

Überreicht durch:

Anwaltskanzlei Steinort

Grabenstr. 24 / Ecke Indestraße, 52249 Eschweiler
Telefon-Nr.: 02403/1678 Telefax: 02403/37776

Mandantenbrief

- neueste Informationen -

Aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis

September 2010

A. Aus der Gesetzgebung

Änderung des Wertpapierhandelsgesetzes

Gesetz zur Vorbeugung gegen missbräuchliche Wertpapier- und Derivategeschäfte vom 21.07.2010 – Inkraft-Treten am 27.07.2010 (BGBl. I, S. 945)

I. Allgemeines

Mit dem „Gesetz zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse bei Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen und zur verbesserten Durchsetzbarkeit von Ansprüchen von Anlegern aus Falschberatung“ (BR-Drucksache 180/09 vom 20.02.09) wurde u. a. auch das Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) geändert.

II. Die Neuregelungen im Überblick

3. In **§ 34 WpHG** werden die Abs. 2a) und 2b) neu eingefügt.

Nach Abs. 2a) sind **Wertpapierdienstleistungsunternehmen** nunmehr **dazu verpflichtet, über jede Anlageberatung ein schriftliches Protokoll anzufertigen**, das von demjenigen, der die Anlageberatung durchgeführt hat, zu unterzeichnen ist. Zudem ist vor einem auf die Beratung beruhenden Geschäftsschluss dem Kunden das Protokoll auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen.

Bei **Fernabsatzgeschäften** kann der Geschäftsabschluss auf ausdrücklichen Wunsch des Kunden auch vor Erhalt des Protokolls erfolgen. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass die Beratung mit Zustimmung des Kunden technisch aufgezeichnet worden ist oder der Kunde ausdrücklich auf eine solche Aufzeichnung verzichtet hat.

Der **Inhalt des** nach § 34 Abs. 2a) WpHG **zu erstellenden Protokolls** ergibt sich aus der **Wertpapierdienstleistungs-Verhaltens- und Organisationsverordnung (WpDVe-ROV)**, die ebenfalls geändert wurde.

Wer das Protokoll nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig anfertigt, begeht eine Ordnungswidrigkeit, Gleiches gilt, wenn dem Kunden eine Ausfertigung des Protokolls nicht, nicht vollständig, nicht in der vorgeschriebenen Weise oder nicht rechtzeitig zur Verfügung gestellt wird. Die Ordnungswidrigkeiten können mit einer Geldbuße bis zu 50.000 Euro geahndet werden.

4. Ferner wird **§ 37a WpHG**, in dem die **Verjährungsfrist für Ansprüche von Kunden gegen Wertpapierdienstleistungsunternehmen auf Schadensersatz** wegen Verletzung der Pflicht zur Information und wegen fehlerhafter Beratung im Zusammenhang mit einer Wertpapierdienstleistung geregelt ist, gestrichen.

Damit **gelten künftig die allgemeinen Verjährungsregeln**, wonach die Verjährung nicht mehr mit der Anspruchsentstehung, d. h. mit Datum des Geschäftsabschlusses, sondern erst mit dem Schluss des Jahres, in dem das Geschäft getätigt worden ist, beginnt. Ohne Kenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen kann sich die Verjährungsfrist von 3 auf 10 Jahre verlängern.

B. Aus der Rechtsprechung

BGB

§§ 437 Nr. 2, 232

Rücktrittsrecht

Erlöschen nach Mangelbehebung

(BGH in NJW 2010, 1805; Urteil vom 12.03.2009 – V ZR 147/09)

BGB

Wird der **Mangel der Kaufsache innerhalb** einer hierzu von dem Käufer **gesetzten Frist** zur Nacherfüllung **behoben**, **erlischt das Recht des Käufers zum Rücktritt vom Vertrag**. Dies gilt auch dann, wenn es wegen eines arglistigen Verhal-

tens des Verkäufers im Hinblick auf den Mangel des erfolglosen Ablaufs einer Frist zur Nacherfüllung als Voraussetzung für einen Rücktritt vom Vertrag nicht bedurft hätte.

„Der Käufer kann wegen eines Sachmangels der verkauften Sache grds. nur dann von dem Kaufvertrag zurücktreten, wenn er dem Verkäufer **fruchtlos Frist zur Nacherfüllung gesetzt** hat, §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB. Dieser **Grundsatz gilt nicht ausnahmslos**: Eine Ausnahme greift namentlich dann ein, wenn **besondere Umstände** vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Ausübung des Rücktrittsrechts rechtfertigen, § 323 II Nr. 3 BGB. So kann es sich insbes. verhalten, wenn der Verkäufer bei Abschluss des Vertrags eine Täuschungshandlung begangen hat. Eine solche Handlung ist grds. geeignet, das Vertrauen des Käufers in die Ordnungsmäßigkeit der Nacherfüllung zu zerstören, und lässt aus diesem Grund das Verlangen der Nacherfüllung für den Käufer in der Regel unzumutbar sein (BGH NJW 2007, 835; BGH NJW 2008, 1371; Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl., § 323 Rn 22).

So liegt es indessen **nicht**, wenn der Käufer dem Verkäufer nach Entdeckung des verschwiegenen Mangels eine Frist zu dessen Behebung setzt. Damit gibt er zu erkennen, dass sein Vertrauen in die Bereitschaft zur ordnungsgemäßen Nacherfüllung trotz des arglistigen Verhaltens des Verkäufers **weiterhin besteht**. Kommt der Verkäufer innerhalb der Frist dem Verlangen des Käufers nach und wird der Mangel behoben, scheidet der Rücktritt des Käufers vom Vertrag aus, weil die verkaufte Sache – nunmehr – vertragsgerecht ist.“ (BGH aaO)

BGB

§ 536

Beschaffenheitsvereinbarung

keine Toleranzspanne bei „ca.-Angabe“ zur Wohnfläche

(BGH in NZM 2010, 313 = ZMR 2010, 522; Urteil vom 10.03.2010 – VIII ZR 144/09)

BGB

Auch wenn die als Beschaffenheit vereinbarte Wohnfläche mit einer „ca.“-Angabe versehen ist, liegt ein zur Mietminderung berechtigender **Sachmangel dann vor**, wenn die tatsächliche Fläche mehr als 10% unter der vereinbarten Quadratmeterzahl liegt. Bei der Beurteilung der Erheblichkeit des Mangels ist **keine zusätzliche Toleranzspanne** anzusetzen.

„Die Angabe einer Wohnfläche von „ca. 100 m²“ ist als Beschaffenheitsvereinbarung anzusehen, die bei einer **Abweichung von mehr als 10% zum Nachteil des Mieters** einen zur Minderung berechtigenden **Sachmangel (§ 536 I 1 BGB)** der Mietsache darstellt (vgl. BGH NZM 2004, 453 = NJW 2004, 1947; BGH NZM 2004, 454 = NJW 2004, 2230; NZM 2004, 456 = WuM 2004, 268; BGH NZM 2005, 861 = WuM 2005, 712; NZM 2007, 595 = NJW 2007, 2624; BGH NZM 2007, 594 = NJW 2007, 2626; NZM 2009, 814 = NJW 2009, 3421; BGH NZM 2010, 36 = NJW 2010, 292; BGH NZM 2010, 196 = NJW 2010, 1064; jew. m.w.N.).

Die Erheblichkeitsgrenze von 10% gilt auch dann, wenn der Mietvertrag zur Größe der Wohnung nur eine „ca.“-Angabe enthält (BGH NZM 2004, 456; NZM 2009, 477 = NJW 2009, 2295 = WuM 2009, 344; BGH NZM 2009, 659 = NJW 2009, 2880). Der Zusatz „ca.“ lässt zwar erkennen, dass Toleranzen hingenommen werden sollen. **Auch für solche Toleranzen ist jedoch die Grenze dort zu ziehen, wo die Un-erheblichkeit einer Tauglichkeitsminderung der Mietsache (§ 536 I BGB) endet. Diese Grenze ist im Interesse der Praktikabilität und der Rechtssicherheit bei 10% anzusetzen; eine zusätzliche Toleranz ist dann nicht mehr gerechtfertigt** (vgl. BGH NZM 2004, 456).“ (BGH aaO)

StGB

§ 326 I Nr. 4a

umweltgefährdende Abfallbeseitigung

durch Verschenken eines nicht mehr fahrbereiten Altfahrzeugs

(OLG Celle in ZAP 2010, 693; Urteil vom 15.10.2009 – 32 Ss 113/09)

StGB

Das **Verschenken eines nicht mehr fahrbereiten Altfahrzeugs an eine Privatperson zum Zweck des Ausschachtens** erfüllt den objektiven Tatbestand des § 326 I Nr. 4 a StGB.

- I. Bei einem **Altfahrzeug** kann es sich grds. um **Abfall i. S. des § 326 I 1 StGB** handeln. Der **strafrechtliche Abfallbegriff** ist an den **verwaltungsrechtlichen Abfallbegriff** angelehnt und umfasst gem. § 3 I i. V. m. Anhang 1 KrW-/AbfG **alle beweglichen Sachen, die vom Besitzer nicht oder nicht mehr verwendet werden und deren sich der Besitzer entledigt, entledigen will** (subjektiver Abfallbegriff, gewillkürter Abfall) **oder entledigen muss** (objektiver Abfallbegriff, Zwangsabfall).

„Der Pkw Audi 80 der Angekl. wurde mit einem Restwert von 20 € bewertet und als Wrack eingeordnet. Das Fahrzeug war zur Zeit der Übergabe zumindest gewillkürter Abfall, dessen sich die Angekl. möglichst kostengünstig entledigen wollte. Demnach ging sie nicht von der Wiederherstellung der Fahrtüchtigkeit aus. Nach ihrer Einschätzung hatte das Fahrzeug keinen Gebrauchswert mehr. Damit war das Fahrzeug Abfall im Sinne des subjektiven Abfallbegriffs.

Dieser Einordnung steht nicht entgegen, dass Bestandteile des Fahrzeugs ggf. noch wiederverwendet oder weiterverwertet werden konnten. Denn das **Ausschlachten** stellt **keinen Gebrauch eines Fahrzeugs zu seinem ursprünglichen Verwendungszweck** dar (vgl. hierzu MüKo-StGB/Alt, § 326 Rn 19, 59; BayObLG VRS 89, 238 ff.). Zudem hat die Angekl. dem Abnehmer das Fahrzeug unentgeltlich mitgegeben, und damit deutlich gemacht, dass das Fahrzeug für sie keinen relevanten Gebrauchswert mehr hatte.“ (OLG Celle aaO)

- II. Das **Fahrzeug** war nach seiner Beschaffenheit auch dazu **geeignet, nachhaltig ein Gewässer oder den Boden zu verunreinigen**.

„Die Frage, ob § 326 I Nr. 4 StGB als **abstraktes Gefährdungsdelikt** jede theoretische Möglichkeit einer Verunreinigung ausreichen lässt oder dies der Einschränkung bedarf (vgl. hierzu OLG Braunschweig NSTZ-RR 2001, 42 f.; MüKo-StGB/Alt, § 326 Rn 60; OLG Schleswig NSTZ 1997, 546 ff.; LG Stuttgart NSTZ 2006, 291 ff.), kann hier dahinstehen: Denn eine **Gefährdungseignung** wird selbst bei einschränkender Auslegung im Falle eines nicht mehr fahrtüchtigen Altfahrzeugs **auch dann vorliegen, wenn eine reale und gegenwärtige Gefahr eines unkontrollierten Austretens von umweltschädlichen Betriebsflüssigkeiten besteht** (vgl. hierzu OLG Celle NSTZ 1996, 191 f.; OLG Braunschweig NSTZ-RR 2001, 42 f. unter Aufgabe der bisherigen Rspr., dass ein noch ausschaltbares Wrack ein Wirtschaftsgut darstellt; LG Stuttgart NSTZ 2006, 291 f.; einschränkend, im Ergebnis aber offen gelassen OLG Schleswig NSTZ 1997, 546).

Nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils waren in dem Fahrzeug noch die Betriebsflüssigkeiten und andere Schadstoffe vorhanden, also jedenfalls Altöl und andere Schmierstoffe, Brems- und Batterieflüssigkeit. Solche Stoffe sind geeignet, Gewässer und Boden zu verunreinigen. Das Fahrzeug war zudem bei Übergabe an den Abnehmer nicht mehr fahrbereit und sollte ausgeschlachtet werden. **Beim unkontrollierten Ausschachten muss** wegen des zwangsweise damit einhergehenden LöSENS von Verbindungen und Verschlüssen, sowie wegen des unsorgfältigen Ablegens von Aggregaten während des Ausbaus anderer Teile **mit dem Austre-**

ten von Betriebsflüssigkeiten gerechnet werden. Von dem Fahrzeug ging somit nach seiner Beschaffenheit auch bei einschränkender Auslegung eine Umweltgefährdung i. S. des § 326 I Nr. 4a StGB aus.“ (OLG Celle aaO)

- III. Durch das Verschenken eines Altfahrzeugs wird dieses unter wesentlicher Abweichung von einem vorgeschriebenen Verfahren „sonst beseitigt“ i. S. von § 326 I Nr. 4a StGB.

„Gem. § 4 Altfahrzeugverordnung ist jeder, der sich eines Fahrzeugs entledigen will, verpflichtet, dieses nur einer anerkannten Annahmestelle, einer anerkannten Rücknahmestelle oder einem anerkannten **Demontagebetrieb** zu überlassen. Dieser Verpflichtung ist die Angekl. nicht nachgekommen. Es gibt keine Hinweise dafür, dass der unbekannt gebliebene Abnehmer einen solchen Betrieb führte. Durch die Übergabe ihres Fahrzeuges zum Ausschachten an diesen Abnehmer hat die Angekl. das nicht mehr fahrbereite Altfahrzeug der vorgeschriebenen Abfallentsorgung entzogen und es „sonst beseitigt“. Dadurch entstand die **konkrete Gefahr eines unkontrollierten Freisetzens der umweltgefährdenden Stoffe**, die sich noch in dem Fahrzeug befanden. Die Vorwerfbarkeit ihres Verhaltens liegt nicht in einem Unterlassen geeigneter Feststellungen zur Identität des Interessenten und seiner Zuverlässigkeit für eine ordnungsgemäße Entsorgung des Fahrzeugs, sondern in der aktiven Übergabe des nicht mehr fahrbereiten Altfahrzeugs an den offensichtlich als Privatmann auftretenden Abnehmer zum Zweck des Ausschachtens. Darin liegt ein Beseitigen von Abfall unter wesentlicher Abweichung von einem vorgeschriebenen Verfahren gem. § 326 I Nr. 4a StGB.“ (OLG Celle aaO)

GewSchG
§ 1 II 1 Nr. 1

Drohung mit Körperverletzung nicht bei Verwünschungen, Beschimpfungen und Prahlereien (OLG Bremen in MDR 2010, 746; Beschluss vom 25.02.2010 – 4 UF 9/10)

GewSchG

Der Tatbestand der Drohung mit einer Körperverletzung i.S.d. § 1 II 1 Nr. 1 GewSchG erfordert eine **ernsthafte Drohung** und ist bei bloßen situationsbedingten Verwünschungen, Beschimpfungen und Prahlereien nicht erfüllt.

„Zwar muss eine **Drohung** in diesem Sinne nicht ausdrücklich erklärt werden, sondern kann **auch konkludent** zum Ausdruck kommen (vgl. zum identischen Begriff der Drohung im Strafrecht: Träger/Schluckebier, KL/StGB, 11. Aufl., § 241 Rn 7). **Tatbestandsmäßig sind jedoch nur ernsthafte Drohungen** i.S.d. §§ 240, 241 StGB. Bloße Verwünschungen, Beschimpfungen oder Prahlereien reichen nicht aus (Hoppenz/Müller, Familiensachen, 9. Aufl., § 1 GewSchG Rn 31; Palandt/Brudermüller, BGB, 68. Aufl., § 1 GewSchG Rn 9; OLG Schleswig MDR 2004, 155 = NJW-RR 2004, 156). Für die Abgrenzung kommt es darauf an, ob der Drohende unter Würdigung der Gesamtumstände den **Eindruck der Ernstlichkeit** erweckt bzw. ob die Ankündigung gewalttätigen Verhaltens aus der Sicht des objektiven Durchschnittsmenschen ernst zu nehmen war (Träger/Schluckebier aaO, 11. Aufl., § 241 Rn 10; MüKo-StGB/Gropp/Sinn, § 241 Rn 5).

Unter **Berücksichtigung der Gesamtumstände** des vorliegenden Falls ist das seitens des Ast. behauptete Verhalten des Ag. nicht als ernsthafte Drohung mit einer Körperverletzung, sondern als bloße – wenn auch beleidigende und damit Strafbare – Verwünschung einzuordnen: Zwar stellt der Ast. den Ag. als jähzornig und aggressiv sowie körperlich überlegen dar. Es ist aber zu berücksichtigen, dass zwischen den Bet. seit längerem Streit herrscht, ohne dass es bislang zu körperlichen Auseinandersetzungen gekommen ist. Der Einsatz der Drohgebärde und einer Beleidigung im Moment des Hinausgehens, also zu einem Zeitpunkt, als dem Ag. klar sein musste, dass er sich in diesem Termin nicht hat durchsetzen können und im Sinne einer Niederlage unverrichteter Dinge das Büro des Ast. zu verlassen hatte, spricht jedoch deutlich dafür, dass es sich letztlich nicht um eine ernst gemeinte Drohung handelte, sondern um eine situationsbedingte Verwünschung als letzte verzweifelte **Unmutsbekundung im Zustand höchster Erregung**. Aus der Sicht eines objektiven Durchschnittsmenschen ist eine solche Geste, jedenfalls solange es sich um ein einmaliges Fehlverhalten handelt, nicht als Ankündigung einer Körperverletzung bzw. gewalttätiger Handlungen zu verstehen.“ (OLG Bremen aaO)

ARB
§ 17

Rechtsschutzversicherung kein Auskunftsanspruch gegenüber Rechtsanwalt (AG Aachen in BRAK-Mitt. 2010, 188; Urteil vom 01.04.2010 – 112 C 182/09)

RA/Nt

Eine Rechtsschutzversicherung hat **keinen Auskunftsanspruch gegenüber dem Rechtsanwalt** ihres Versicherungsnehmers.

„**Mangels Vertragsverhältnisses** zwischen den Parteien **scheidet ein vertraglicher Auskunftsanspruch aus**. Ein solches bestand nur zwischen dem Kl. und seinem Mandanten, dem Versicherungsnehmer der Bekl.

Der Auskunftsanspruch ergibt sich auch nicht auf der Grundlage der §§ 666, 675 I 1 BGB, § 11 BORA, 67 I 1 VVG a. F., § 17 VIII 1 ARB 2004, §§ 401, 402 BGB analog: Auch wenn aufgrund der Zahlung eines Vorschusses durch die Bekl. der Anspruch auf Rückerstattung etwaig überzahlter Beträge nach § 67 VVG a. F. auf sie übergegangen ist und diesem Anspruch der **Auskunftsanspruch als Nebenrecht** gem. §§ 401, 402 BGB gefolgt sein mag, steht der Erteilung der Auskunft die dem Kl. gem. § 43a II BRAO obliegende **Verschwiegenheitspflicht** im Verhältnis zu seinem Mandanten entgegen (vgl. auch AG Bonn NJW-RR 2007, 355). Diese Pflicht bezieht sich auf alles, was ihm in Ausübung seines Berufes bekannt geworden ist. Der Kl. war damit auch gehindert, der Bekl. Auskünfte zu erteilen. An einer hierfür erforderlichen Schweigepflichtentbindungserklärung des Versicherungsnehmers fehlt es. Soweit dieser den Kl. mit der Einholung einer Deckungszusage bei der Bekl. beauftragt hat, vermag dies eine konkludente Entbindung von der Schweigepflicht nicht zu begründen: Das **Mandatsverhältnis ist ein Vertrauensverhältnis**, das bei der Annahme eines konkludenten Verzichts auf ein grundlegendes Wesensmerkmal dieser Verbindung gefährdet würde. Dem kann nicht entgegen gehalten werden, dass der Versicherungsnehmer im Verhältnis zu seinem Versicherer selbst zur Auskunft verpflichtet sei. Dies führt allein dazu, dass der Versicherer sich an diesen wenden muss, um die begehrte Auskunft zu erlangen. Im Übrigen steht es dem Versicherer frei, seinen Versicherungsnehmer aufzufordern, eine Schweigepflichtentbindungserklärung abzugeben.“ (AG Aachen aaO)

ESTG
§ 4 V 1 Nr. 6b

häusliches Arbeitszimmer steuerliche Berücksichtigungsfähigkeit (BVerfG in DB 2010, 1674; Beschluss vom 06.07.2010 – 2 BvL 13/09)

SteuerR

Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer sind **steuerlich dann zu berücksichtigen, wenn für die betriebliche oder berufliche Tätigkeit kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung steht**.

Die Regelung des § 4 V 1 Nr. 6b EStG in der seit Inkrafttreten des Steueränderungsgesetzes 2007 geltenden Fassung verstößt gegen Art. 3 I GG, soweit Aufwendungen für ein ausschließlich betrieblich oder beruflich genutztes häusliches

Arbeitszimmer auch dann von der steuerlichen Berücksichtigung ausgeschlossen sind, wenn für die betriebliche oder berufliche Tätigkeit kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung steht.

- I. Die **Regelung des § 4 V 1 Nr. 6b EStG weicht** mit der Begrenzung abzugsfähigen Aufwandes für ein ausschließlich betrieblich oder beruflich genutztes häusliches Arbeitszimmer **von dem das Einkommensteuerrecht prägenden objektiven Nettoprinzip ab**, nach dem betrieblich oder beruflich veranlasste Aufwendungen als Betriebsausgaben nach § 4 IV EStG oder als Werbungskosten nach § 9 I EStG von der Bemessungsgrundlage abziehbar sind.

„Ein ausschließlich beruflich genutztes Arbeitszimmer führt jedenfalls dem Grunde nach zu beruflich veranlasstem Aufwand, der als „typischer“ Erwerbsaufwand nach dem objektiven Nettoprinzip grds. von der Bemessungsgrundlage abzuziehen ist und nicht dem Abzugsverbot des § 12 Nr. 1 S. 2 EStG unterfällt (vgl. bereits BVerfGE 101, 297). Als eine benachteiligende Ausnahme von einer Belastungsgrundsatzentscheidung des Einkommensteuergesetzgebers bedarf diese Regelung deshalb eines besonderen sachlichen Grundes, um den Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes zu genügen.“ (BVerfG aaO)

- II. Die im Gesetzgebungsverfahren angeführten **fiskalischen Gründe** (vgl. BTDrucks 16/1545, S. 1, 8, 12) **sind nicht geeignet, die Neuregelung vor dem allgemeinen Gleichheitssatz zu rechtfertigen**.

„Das Ziel der Einnahmenvermehrung stellt für sich genommen **keinen hinreichenden sachlichen Grund für Ausnahmen von einer folgerichtigen Ausgestaltung einkommensteuerrechtlicher Belastungsentscheidungen dar**. Dem Ziel der Einnahmenvermehrung dient jede, auch eine willkürliche steuerliche Mehrbelastung. Für die verfassungsgerechte Verteilung von Mehrbelastungen der Steuerpflichtigen nach dem Maßstab der finanziellen Leistungsfähigkeit enthält der Einnahmenerzielungszweck kein Richtmaß (vgl. BVerfGE 122, 210).“ (BVerfG aaO)

- III. **Förderungs- und Lenkungszwecke kommen als Grundlage sachlicher Rechtfertigung hier nicht in Betracht**.

„Es **fehlt insoweit an der** für eine rechtfertigende Wirkung von steuerrechtlichen Lenkungszwecken **erforderlichen erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidung** (st. Rspr., vgl. BVerfGE 122, 210 m.w.N.). Der Umstand, dass im Gesetzgebungsverfahren als gesetzgeberisches Ziel auch der Abbau steuerlicher Subventionierung genannt worden ist (BTDrucks 16/2028, S. 9), führt zu keiner abweichenden Qualifikation.“ (BVerfG aaO)

- IV. Soweit die Neuregelung die steuerliche Berücksichtigung von Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer auch dann ausschließt, wenn für die betriebliche oder berufliche Tätigkeit kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung steht, findet die **Abweichung vom objektiven Nettoprinzip auch keine hinreichende sachliche Legitimation in der Typisierungskompetenz des Gesetzgebers**, denn sie genügt nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an typisierende Regelungen.

„Die **Neuregelung verfehlt das Gebot einer hinreichend realitätsgerechten Typisierung**, soweit sie die Berücksichtigung von Aufwendungen für das häusliche Arbeitszimmer auch dann ausschließt, wenn für die betriebliche oder berufliche Tätigkeit kein anderer Arbeitsplatz zur Verfügung steht. Bei dieser Fallgruppe handelt es sich um solche Fälle, in denen die Erforderlichkeit eines häuslichen Arbeitsplatzes durch objektive Merkmale bestimmt ist. Zwar ist die Erforderlichkeit keine allgemeine Voraussetzung für die Qualifikation von Erwerbsaufwendungen, und zwar ausweislich der Angemessenheitsregel des § 4 V Nr. 7 EStG auch dann nicht, wenn solche Aufwendungen die Lebensführung des Steuerpflichtigen berühren. Die erkennbar gegebene **Erforderlichkeit** fungiert in diesem Fall aber als **legitimes Hilfsmittel einer typisierenden Abgrenzung von Erwerbs- und Privatsphäre** (vgl. BVerfGE 101, 297). Der Mangel eines alternativen Arbeitsplatzes liefert die leicht nachprüfbare Tatsachenbasis für die Feststellung der tatsächlich betrieblichen oder beruflichen Nutzung. Gemessen an den Zielen des Gesetzes - Vereinfachung, Streitvermeidung und Gleichmäßigkeit der Besteuerung (BTDrucks 16/1545, S. 1, 8, 12) - verfehlt deshalb das Abzugsverbot für Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer für die Fallgruppe „kein anderes Arbeitszimmer“ das Gebot hinreichend realitätsgerechter Typisierung.“ (BVerfG aaO)

EStG
§ 22 Nr. 3

Schenkungen in einer „Schenkpyramide“ als „sonstige Einkünfte“ steuerpflichtig (FG Münster in DB 2010, 1042; Urteil vom 18.01.2010 – 5 K 1986/06)

SteuerR

Einnahmen aus der Teilnahme an einem sog. „Schenkkreis“ stellen **steuerpflichtige Einkünfte aus Leistungen i. S. von § 22 Nr. 3 S. 1 EStG** dar, denn die Einnahmen sind Entgelte für das Anwerben neuer Teilnehmer für den Schenkkreis.

- I. Eine **Leistung i. S. des § 22 Nr. 3 S. 1 EStG ist jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, das Gegenstand eines entgeltlichen Vertrages sein kann und eine Gegenleistung auslöst** (BFH BStBl. II 2008, 469).
- II. **Einnahmen aus einem reinen Glücksspiel sind nicht steuerbar**, weil sie kein Entgelt für eine Leistung des Spielers sind (BFH BFH/NV 1996, 743). Wird dagegen ein **Entgelt für die Anwerbung neuer Interessenten** zur Teilnahme an Informationsveranstaltungen gezahlt, liegt **kein reines Glücksspiel, sondern eine steuerpflichtige Leistung** vor (BFH BFH/NV 1996, 743 und BFH/NV 1997, 658).

„Nach der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass der Kl. **neue Interessenten für die Teilnahme am Schenkkreis angeworben** hat. Nach der Aussage des Zeugen G hat der Kl. nicht nur ihn auf die Tafelrunde aufmerksam gemacht und ihn mehrfach angesprochen, sondern auch andere Personen, die dem Zeugen von der Anwerbung durch den Kl. berichtet haben. Diese Aussage wird durch die Aussage des Zeugen T bestätigt, wonach der Kl. „sehr aktiv“ war und viele Personen angesprochen hat. Auch der Zeuge H bestätigt diese Aussagen.

Durch das Anwerben neuer Teilnehmer hat der Kl. **Leistungen an diese neuen Teilnehmer erbracht**, da er ihnen die **Möglichkeit eröffnet hat, an der Tafelrunde teilzunehmen**. Zugleich hat er **Leistungen an andere Mitglieder der Tafel erbracht**, da sie durch die Teilnahme neuer Knappen deren Chancen auf den Erhalt von „Geschenken“ erhöht hat. Die von ihm vereinnahmten Geldbeträge stellen Gegenleistungen dar, da sie in einem wirtschaftlichen Zusammenhang mit den Anwerbungsleistungen des Kl. stehen (vgl. auch FG Münster EFG 2009, 1190).

Dabei ist es **unerheblich, ob der Kl. die Zahlungen unmittelbar von den von ihm angeworbenen Teilnehmern oder von Dritten erhalten** hat. Ebenso unbeachtlich ist, dass der Kl. zum Zeitpunkt der Erbringung seiner Leistungen keinen konkreten Anspruch auf den Erhalt von Zahlungen erworben hat. Da bereits der wirtschaftliche Zusammenhang ausreicht, braucht die zwischen den Beteiligten streitige Frage der zivilrechtlichen Auslegung der „Schenkungsurkunden“ nicht entschieden zu werden.“ (FG Münster aaO)