

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

März 2013

A. Aus der Gesetzgebung

Die Änderung des Sorgerechts unverheirateter Eltern

Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern vom 31.01.2013; In-Kraft-Treten ein Monat nach der Verkündung

I. Allgemeines

Nach **altem Recht** erhielten Eltern, die nicht miteinander verheiratet waren, das gemeinsame Sorgerecht nur, wenn sie heirateten oder sich übereinstimmend für die gemeinsame Sorge entschieden. Der **EuGH** sah darin einen Verstoß gegen die Europäische Menschenrechtskonvention, das **BVerfG** hatte in seiner Entscheidung vom 21.07.2010 (1 BvR 420/09) festgestellt, dass der Gesetzgeber „dadurch unverhältnismäßig in das Elternrecht des Vaters eines nichtehelichen Kindes eingreift, dass er ihn generell von der Sorgetragung für sein Kind ausschließt, wenn die Mutter des Kindes ihre Zustimmung zur gemeinsamen Sorge mit dem Vater oder zu dessen Alleinsorge für das Kind verweigert, ohne dass ihm die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung am Maßstab des Kindeswohls eingeräumt ist.“

Nach der **Neuregelung** ist die gemeinsame Sorge immer dann zu ermöglichen, wenn das Wohl des Kindes dem nicht entgegensteht.

II. Die gesetzlichen Neuregelungen im Überblick

Um zügig Klarheit über die Sorgerechtsfrage zu ermöglichen, findet das normale familiengerichtliche Verfahren nur noch dann statt, wenn tatsächlich Kindeswohlfragen zu klären sind. Geplant ist folgendes **abgestufte Verfahren**:

1. Jugendamt oder Familiengericht

Ist die Mutter nicht mit der gemeinsamen elterlichen Sorge einverstanden, hat der Vater die **Wahl**, ob er zunächst zum **Jugendamt** geht, um doch noch eine Einigung mit der Mutter zu erreichen oder aber ob er sofort das **Familiengericht** anruft. Der Gang zum Jugendamt ist dabei nicht verpflichtend.

2. 6-Wochen Frist zur Stellungnahme

Im gerichtlichen Verfahren erhält die Mutter **Gelegenheit zur Stellungnahme zum Antrag des Vaters**; die Frist dafür endet frühestens **sechs Wochen** nach der Geburt des Kindes. Durch diese Frist soll sichergestellt werden, dass die Mutter nicht noch unter dem Eindruck der Geburt eine Erklärung im gerichtlichen Verfahren abgeben muss.

3. Entscheidung im beschleunigten Verfahren

Das Familiengericht soll in einem **beschleunigten und vereinfachten Verfahren**, bei dem eine Anhörung des Jugendamts und eine persönliche Anhörung der Eltern entbehrlich sind, entscheiden, sofern die Mutter entweder gar nicht Stellung nimmt oder die Gründe, die sie gegen die gemeinsame Sorge vorträgt, mit dem Kindeswohl nicht im Zusammenhang stehen. Derartige kindeswohlrelevante Gründe dürfen dem Gericht auch sonst nicht bekannt sein.

Das Gericht hat die Möglichkeit, **in besonders gelagerten Ausnahmefällen das normale Verfahren** zu wählen. Dies kann z. B. dann in Betracht kommen, wenn der Richter am Vortrag der Mutter erkennt, dass deren sprachliches Ausdrucksvermögen stark eingeschränkt ist. Eine umfassende gerichtliche Prüfung ist aber nur dort vorgesehen, wo sie zum Schutz des Kindes wirklich erforderlich ist.

Der Entwurf trägt damit gleichzeitig einer rechtstatsächlichen Untersuchung Rechnung, wonach bei Streit um das Sorgerecht häufig Gründe vorgebracht werden, die mit dem Kindeswohl nichts zu tun haben, sondern aus der Trennung der Eltern resultieren.

4. Negative Kindeswohlprüfung

Das Familiengericht spricht dem **Vater immer dann das Sorgerecht zu, wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht** (negative Kindeswohlprüfung).

5. Alleinsorge des Vaters möglich

Schließlich wird dem Vater wird der Zugang zur **Alleinsorge auch ohne Zustimmung der Mutter** eröffnet. Voraussetzung dafür ist, dass eine gemeinsame elterliche Sorge nicht in Betracht kommt und zu erwarten ist, dass die Übertragung auf den Vater dem Wohl des Kindes am besten entspricht.

B. Aus der Rechtsprechung

BGB
§§ 253, 280

Schadensersatzanspruch
Nutzungsentschädigung für Ausfall eines Internetanschlusses
(BGH in BB 2013, 258; Urteil vom 24.01.2013 – III ZR 98/12)

BGB

Für den **Fortfall der Möglichkeit**, einen **Internetzugang** für weitere Zwecke als für den Telefon- und Telefaxverkehr zu nutzen, steht dem **Anschlussinhaber ein Schadensersatzanspruch** zu.

*„Die **Nutzbarkeit des Internets** ist ein **Wirtschaftsgut**, dessen **ständige Verfügbarkeit** seit längerer Zeit auch im privaten Bereich für die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung typischerweise von **zentraler Bedeutung** ist und bei dem sich eine **Funktionsstörung** als solche auf die materiale Grundlage der Lebenshaltung **signifikant auswirkt**. Das Internet stellt weltweit umfassende Informationen in Form von Text-, Bild-, Video- und Audiodateien zur Verfügung. Dabei werden thematisch nahezu alle Bereiche abgedeckt und verschiedenste qualitative Ansprüche befriedigt. So sind etwa Dateien mit leichter Unterhaltung ebenso abrufbar wie Informationen zu Alltagsfragen bis hin zu hochwissenschaftlichen Themen. Dabei ersetzt das Internet wegen der leichten Verfügbarkeit der Informationen immer mehr andere Medien, wie zum Beispiel Lexika, Zeitschriften oder Fernsehen. Darüber hinaus ermöglicht es den weltweiten Austausch zwischen seinen Nutzern, etwa über E-Mails, Foren, Blogs und soziale Netzwerke. Zudem wird es zunehmend zur Anbahnung und zum Abschluss von Verträgen, zur Abwicklung von Rechtsgeschäften und zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten genutzt (von der unübersehbaren Vielfalt z.B. nur: Fernabsatzkäufe, Hotel-, Bahn- und Flugbuchungen, Erteilung von Überweisungsaufträgen, Abgabe von Steuererklärungen, An- und Abmeldung der Strom-, Gas- und Wasserversorgung sowie der Müllabfuhr, Verifikation von Bescheinigungen). Nahezu 70 % der Einwohner Deutschlands [bedienen sich] des Internets, wobei dreiviertel hiervon es sogar täglich nutzen. Damit hat sich das Internet zu einem die Lebensgestaltung eines Großteils der Bevölkerung entscheidend mitprägenden Medium entwickelt, dessen Ausfall sich signifikant im Alltag bemerkbar macht. Die Unterbrechung des Internetzugangs hat typischerweise Auswirkungen, die in ihrer Intensität mit dem Fortfall der Möglichkeit, ein Kraftfahrzeug zu nutzen, ohne weiteres vergleichbar sind.“ (BGH aaO)*

BGB
§§ 117, 474

Kaufvertrag
Vorschieben eines Strohmanns durch Unternehmer
(BGH in MDR 2013, 202; Urteil vom 12.12.2012 – VIII ZR 89/12)

BGB

Schiebt beim Verkauf einer beweglichen Sache an einen Verbraucher der Verkäufer, der **Unternehmer** ist, einen **Verbraucher als Strohmann vor**, um die Sache unter Ausschluss der Haftung für Mängel verkaufen zu können, so ist der **Kaufvertrag** zwischen den Verbrauchern **wirksam, sofern nicht die Voraussetzungen eines Scheingeschäfts nach § 117 BGB vorliegen**.

„Nach § 117 I BGB ist eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, nichtig, wenn sie mit dessen Einverständnis nur zum Schein abgegeben wird. Diese Voraussetzungen hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Es hat vielmehr rechtsfehlerfrei die Feststellung getroffen, dass die mit dem Kaufvertrag verbundenen Rechtsfolgen von beiden Parteien, insbesondere auch vom Kl., gewollt waren. Damit scheidet ein Scheingeschäft aus.

*Daran ändert auch nichts, dass die Bekl. von ihrem Ehemann dazu veranlasst worden war, den Kaufvertrag abzuschließen, damit kein Verbrauchsgüterkauf vorliegt und die Sachmängelhaftung ausgeschlossen werden konnte. Das **Vorschieben eines Strohmanns erfolgt im rechtsgeschäftlichen Verkehr nicht zum Schein**. Vielmehr ist das **Strohmann-Geschäft ernstlich gewollt**, weil sonst der damit erstrebte wirtschaftliche Zweck nicht oder nicht in rechtsbeständiger Weise erreicht würde. Daher ist ein solches Geschäft nach st. Rspr. des BGH für den Strohmann rechtlich bindend (BGH NJW 2002, 2030 m. w. Nachw.).*

Etwas anderes käme nach § 117 I BGB nur dann in Betracht, wenn der Kl. Kenntnis davon gehabt hätte und damit einverstanden gewesen wäre, dass die Bekl. lediglich als "Strohmann" für ihren Ehemann aufgetreten ist. Dafür fehlt es jedoch.

Aus dem Senatsurteil vom 22.11.2006 (BGHZ 170, 67) ergibt sich nichts anderes: In dieser Entscheidung hat der Senat die Frage, wie die ausschließliche Haftung des Händlers für Sachmängelansprüche bei einem **Umgehungsgeschäft** dogmatisch zu begründen ist, offen gelassen, weil es darauf nicht ankam. Dort hat der Senat lediglich Literaturmeinungen zur Begründung der ausschließlichen Haftung des Händlers wiedergegeben, unter anderem die Auffassung von Müller (NJW 2003, 1975), wonach der vorgeschobene Kaufvertrag zwischen den Verbrauchern als Scheingeschäft unwirksam sein soll. Diese Auffassung entspricht aber nicht der st. Rspr. des BGH und ist vom Senat auch nicht gebilligt worden. Da es auch im vorliegenden Fall nicht um die Haftung des Händlers geht, bedarf auch hier keiner Entscheidung, wie dessen ausschließliche Haftung bei einem Umgehungsgeschäft zu begründen ist." (BGH aaO)

BGB
§ 556

Betriebskosten

BGB

Zulässigkeit der Abrechnung „fiktiver Drittkosten“

(BGH in NZM 2013, 120 = NJW 2013, 456; Urteil vom 14.11.2012 – VIII ZR 41/12)

Ein **Vermieter darf** die von ihm durch eigenes Personal erbrachten **Hausmeisterdienste und Gartenpflegearbeiten** gem. § 1 I 2 BetrKV nach den **fiktiven Kosten** (ohne Umsatzsteuer) **abrechnen**, die bei Erbringung der Leistungen durch einen Dritten (ein Unternehmen) entstanden wären.

„Diese gesetzliche Regelung dient der Vereinfachung der Abrechnung für den Vermieter. Sie steht nicht nur dem privaten Vermieter zur Verfügung, der seine eigene Arbeitskraft einsetzt; vielmehr können auch institutionelle Eigentümer, die diese Leistungen durch ihre Arbeitnehmer oder durch unselbstständige Einheiten erbringen, nach den Kosten abrechnen, die bei Beauftragung eines Dritten (Unternehmen) entstanden wären (vgl. BR-Dr 568/03, S. 28). Durch diese Abrechnung nach fiktiven Kosten eines Fremdunternehmers können **Streitigkeiten der Mietparteien darüber vermieden werden**, inwieweit vom Vermieter eingesetzte eigene Arbeitskräfte mit umlagefähigen und nicht umlagefähigen Aufgaben betraut waren und wie diese Kosten voneinander abzugrenzen sind.“ (BGH aaO)

StGB
§ 261

Geldwäsche

StGB

Haftung für „vermietetes“ Girokonto

(BGH in BB 2013, 257; Urteil vom 19.12.2012 – VIII ZR 302/11)

Wer leichtfertig sein **Bankkonto für die Abwicklung betrügerischer Internetgeschäfte zur Verfügung stellt**, verwicklicht damit den **Tatbestand des § 261 StGB**, denn strafbar macht sich auch, wer die **Sicherstellung des Geldwäschegegenstandes vereitelt oder gefährdet**.

„Die Bekl. hat nicht nur das Auffinden der durch gewerbsmäßigen Betrug erlangten Gelder vereitelt oder gefährdet (§ 261 I StGB), sondern hat durch ihr Verhalten die auf ihr Konto überwiesenen Beträge in der Zeit zwischen deren Eingang und Weiterleitung auch verwahrt, soweit sie diese nicht für sich verwendet hat (§ 261 II Nr. 2 StGB).“

„**Verwahren**“ bedeutet - bei Sachen - die bewusste Ausübung des Gewahrsams oder unmittelbaren Besitzes (BGH NStZ 2012, 321 m. w. Nachw.; Schmidt/Krause, Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl., § 261 Rn 21). Tatobjekt der Geldwäsche sind aber nicht nur Sachen, sondern alle Vermögensgegenstände, also auch Forderungen und sonstige Rechte (Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 261 Rn 4 m. w. Nachw.). Für das Verwahren von Forderungen kommt es deshalb darauf an, ob der Täter eine der **unmittelbaren Sachherrschaft entsprechende tatsächliche Verfügungsgewalt über die Forderung** hat (vgl. Altenhain, Nomos-Kommentar, StGB, 3. Aufl., § 261 Rn 115).

Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt: Die Bekl. hatte die tatsächliche Verfügungsgewalt über die auf ihr Konto überwiesenen Beträge, d. h. über die daraus entstandenen Forderungen gegenüber der Bank. Denn sie war als Kontoinhaberin gegenüber der Bank weiterhin uneingeschränkt befugt, über die auf ihrem Konto vorübergehend "geparkten" Guthaben zu verfügen; die interne Vereinbarung mit T. über die Vermietung ihres Kontos ändert daran nichts. Die durch gewerbsmäßigen Betrug erlangten Gelder sind aufgrund dieser Vereinbarung und damit nicht "ohne Zutun" der Bekl. in deren **Herrschaftsbereich** gelangt. Auch der Verwahrungsvorsatz der Bekl. wird durch den mit T. geschlossenen "Mietvertrag" dokumentiert. Denn in dieser Vereinbarung hatte sich die Bekl. verpflichtet, die auf ihrem Konto eingehenden Beträge nicht unberechtigt vom Konto zu nehmen, sondern unangetastet zu lassen. Sie hat diese Beträge damit bis zu deren Weiterleitung verwahrt i. S. des § 261 II Nr. 2 StGB." (BGH aaO).

AO 1977
§ 122 II

Nichtzugang eines Abgabenbescheids

öfFR

Zulässigkeit des Bestreitens des Zugangs

(VGH München in NVwZ-RR 2013, 169; Urteil vom 24.11.2011 – 20 B 11.1659)

Der **Abgabegläubiger hat den Zugang eines mit einfacher Post versandten Abgabenbescheides nachzuweisen**. Der **Nachweis eines entsprechenden Postausgangs beim Abgabegläubiger genügt nicht**.

Grundsätzlich **genügt es**, wenn der **Abgabeschuldner den Zugang bestreitet**, weil er nichts dazu vortragen kann, warum ihn ein Schreiben nicht erreicht hat.

„Die Bekl. konnte den Zugang ihres Abgabenbescheids an den Kl. nicht nachweisen. Sie behauptet zwar, den **Herstellungsbeitragsbescheid mit einfachem Schreiben auf dem Postwege dem Kl. übersandt zu haben**, bleibt aber den **Nachweis des Zuganges schuldig**. Nach Art. 13 I Nr. 3 bBayKAG i. V. mit § 122 II Nr. 1 AO 1977 gilt ein **schriftlicher Abgabebescheid**, der durch die Post übermittelt wird, bei einer Übermittlung im Inland am dritten Tage nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben, außer wenn er nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist; im **Zweifel hat die Behörde den Zugang des Verwaltungsaktes und den Zeitpunkt des Zuganges nachzuweisen** (§ 122 II Halbs. 2 AO 1977).“

Ihrer durch das Gesetz auferlegten **materiellen Beweislast** ist die Bekl. nicht nachgekommen. Sie hätte ihr aber nachkommen müssen (vgl. Tipke/Kruse, AO 1977, § 122 Rn 58 m. w. Nachw.; s. auch: Ruff KStZ 2011, 201). Das von ihr in kopierten Auszügen

vorgelegte „Postausgangsbuch“ bekundet lediglich, dass für ein einfaches Schreiben an den Kl. („...“) 0, 55 € an Porto ausgegeben worden ist. Ob ein Schreiben und welchen Inhaltes tatsächlich an diesem Tage zwecks Übermittlung an den Kl. zur Post gegeben worden war, kann der in Ablichtung vorgelegten S. 95 des Postausgangsbuches nicht entnommen werden. Die Bekundungen der informativ in der mündlichen Verhandlung angehörten Bediensteten der Gemeinde, sämtliche von der Gemeindeverwaltung auslaufende Post erfasse eine Mitarbeiterin durch Eintrag in dieses Buch mit Namen und Anschrift des Empfängers sowie weiter das für die Postsendungen aufgewandte Porto, das Buch diene auch einem Abgleich zwischen tatsächlichem Portoaufwand und vermerkten Postgebühren, geben keinen weiteren Aufschluss darüber. Schließlich hat die Bedienstete auch eingeräumt, vom Inhalt der ihr bereits in Umschlägen vorliegenden Schreiben habe die Mitarbeiterin keine Kenntnis. Eine postalische Anschrift des Kl. fehlt ohnehin auf der betreffenden Seite des „Postausgangsbuches“.

Aber selbst wenn ein entsprechender Postausgang des Abgabebescheids von dem Bekl. nachgewiesen worden wäre, ist damit noch nicht gesagt, dass der Kl. auch dieses Schreiben erhalten hat. Es gibt zahlreiche Fälle, in denen ein abgeschickter Brief den Adressaten tatsächlich nicht erreicht. Postsendungen können aus den verschiedensten Gründen verloren gehen: Postboten unterschlagen Briefe, Zustellfehler geschehen infolge unzuverlässiger oder laufend wechselnder Briefträger oder Briefe verschwinden im normalen Postlauf aus unerklärlichen Gründen und ohne Nachweis ihres Verbleibs (vgl. Ruff KStZ 2011, 201).“ (VGH München aaO)

ESTG
§ 6 I Nr. 4 S. 2

1 %-Regelung
Anscheinsbeweis

ESTG

(BFH in BB 2013, 277 = DB 2013, 262; Urteil vom 04.12.2012 – VIII R 42/09)

Der Beweis des ersten Anscheins, der für eine private Nutzung betrieblicher Pkw spricht, ist entkräftet, wenn dem Arbeitnehmer für private Fahrten andere Fahrzeuge zur Verfügung stehen, die dem betrieblichen Fahrzeug in Status und Gebrauchswert vergleichbar sind.

- I. Gem. **§ 6 I Nr. 4 S. 2 EstG** ist die private Nutzung eines Kfz, das zu mehr als 50 % betrieblich genutzt wird, für jeden Kalendermonat mit 1 % des inländischen Listenpreises im Zeitpunkt der Erstzulassung zzgl. der Kosten für Sonderausstattung einschließlich Umsatzsteuer anzusetzen. Diese **Bewertungsregel kommt nicht zum Tragen, wenn eine private Nutzung nicht stattgefunden hat** (BFH BFH/NV 2009, 1974 m. w. Nachw.).

Das FG muss sich deshalb grds. die **volle Überzeugung** (§ 96 I 1 FGO) davon bilden, dass eine private Nutzung tatsächlich stattgefunden hat, wenn es § 6 I Nr. 4 S. 2 EstG anwenden will (vgl. BFH BFH/NV 2007, 716).

„Nach **allgemeiner Lebenserfahrung** werden dienstliche oder betriebliche Fahrzeuge, die zu privaten Zwecken zur Verfügung stehen, auch tatsächlich privat genutzt. Dafür spricht der Beweis des ersten Anscheins (vgl. BFH BFH/NV 1999, 1330). Etwas anderes gilt, wenn es sich um ein Fahrzeug handelt, das typischerweise zum privaten Gebrauch nicht geeignet ist (vgl. BFHE 224, 108). Soweit keine besonderen Umstände hinzutreten, kann das FG aufgrund der Anscheinsbeweisregel regelmäßig davon ausgehen, dass eine private Nutzung stattgefunden hat (BFH BFH/NV 2009, 1974).“ (BFH aaO)

- II. **Der Beweis des ersten Anscheins kann durch den sog. Gegenbeweis entkräftet oder erschüttert werden.**

„Hierzu ist der **Vollbeweis des Gegenteils nicht erforderlich**. Die Revisionsbekl. müssen also nicht beweisen, dass eine private Nutzung des Porsche 911 nicht stattgefunden hat. Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass ein Sachverhalt dargelegt (und im Zweifelsfall nachgewiesen) wird, der die ernsthafte Möglichkeit eines anderen als des der allgemeinen Erfahrung entsprechenden Geschehens ergibt (vgl. BFHE 215, 256 m. w. Nachw.). Der Anscheinsbeweis wird im Regelfall noch nicht erschüttert, wenn lediglich behauptet wird, für privat veranlasste Fahrten hätten private Fahrzeuge zur Verfügung gestanden (vgl. BFH BFH/NV 2012, 573, m. w. Nachw.). Auch ein **eingeschränktes privates Nutzungsverbot vermag den Anscheinsbeweis regelmäßig nicht zu entkräften**.“ (BFH aaO)

1. Über die Frage, ob der für eine Privatnutzung sprechende Beweis des ersten Anscheins erschüttert ist, entscheidet das FG unter **Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls** nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung.

„Dabei hat es nicht nur den von den Revisionsbekl. vorgebrachten **Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären**. U. U. muss das FG auch zusätzliche, für die Privatnutzung sprechende Umstände aufklären und berücksichtigen. An die Würdigung des FG ist der BFH revisionsrechtlich gebunden (§ 118 II FGO), soweit sie verfahrensrechtlich einwandfrei zustande gekommen und nicht durch Denkfehler oder die Verletzung von Erfahrungsgrundsätzen beeinflusst ist (vgl. BFH BFH/NV 2009, 1974; BFH BFH/NV 2012, 573; BFH BFH/NV 2012, 988; BFH BFH/NV 2008, 210).“ (BFH aaO)

2. Im Streitfall hat das FG seiner Entscheidung die Grundsätze der BFH-Rspr. zugrunde gelegt und nach gründlicher Abwägung der Umstände des Streitfalls den Schluss gezogen, der Anscheinsbeweis für eine Privatnutzung des PKW Porsche 911 sei für den hier in Frage stehenden Zeitraum erschüttert.

„Angesichts der beiden privat zur Verfügung stehenden Fahrzeuge Porsche 928 S4 und Volvo V70 T5 ist der Anscheinsbeweis für die private Nutzung des Porsche 911 erschüttert (wird ausgeführt).

Die Folgerung des FG, bei **Gleichwertigkeit beider Fahrzeuge** sei keine nachvollziehbare Veranlassung ersichtlich, für Privatfahrten das dienstliche bzw. betriebliche Fahrzeug zu nutzen, ist daher revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.“ (BFHaaO)