. Die Wohnung hat sie aus Anlass von Reparaturarbeiten in Bad und Diele letztmalig 2012 betreten. Im Juni 2015 teilte die Hausverwaltung ihr mit, dass aus der Wohnung unangenehme Gerüche austreten. Der Geruch hielt mehr als zwei Wochen an. Eine genaue Beschreibung des Geruchs war nicht möglich. Da die Vermieterin in Sorge war, dass Schimmel, Fäulnis oder gar eine Verwesung Ursache des üblen Geruchs sind, wollte sie die Wohnung besichtigen. Der Mieter bestritt, dass unangenehme Gerüche aus seiner Wohnung austreten und bot keinen Besichtigungstermin an.

Die Klägerin wandte sich an das AG München. Dieses verpflichtete den Mieter, die Besichtigung der Wohnung durch die Vermieterin nach einer Vorankündigung von fünf Werktagen zu dulden. Der Vermieter habe ein Besichtigungsrecht, wenn ernsthafte Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ein drohender Schaden eintreten kann, zum Beispiel wenn wegen eines muffigen Geruchs der Verdacht auf Schimmelbildung vorliegt. Der Anspruch der Klägerin entfalle nicht deshalb, weil die Geruchsbelästigung jetzt nicht mehr vorliegt. Der Geruch habe mehr als zwei Wochen angedauert. Eine solche Dauer lasse eine nachhaltige negative Beeinträchtigung der Sachsubstanz befürchten, so das AG.

Die Vermieterin könne zudem deshalb die Besichtigung der Wohnung verlangen, weil seit der letzten Besichtigung mehr als fünf Jahre vergangen seien. Ein Vermieter könne nicht auf Dauer von seinem Eigentum und insbesondere der Möglichkeit, den Zustand seines Eigentums zu überprüfen, ausgeschlossen werden. Nach Ansicht des AG kann ein Vermieter alle fünf Jahre eine Besichtigung der Mietwohnung verlangen. Denn dieser Zeitraum sei nach der allgemeinen Verkehrsanschauung und der allgemeinen Vertragspraxis der Zeitraum, nach dessen Ablauf Schönheitsreparaturen vorzunehmen sind, nach dessen Ablauf also auch bei bestimmungsgemäßem und vertragsgemäßem Gebrauch eine solche Abnutzung auftreten kann, dass Arbeiten in dem Mietobjekt vorgenommen werden müssen, um eine Substanzschädigung zu vermeiden. Bei einem solchen Fünfjahreszeitraum werde der Mieter, da die Besichtigung auch vorher anzukündigen und schonend (vorzunehmen) ist, auch nicht über Gebühr in seinem Lebensbereich beeinträchtigt.



Das Besichtigungsrecht sei auch nicht entfallen, weil die Vermieterin im Rahmen der Reparaturen im Jahr 2012 die Wohnung besichtigt habe. Denn nach dem unwiderlegten Vortrag der Vermieterin habe sie damals nur das Bad und die Diele besichtigt.

Amtsgericht München, Urteil vom 10.12.2015, 461 C 19626/15, rechtskräftig

### **Bebauungs- und Vermietungsabsicht kann trotz vorsichtigen Finanzierungsverhaltens gegeben sein**

Für die Frage, ob grundstücksbezogene Aufwendungen als vorab entstandene Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung berücksichtigt werden können, kommt es auf die Bauungs- und Vermietungsabsicht an. Hierauf kann nur anhand von äußeren Umständen geschlossen werden. Erforderlich ist eine Gesamtwürdigung der objektiven Umstände des Einzelfalls, wie der Bundesfinanzhof (BFH) klarstellt.

Dabei spreche ein vorsichtiges, auf das Ansparen von Eigenkapital gerichtetes Finanzierungsverhalten nicht gegen die behauptete Bauungsabsicht. In einem solchen Fall müsse sich aber aus weiteren Umständen ergeben, dass sich der Steuerpflichtige seinen Angaben entsprechend verhalten und entsprechende Mittel tatsächlich angesammelt hat. Dafür könne die spätere Verwendung der angesparten Mittel rückwirkend von Bedeutung sein.

Weitere Indizien für die Bauungs- und Vermietungsabsicht können laut BFH die Bebaubarkeit des Grundstücks sowie die Beauftragung eines Architekten oder eine Bauvoranfrage sein. Zu berücksichtigen sei weiter, ob Anhaltspunkte für eine Veräußerungsabsicht des Steuerpflichtigen bestehen.

Soweit eine die Vermietungsabsicht ausschließende Eigennutzung in Betracht kommt, seien auch die Wohnverhältnisse des Steuerpflichtigen zu berücksichtigen. Daraus könne sich ergeben, ob eine Eigennutzung ernsthaft in Betracht zu ziehen sei, so der BFH.

Er fügt hinzu, dass der Steuerpflichtige für die objektiven Umstände, aus denen auf das Vorliegen der Bauungs- und Vermietungsabsicht geschlossen werden soll, darlegungs- und beweisbelastet ist. Können sich das Gericht unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände nicht mit der dafür erforderlichen Sicherheit davon überzeugen, dass die

Bebauungs- und Vermietungsabsicht vorliegt, gehe dies zulasten des Steuerpflichtigen, der sich hierauf beruft.

Bundesfinanzhof, Urteil vom 01.12.2015, IX R 9/15

### **Fernabsatzrecht: Auch online geschlossene Maklerverträge können widerrufen werden**

Der Bundesgerichtshof hat in zwei Verfahren entschieden, dass auch online geschlossene Verträge von Immobilien-Maklern vom Fernabsatzgesetz erfasst sind und von den Kunden innerhalb von 14 Tagen ohne Angabe von Gründen widerrufen werden können. Ist auf das Widerrufsrecht nicht aufmerksam gemacht worden, so verlängert sich die Frist um weitere zwölf Monate nach Abschluss des Vertrages.

(In den Verfahren ging es um ein Hausgrundstück für 240.000 Euro sowie ein unbebautes Grundstück für 650.000 Euro. Im ersten Fall wurden Maklergebühren in Höhe von 15.000 Euro berechnet, im zweiten von 23.205 Euro. In beiden Fällen weigerten sich die Käufer, die Gebühren zu bezahlen – und widerriefen schließlich die Maklerverträge. Zu Recht so die Richter in Karlsruhe.

BGH, I ZR 30/15 u. a.

### **Auch der Ausbau einer Gemeindestraße kann haushaltsnah sein**

Das Finanzgericht Nürnberg hat entschieden, dass der Ausbau einer Gemeindestraße zu den haushaltsnahen Handwerkerleistungen gehören kann, die Anlieger der Straße steuerwirksam in Höhe von 20 Prozent des auf die Arbeit (ohne Material) entfallenden Kosten – bis zu 1.200 Euro im Jahr – absetzen kann.

Begründung: Es kann sich dabei (wie im entschiedenen Fall) um „Maßnahmen der Daseinsfürsorge“ handeln, die „gleichsam notwendige Voraussetzung einer Haushaltsführung sind und folglich „dem Haushalt zugerechnet werden“. Maßgeblich sei für die Abgrenzung nicht die Grundstücksgrenze, sondern eine räumlich-funktionale Beziehung“.

FG Nürnberg, 7 K 1356/14 vom 24.06.2015

# Angestellte

## Entsendung ins Ausland: Beruflich veranlasster Mietaufwand unter Aufteilung nach Köpfen und Berücksichtigung festen Sockelbetrags zu ermitteln

Das Niedersächsische Finanzgerichts (FG) hat – soweit ersichtlich als erstes Finanzgericht – zur Frage der Ermittlung beruflich veranlasster Übernachtungskosten in Fällen der Arbeitnehmerentsendung ins Ausland unter Begleitung von Familienangehörigen Stellung genommen. Es hält eine modifizierte Aufteilung nach Köpfen unter Berücksichtigung eines „fixen Sockelbetrags“ von 20 Prozent des Gesamtaufwands für sachgerecht. Die Revision wurde zugelassen.

Der Kläger war 2008 durch seinen Arbeitgeber für drei Jahre ins europäische Ausland entsandt worden. Hierzu hatte er für den Entsendungszeitraum mit der ausländischen Gastgesellschaft einen lokalen Arbeitsvertrag abgeschlossen, wobei dem inländischen Arbeitgeber ein jederzeitiges Rückrufrecht zustand. Neben der Zahlung eines laufenden Arbeitslohns enthielt der Arbeitsvertrag mit der ausländischen Gesellschaft Regelungen zum Ersatz diverser Aufwendungen, unter anderem der Erstattung von Kosten für die Anmietung eines Hauses, welches der Kläger während seiner Auslandstätigkeit mit seiner mitreisenden Frau und Tochter zu Wohnzwecken nutzte.

Streitig blieb zwischen den Beteiligten, in welchem Umfang die Mietaufwendungen im Rahmen der Auswärtstätigkeit als beruflich veranlasster Aufwand steuerfrei durch den Arbeitgeber erstattet werden konnten. Hierzu hatte der Bundesfinanzhof (BFH) im Urteil vom 10.04.2014 (VI R 11/13) klargestellt, dass die anlässlich einer Auswärtstätigkeit anfallenden Übernachtungskosten insoweit nicht abzugsfähig seien, als sie auf dem Umstand beruhten, dass der Steuerpflichtige bei seiner Auswärtstätigkeit von seiner Familie begleitet werde.

Das FG hat sich nun erstmals mit der Frage der schätzungsweisen Ermittlung des beruflich veranlassten Kostenanteils unter Berücksichtigung der Grundsätze des Großen Senats des BFH (Beschluss vom 21.09.2009, GrS 1/06) auseinandergesetzt. Dabei lehnte es eine unmittelbare Übertragung der im Rahmen gemischter Aufwendungen anerkannten Aufteilungsmaßstäbe auf den Streitfall als nicht sachgerecht ab. Vielmehr sah das FG sich veranlasst, zur Bestimmung des privat veranlassten Mehraufwands zunächst die auf die mitreisenden

Familienmitglieder entfallenden Kostenanteile durch eine Aufteilung des Gesamtaufwands nach Köpfen zu ermitteln.

In einem zweiten Schritt nahm es dann eine Korrektur zugunsten des beruflichen Veranlassungsanteils in Höhe von 20 Prozent des Gesamtaufwands vor. Mit dieser Umverteilung trug der erkennende Senat dem Umstand Rechnung, dass ein Mindestaufwand als fixer Sockelbetrag unbeeinflusst von der Mitnahme der Familie regelmäßig für die Bewirtschaftung eines Ein-Personenhaushalts anfällt. Die Annahme eines konstanten Sockelbetrags habe dabei zur Folge, dass der privat veranlasste Mehraufwand proportional mit der Zahl der mitreisenden Familienmitglieder ansteige. Dies hielt das FG für gerechtfertigt. Denn nach der Lebenserfahrung sei davon auszugehen, dass die Anzahl und Größe der gemeinschaftlich genutzten Räume der Zahl der Bewohner angepasst werde.

Das FG betont, dass die im Urteil behandelte Problematik der Ermittlung des privat veranlassten Mehraufwands auch nach der Reform des steuerlichen Reisekostenrechts zum 01.01.2014 Bedeutung für eine Vielzahl von Altfällen habe und zukünftig in gleicher Weise für die Neufassung des § 9 Absatz 1 Satz 3 Nr. 5a Einkommensteuergesetz relevant sei.

Finanzgericht Niedersachsen, Urteil vom 30.10.2015, 9 K 105/12

## Verbilligte Parkraumüberlassung an Arbeitnehmer ist steuerpflichtige entgeltliche Leistung

Überlässt ein Unternehmer seinen Angestellten gegen Kostenbeteiligung Parkraum, erbringt er damit eine entgeltliche Leistung, die steuerbar und steuerpflichtig ist. Dies stellt der Bundesfinanzhof (BFH) klar.

Die Klägerin ist eine steuerpflichtige Partnerschaftsgesellschaft. In der näheren Umgebung ihres Unternehmensorts gab es nur wenige Parkplätze. Deshalb mietete sie Parkplätze in einem Parkhaus am Unternehmensort für monatlich 55 Euro pro Stellplatz an, um diese ihren Mitarbeitern zur Verfügung zu stellen. Die Mitarbeiter waren nur parkberechtigt, wenn sie sich an den Parkraumkosten mit 27 Euro monatlich beteiligten. Diese Zahlungen behielt die Klägerin unmittelbar vom Gehalt des jeweiligen Mitarbeiters ein. Zunächst versteuerte die



Klägerin die Mitarbeiterzahlungen als Entgelt für steuerpflichtige Leistungen. Nach Bekanntwerden einer Verfügung der Oberfinanzdirektion Karlsruhe vom 28.01.2009 zur Anwendung „unentgeltlicher oder verbilligter Überlassung von Parkplätzen an Arbeitnehmer“ stellte sie die Umsatzsteuer ein. Das beklagte Finanzamt ging indes von steuerbaren und steuerpflichtigen (sonstigen) Leistungen an die Mitarbeiter aus.

Die hiergegen gerichtete Klage hatte weder vor dem Finanzgericht (FG) noch vor dem BFH Erfolg. Der BFH bestätigte das FG darin, dass die Steuerbarkeit der Parkraumüberlassung durch die Klägerin an ihre Angestellten gegen verbilligtes Entgelt zu bejahen sei. Die Klägerin habe mit der verbilligten Parkraumüberlassung an ihre Angestellten entgeltliche Leistungen erbracht.

Unerheblich sei, dass sie die Leistungen (überwiegend) zu unternehmerischen Zwecken erbracht habe. Denn die Besteuerung unentgeltlicher Leistungen erlaube keinen Rückschluss auf die Besteuerung gegen verbilligtes Entgelt erbrachter Dienstleistungen. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes komme es für die Steuerbarkeit einer unentgeltlichen Leistung darauf an, ob sie dem privaten Bedarf des Arbeitnehmers und damit unternehmensfremden Zwecken diene oder ob die Erfordernisse des Unternehmens es gebieten, diese Leistung nicht als zu unternehmensfremden Zwecken erbracht erscheinen zu lassen, sodass sie dem überwiegenden Interesse des Arbeitgebers (und damit unternehmenseigenen Interessen) diene. Diese in der Mehrwertsteuersystemrichtlinie angelegte Differenzierung komme ausschließlich bei unentgeltlichen Leistungen zur Anwendung. Eine vergleichbare Unterscheidung treffe die Richtlinie für entgeltliche Lieferungen von Gegenständen oder Dienstleistungen nicht.

Bundesfinanzhof, Urteil vom 14.01.2016, V R 63/14

### **Wege zwischen Wohnung und Arbeitsstätte: Mit Entfernungspauschale sind auch Unfallkosten abgegolten**

Durch die Entfernungspauschale (§ 9 Absatz 1 Satz 3 Nr. 4 Einkommensteuergesetz – EStG) sind sämtliche Aufwendungen abgegolten, die einem Arbeitnehmer für die Wege zwischen Wohnung und Arbeitsstätte entstehen. Laut Finanzgericht (FG) Rheinland-Pfalz bedeutet

dies, dass auch Unfallkosten und unfallbedingte Krankheitskosten nicht zusätzlich geltend gemacht werden können.

Die Klägerin ist Angestellte und hatte 2014 auf der Fahrt zur Arbeitsstätte mit ihrem Kraftfahrzeug einen Unfall. Danach klagte sie über Schmerzen im Kopf- und Nackenbereich, das Fahrzeug musste (für circa 7.000 Euro) repariert werden. Die Reparaturkosten und die entstandenen Behandlungskosten (Reha-Klinik et cetera) wurden nur zum Teil von dritter Seite erstattet. Die selbst getragenen Kosten (Reparaturkosten circa 280 Euro, Krankheitskosten circa 660 Euro) machte die Klägerin anschließend mit ihrer Einkommensteuererklärung als Werbungskosten geltend.

Das beklagte Finanzamt erkannte die Reparaturkosten für das Fahrzeug als Werbungskosten an, nicht hingegen die Krankheitskosten, die – so das Finanzamt – allenfalls als so genannte außergewöhnliche Belastungen berücksichtigungsfähig wären. Auch dies scheidet hier allerdings aus, weil der Betrag (660 Euro) die nach dem Gesetz zumutbare Eigenbelastung nicht überschreite.

Dagegen erhob die Klägerin beim FG Klage, die allerdings erfolglos blieb. Auch das FG vertrat die Auffassung, dass kein Werbungskostenabzug für die Behandlungskosten in Betracht komme. Die Entfernungspauschale decke nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes „sämtliche Aufwendungen“ ab, die durch die Wege zwischen Wohnung und Arbeitsstätte entstehen, also auch außergewöhnliche Kosten. Dies diene dem vom Gesetzgeber bezweckten Ziel der Steuervereinfachung und der Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten über die Frage, ob noch gewöhnliche oder schon außergewöhnliche Aufwendungen vorliegen. Das beklagte Finanzamt hätte daher folgerichtig auch die Reparaturkosten für das Fahrzeug nicht zusätzlich zur Entfernungspauschale als Werbungskosten berücksichtigen dürfen.

Ein Rechtsmittel hat das Gericht nicht zugelassen. Der Kläger kann allenfalls eine Nichtzulassungsbeschwerde beim Bundesfinanzhof einlegen.

Finanzgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 23.02.2016, 1 K 2078/15

# Familie und Kinder

## Kindergeld auch bei Au-pair-Aufenthalt?

Wenn ein Kind sich dafür entscheidet, für einen Au-pair-Aufenthalt ins Ausland zu gehen, dann können die Eltern weiterhin Kindergeld bekommen. Voraussetzung: Das Kind besucht mindestens 10 Stunden pro Woche einen Sprachkurs.

Das bestätigt der BFH in einem aktuell veröffentlichten Urteil. Im entschiedenen Fall gingen die Eltern der jungen Frau leider leer aus – denn diese hatte sich für einen Sprachkurs mit nur 8,6 Stunden pro Woche entschieden. Dies stelle keine Ausbildung im Sinne des Kindergeldrechts dar, meinten Familienkasse, Finanzgericht und BFH übereinstimmend.

Um die 10-Stunden-Grenze zu berechnen, wird eine Durchschnittsbetrachtung für die Dauer des gesamten Aufenthaltes angestellt, sodass bei insgesamt hinreichend umfangreichem Unterricht die Berücksichtigung in einem Ferienmonat nicht unterbrochen wird. Bei weniger als durchschnittlich zehn Wochenstunden können ausnahmsweise einzelne Monate gleichwohl als Berufsausbildung zu werten sein, wenn sie z.B. infolge von Blockunterricht oder Lehrgängen durch intensiven, die Grenze von zehn Wochenstunden deutlich überschreitenden Unterricht geprägt werden, erklärte der BFH unter Verweis auf in früheren Jahren ergangene Urteile.

BFH-Urteil vom 14.6.2016, Az. III B 132/15

## Betrieb einer Solaranlage kann Elterngeld mindern

Einkünfte aus dem Betrieb einer Solaranlage, die zusätzlich zu solchen aus einer abhängigen Beschäftigung erzielt werden, können den Anspruch auf Elterngeld mindern. Dies zeigt ein vom Bundessozialgericht (BSG) entschiedener Fall.

Die Klägerin bezog neben ihrem Gehalt aus einer abhängigen Beschäftigung Gewinneinkünfte aus dem Betrieb einer Solaranlage. Der beklagte Landkreis berechnete deshalb das Elterngeld für ihr im August 2013 geborenes Kind auf der Grundlage des letzten steuerlichen Veranlagungszeitraums, dem Jahr 2012. Die Einkünfte der Klägerin im Jahr 2013 blieben damit außer Betracht.

Anders als die Vorinstanzen hat das BSG die Wahl dieses Bemessungszeitraums bestätigt und auf die Revision des beklagten Landkreises

die auf höheres Elterngeld gerichtete Klage abgewiesen. Das Gesetz schreibe diesen Bemessungszeitraum seit der Neuregelung durch das Gesetz zur Vereinfachung des Elterngeldvollzugs vom 10.09.2012 bei so genannten Mischeinkünften aus selbstständiger und abhängiger Beschäftigung zwingend vor. Die damit in atypischen Einzelfällen verbundenen Belastungen – bei der Klägerin ein Verlust von immerhin mehreren Tausend Euro Elterngeld – seien durch das gesetzgeberische Ziel der Verwaltungsvereinfachung gerechtfertigt, betonten die Bundesrichter.

Bundessozialgericht, Entscheidung vom 21.06.2016, B 10 EG 8/15 R

## Familienkasse muss Kindergeldempfänger keine unnötigen Anwaltskosten erstatten

Ein Vater, der gegen einen ablehnenden Kindergeldbescheid durch einen Rechtsanwalt erfolgreich Einspruch eingelegt hat, kann keine Erstattung seiner Anwaltskosten verlangen, wenn er erst im Einspruchsverfahren Unterlagen vorgelegt hat (Studienbescheinigung der Tochter), die er schon früher hätte vorlegen können. Dies betont das Finanzgericht (FG) Rheinland-Pfalz.

Nach dem Abitur seiner Tochter teilte der Kläger der Familienkasse (auf Nachfrage) mit, dass sich seine Tochter im Rahmen eines Au-Pair-Verhältnisses in Spanien aufhalte und einen Studienplatz suche. Da der Kläger trotz mehrfacher Aufforderungen der Familienkasse dafür keine entsprechenden Nachweise vorlegte, wurde die Festsetzung des Kindergeldes mit Bescheid vom Januar 2015 aufgehoben.

Dagegen legte der Kläger – vertreten durch einen Rechtsanwalt – Einspruch ein und machte unter anderem geltend, seine Tochter habe sich für das Sommersemester 2015 an den Universitäten Mainz und Köln beworben. Die Familienkasse forderte erneut entsprechende Nachweise, worauf der Kläger im April 2015 eine Studienbescheinigung vorlegte, wonach sich seine Tochter bereits im September 2014 an der Hochschule Trier eingeschrieben hatte. Daraufhin half die Familienkasse dem Einspruch ab und gewährte ab Oktober 2014 Kindergeld. Die Erstattung der Anwaltskosten lehnte sie allerdings mit der Begründung ab, dass die für die Entscheidung notwendigen Unterlagen (Studienbescheinigung) erst während des Einspruchsverfahrens eingereicht worden seien.





Gegen die Ablehnung der Kostenerstattung legte der Kläger erfolglos Einspruch ein und erhob sodann Klage beim FG. Er berief sich darauf, dass er die ihm vorliegenden Unterlagen stets an die Familienkasse weitergeleitet habe und dass ihm erst nach Beauftragung eines Anwalts Kindergeld gewährt worden sei.

Die Klage des Klägers blieb erfolglos. Die Familienkasse müsse die Gebühren oder Auslagen eines Anwalts nur dann erstatten, wenn seine Beauftragung notwendig gewesen sei, so das FG. Dies sei hier nicht der Fall. Denn der Kläger habe die erforderlichen Unterlagen schuldhaft verspätet erst im Einspruchsverfahren vorgelegt. Ein etwaiges Verschulden seiner Tochter müsse sich der Kläger zurechnen lassen. Der Ablehnungsbescheid und das Einspruchsverfahren wären bei rechtzeitiger Vorlage der Studienbescheinigung vermeidbar gewesen.

Finanzgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 02.06.2016, 6 K 1816/15, noch nicht rechtskräftig

### **Kita-Streik begründet keinen Anspruch auf Beitragserstattung**

Eltern, deren Kinder eine Kindertagesstätte (Kita) besuchen, müssen grundsätzlich auch dann den vollen Kita-Beitrag zahlen, wenn die Kita aufgrund eines Streiks vorübergehend geschlossen bleibt. Das hat das Verwaltungsgericht (VG) Neustadt an der Weinstraße entschieden.

Die Eltern zweier in einem Kinderhort der Stadt Speyer betreuter Kinder hatten während des Kita-Streiks im Jahr 2015 nicht auf das begrenzte Betreuungsangebot der Stadt in einer Notgruppe zurückgegriffen, sondern mithilfe der Großeltern über zwei Wochen eine Nachmittagsbetreuung sichergestellt. Die Stadtverwaltung lehnte es jedoch ab, die Eltern- und Verpflegungskostenbeiträge für diesen Zeitraum zu erstatten, weil nach ihrer Beitragssatzung eine Beitragsermäßigung oder -rückerstattung wegen einer vorübergehenden Schließung einer Kita ausgeschlossen war.

Die Kläger wandten sich mit der Begründung an das VG, sie dürften nicht zu Kostenbeiträgen herangezogen werden, wenn die Beklagte streikbedingt keine Betreuungsleistung in der Kita anbiete. Deswegen hätten auch andere Kommunen den Beitrag wegen der streikbedingten Schließung von Kitas im Mai 2015 erstattet. Zudem greife die Stadt in die Parität der Tarifparteien zugunsten der Arbeitgeberseite ein, wenn

sie einerseits während des Streiks Personalkosten einspare und andererseits die Kita-Beiträge vereinnahme und in den Stadthaushalt abführe. Dieser Argumentation hat sich das VG nicht angeschlossen. So sei einerseits keine streikbedingte Schließung der Kita festzustellen, da ein Notbetrieb, auf den die Kläger hätten zurückgreifen können, auch während des Streiks aufrecht erhalten geblieben sei. Andererseits habe die Beklagte auch in ihrer Beitragssatzung regeln dürfen, dass keine Beitragsrückerstattung erfolge, wenn streikbedingt die Kita vorübergehend geschlossen bleibe.

So sei der Kita-Beitrag im Rahmen einer gesetzlich vorgegebenen Mischfinanzierung als eine pauschale und nach sozialen Kriterien gestaffelte Beteiligung der Eltern an den Personalkosten der Kitas ausgestaltet, die neben den vollständigen Sachkosten zum ganz überwiegenden Teil von der öffentlichen Hand (Land und Kommune) getragen würden. Der Kostenbeitrag decke daher bei Weitem nicht die tatsächlichen Personalkosten, sodass der Kostenbeitrag auch während einer vorübergehenden streikbedingten Schließung einer Kita ein vorteilsgerechtes Äquivalent für die weiter fortbestehende Vorhaltung eines Kita-Platzes darstelle.

Soweit andere Kommunen sich zu einer (Teil-) Rückerstattung der Kita-Beiträge entschlossen hätten, sei dadurch die Stadt Speyer nicht gebunden. Auch sei nicht erkennbar, dass die Beitragsregelung in die Parität der Tarifparteien im Arbeitskampf eingegriffen habe, weil weder die Streikfähigkeit der Arbeitnehmerseite beeinträchtigt worden sei noch durch die behauptete Personalkostenersparnis der politische Druck, der durch die streikbedingte Schließung der Kitas auf einen öffentlichen Arbeitgeber wirke, eine wesentliche Minderung erfahre, wenn die Beiträge weiter zu zahlen seien.

Verwaltungsgericht Neustadt, Urteil vom 14.07.2016, 4 K 123/16.NW



# Medien & Telekommunikation

## Offenes WLAN und Ende des Routerzwangs

Am 01.08.2016 ist das so genannte Routergesetz in Kraft getreten. Wie das Bundeswirtschaftsministerium mitteilt, beendet es in Deutschland den so genannten Routerzwang. Zusammen mit den Neuregelungen zum WLAN würden damit die Möglichkeiten der Verbraucher in der digitalen Welt maßgeblich ausgebaut und ihre Rechte gestärkt.

„Das jüngst in Kraft getretene WLAN-Gesetz bringt uns unserem Ziel, mehr öffentliche WLAN-Hotspots in Deutschland zu haben, einen großen Schritt näher“, sagte Matthias Machnig, Staatssekretär beim Bundesminister für Wirtschaft und Energie. Das werde helfen, „die enormen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Potenziale von WLAN-Funknetzen zu nutzen“. Die Praxis einiger Netzbetreiber, ihren Kunden bestimmte Geräte zum Anschluss an das öffentliche Telekommunikationsnetz vorzuschreiben, habe viele Verbraucher verärgert. Damit sei nun Schluss. „Mit dem Routergesetz schaffen wir nicht nur mehr Wettbewerb auf dem Gerätemarkt, sondern stärken auch die Souveränität und Selbstbestimmung der Verbraucher.“

Mit dem Wegfall des Routerzwangs hätten Verbraucher auch im Hinblick auf die Provider mehr Auswahlmöglichkeiten, fügt Gerd Billen, Staatssekretär beim Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz, hinzu. Denn sie müssten die Eingehung eines Vertrages nicht mehr von der Frage abhängig machen, ob ihnen ein Router aufgezwungen wird. Damit hätten sie mehr Möglichkeiten für schnelles Internet über Breitbandanschlüsse verschiedener Anbieter.

Das am 01.08.2016 in Kraft getretene Gesetz zur Auswahl und zum Anschluss von Telekommunikationsendgeräten („Routergesetz“) stelle sicher, dass die Endkunden der Telekommunikationsanbieter geeignete Endgeräte auf dem Markt kaufen und anschließen können. Erfasst sind laut Wirtschaftsministerium alle Arten von Endgeräten wie Router oder Kabelmodem. Das Gesetz sehe zudem vor, dass Netzbetreiber die notwendigen Zugangsdaten unaufgefordert herausgeben müssen. Das zweite Gesetz zur Änderung des Telemediengesetzes, das so genannte WLAN-Gesetz, sei bereits seit 27.07.2016 in Kraft. Es stelle klar, dass alle WLAN-Anbieter – also sowohl private Betreiber als auch geschäftsmäßige Anbieter wie Cafés, Hotels oder Bürgerämter – für Rechtsverletzungen von Nutzern ihres WLAN nicht schadenersatz-

pflichtig sind und sich auch nicht strafbar machen. Zusammen mit der Klarstellung zur Abschaffung der so genannten Störerhaftung (keine Haftung der Anbieter auf Beseitigung und Unterlassen) solle das Gesetz dazu beitragen, WLAN-Betreibern die notwendige Rechtssicherheit zu verschaffen, um neue Geschäftsmodelle zu fördern und bestehende weiter auszubauen.

Bundeswirtschaftsministerium, PM vom 01.08.2016

## Terrorbekämpfung: Datenaustausch und Ausweispflicht bei Kauf von Prepaid-Karten fürs Handy kommen

Der deutsche Verfassungsschutz kann zum Schutz vor Terroranschlägen künftig mehr Daten mit ausländischen Geheimdiensten austauschen. Einen entsprechenden Bundestagbeschluss hat der Bundesrat am 08.07.2016 gebilligt.

Danach können die deutschen Verfassungsschützer künftig mit ausländischen Partnerdiensten – insbesondere innerhalb der EU und der NATO – gemeinsame Dateien anlegen, um Erkenntnisse über verdächtige Personen, Objekte oder Ereignisse zu teilen. Zudem dürfen die deutschen Sicherheitsbehörden bei einem Terrorverdacht auch Daten von Jugendlichen ab 14 Jahren speichern. Bisher war dies erst ab 16 möglich. Laut Bundesrat geht es vor allem um junge Islamisten, die nach Syrien oder den Irak reisen, um sich Extremistenmilizen wie dem Islamischen Staat anzuschließen. Beim Kauf von Prepaid-Karten müssen Verkäufer und Telefonanbieter künftig anhand des Personalausweises die Identität eines Kunden überprüfen. Extremisten sollen so nicht mehr ohne Weiteres anonym mobil telefonieren können.

Bundesrat, PM vom 08.07.2016

## Internet-Werbeblocker „Adblock Plus“ teilweise unzulässig

Im Streit um die Zulässigkeit des Internet-Werbeblockers „Adblock Plus“ hat die Axel Springer AG in zweiter Instanz einen Teilerfolg gegen den Kölner Anbieter der Software, die Eyeo GmbH, erzielt. Das Oberlandesgericht (OLG) Köln hält die Werbe-Blockade an sich für zulässig,



nicht aber das von der Beklagten vorgenommene „Whitelisting“, wonach Werbung nur nach vorgegebenen Kriterien und gegen Zahlung eines Entgelts nicht unterdrückt wird.

Die Software „Adblock Plus“ kann von Internetnutzern kostenfrei heruntergeladen werden. Sie verhindert, dass bestimmte Werbeinhalte auf Internetseiten angezeigt werden. Mit Hilfe von Filterregeln werden Serverpfade und Dateimerkmale von Werbeanbietern identifiziert und geblockt („Blacklist“). Daneben besteht die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmen von den Filtern in eine so genannte Whitelist aufnehmen zu lassen. Standardmäßig ist das Programm so konfiguriert, dass es „einige nicht aufdringliche Werbung“ zulässt und beim Nutzer anzeigt. Von den Unternehmen auf der „Whitelist“ erhält die Beklagte – von größeren Webseitenbetreibern und Werbenetzwerkanbietern – eine Umsatzbeteiligung.

Die klagende Axel Springer AG hält das Programm für eine unlautere Behinderung des Wettbewerbs. Sie meint, dass die Beklagte ihr Geschäftsmodell durch die Ausschaltung der Werbung gezielt und mit Schädigungsabsicht behindere. Durch den Werblocker würden der Inhalt der Website und die Werbung voneinander getrennt, was mit dem Abreißen von Plakatwerbung vergleichbar sei. Die Werbung sichere aber die Finanzierung des Medienangebotes, was den Nutzern bekannt sei und von diesen stillschweigend gebilligt werde. Da die Beklagte durch den Abschluss von Whitelisting-Verträgen Einkommen erziele, habe sie ein Interesse an der Aufrechterhaltung von Werbung. Das OLG Köln hält die Blockade der Werbung als solche nicht für wettbewerbswidrig, wohl aber das von der Beklagten gewählte Bezahlmodell des „Whitelisting“. Die Software sei unzulässig, wenn und soweit die Werbung nur nach vorgegebenen Kriterien und gegen Zahlung eines Entgelts nicht unterdrückt wird („Whitelist“).

Die Ausschaltung der Werbung an sich stelle keine gezielte Behinderung des Wettbewerbs dar. Die Parteien seien zwar Mitbewerber, weil sie sich in einem Wettbewerb um Zahlungen werbewilliger Unternehmer befänden. Eine Schädigungsabsicht der Beklagten könne nicht vermutet werden. Anders als beim Abreißen von Plakaten werde nicht physisch auf das Produkt des Anbieters eingewirkt. Vielmehr würden der redaktionelle Inhalt der Website und die Werbung mit getrennten

Datenströmen angeliefert, die als solche unverändert blieben. Es werde lediglich im Empfangsbereich des Nutzers dafür gesorgt, dass die Datenpakete mit Werbung auf dem Rechner des Nutzers gar nicht erst angezeigt werden. Es gebe aber keinen Anspruch, dass ein Angebot nur so genutzt wird, wie es aus Sicht des Absenders wahrgenommen werden soll. Auch die Pressefreiheit gebe nicht die Befugnis, dem Nutzer unerwünschte Werbung aufzudrängen.

Die „Whitelist“-Funktion stelle dagegen eine wettbewerbsrechtlich unzulässige aggressive Praktik dar. Die Beklagte befinde sich aufgrund der Blacklistfunktion in einer Machtposition, die nur durch das von ihr kontrollierte „Whitelisting“ wieder zu beseitigen sei. Mit dieser technisch wirkenden Schranke hindere die Beklagte die Klägerin, ihre vertraglichen Rechte gegenüber den Werbepartnern auszuüben. Das Programm wirke nicht nur gegenüber den Inhalteanbietern wie der Klägerin, sondern auch gegenüber deren Werbekunden. Als „Gatekeeper“ habe die Beklagte durch die Kombination aus „Blacklist“ und „Whitelist“ eine so starke Kontrolle über den Zugang zu Werbefinanzierungsmöglichkeiten, dass werbewillige Unternehmen in eine Blockadesituation gerieten, aus der diese sich sodann freikaufen müssten. Dass das Programm einem Wunsch vieler Nutzer nach werbefreiem Surfen im Internet entgegen komme, ändere daran nichts. Im Ergebnis werde die Entscheidungsfreiheit werbewilliger Unternehmen erheblich beeinträchtigt. Jedenfalls größere Webseitenbetreiber und Werbevermittler würden zu Zahlungen herangezogen. Dass die Machtposition erheblich sei, zeige das Beispiel großer amerikanischer Internetkonzerne, die nach unstreitigem Vortrag der Parteien beträchtliche Zahlungen für ein „Whitelisting“ leisteten.

Nach dem Inhalt des Urteils darf die Beklagte das Programm in Deutschland nicht mehr vertreiben oder bereits ausgelieferte Versionen pflegen, soweit bestimmte Webseiten der Klägerin betroffen sind. Das Urteil ist allerdings nicht rechtskräftig. Das OLG hat die Revision zum Bundesgerichtshof zugelassen, weil es um Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung geht. Die Klägerin kann das Urteil bis zur Rechtskraft nur gegen Sicherheitsleistung eines erheblichen Betrages vorläufig vollstrecken.

Oberlandesgericht Köln, Urteil vom 24.06.2016, 6 U 149/15