

# SCHAUFENSTER STEUERN 04/2017

Sehr geehrte Mandanten,

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

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

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

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

Eine informative Lektüre wünscht Ihnen

Ihre Evelina Gabor  
Steuerberaterin

Evelina Gabor - Steuerberaterin  
Promenadenstr. 15 A, 12207 Berlin  
Telefon: 030-844 164 - 0 | Telefax: 030-844 164 -20  
[www.steuerberaterin-gabor.de](http://www.steuerberaterin-gabor.de) | [info@steuerberaterin-gabor.de](mailto:info@steuerberaterin-gabor.de)

## Termine

Steuern und Sozialversicherung

## Häusliches Arbeitszimmer

Höchstbetragsgrenze personenbezogen zu ermitteln

## Steuererklärung

Durchschnittliche Erstattung lag bei 901 Euro

# 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

3

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

## Unternehmer

5

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

## Kapitalanleger

7

- Anteil am Kapital einer ausländischen Gesellschaft bestimmt sich nicht nach tatsächlichen Aktienverkäufen
- Aktientausch nach Einführung der Abgeltungsteuer: Barabfindung nicht zu besteuern
- Insiderhandel und Marktmanipulation: Keine "Strafbarkeitslücke"

- Optionsgeschäft: Von Stillhalter gezahlter Barausgleich als Verlust steuerlich zu berücksichtigen

## Immobilienbesitzer

9

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

## Angestellte

11

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

## Familie und Kinder

13

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

# Alle Steuerzahler

## Termine: Steuern und Sozialversicherung

10.04.

- Umsatzsteuer
- Lohnsteuer
- Kirchensteuer zur Lohnsteuer

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

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

Fälligkeit der Sozialversicherungsbeiträge April 2017

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

## Häusliches Arbeitszimmer: Höchstbetragsgrenze personenbezogen zu ermitteln

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

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

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

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

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

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

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

## Steuererklärung: Durchschnittliche Erstattung lag bei 901 Euro

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



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

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

Statistisches Bundesamt, PM vom 16.02.2017

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Finanzgericht Münster, PM vom 01.03.2017

# Unternehmer

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

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

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

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

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

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

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

nissen zwischen nur nahestehenden Personen anzuwenden sei, nicht standhalte.

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

Das FG hat die Revision zum Bundesfinanzhof zugelassen.

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

# Kapital- anleger

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

Bundesgerichtshof, Beschluss vom 10.01.2017, 5 StR 532/16

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

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

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

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

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

Bundesfinanzhof, Urteil vom 20.10.2016, VIII R 55/13



# Immobilien- besitzer

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

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

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

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

## Gebäudesanierung: Anschaffungsnahe Herstellungskosten anstelle Sofortabzug

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

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

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

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

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



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

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

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

### **Mietpreisbremse: Vermieterin muss überhöhte Miete zurückzahlen**

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

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

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

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

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

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

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

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

# Angestellte

## Nach Tod eines Arbeitnehmers: EuGH soll Urlaubsabgeltung klären

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

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

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

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

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

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

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

## Mobbing am Arbeitsplatz: Arbeitslosengeld trotz Beschäftigungsverhältnisses

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

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

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



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

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

### Arbeitsvertragsänderungen können als AGB der Inhaltskontrolle unterliegen

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

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

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

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

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

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 15.11.2016, 3 AZR 539/15

# Familie und Kinder

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

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

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

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

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

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

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

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

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



### Witwenrente muss nach nicht mitgeteilter Wiederheirat zurückgezahlt werden

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

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

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

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

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

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

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

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