

## Mandantenrundbrief

Nr. 7 / Oktober 2017

### Vorwort der Herausgeber

Wir bilden aus: Dieses Jahr begrüßen wir drei neue Auszubildende in unserem Team. Frau Clasen (1. Lehrjahr) sowie Frau Schachtschneider (Umschülerin im 2. Lehrjahr) verstärken seit August unsere Zivilabteilung. Frau Arndt (1. Lehrjahr) unterstützt die Insolvenzabteilung.

Zum Jahresende steht die Einführung des besonderen elektronischen Anwaltspostfachs (beA) an. Über dieses Postfach sind wir dann verpflichtet, Schriftsätze an Gerichte einzureichen. Verwalterberichte unserer Insolvenzverwalter und Einzelheiten zu den Insolvenzverfahren werden ab dem 01.01.2018 online einzusehen sein. Wir befinden uns in einem stetigen Vormarsch der Verwendung moderner Kommunikationsmöglichkeiten.

Uelzen im Oktober 2017  
Rechtsanwälte Zimmermann & Manke

### Themen der Ausgabe

Arbeit und Beruf.....	2
Erfüllung des Mindestlohnanspruches durch Zulagen und Prämien.....	2
Schadensersatzrisiko wegen fehlender Urlaubsanordnung .....	2
Kündigung aufgrund Strafanzeige .....	3
Risiken diskriminierender Stellenausschreibung.....	3
Erhebliche Kostenrisiken durch Verfallsanordnung.....	4
Bau- und Handwerk .....	5
Bauwerk oder nicht? - Zur Abgrenzung von Werkvertrag und Werklieferungsvertrag .....	5
Neues Bauvertragsrecht: Abgrenzung von Bau- und Werkvertrag.....	6
Ehe- und Familie.....	7
Kinderbetreuung im Wechselmodell mit weitreichenden Auswirkungen.....	7
Erbrecht .....	9
Nachlassschmälerung durch beeinträchtigende Schenkungen.....	9
Kaufen und Verkaufen .....	10
Vertragsstrafen bei Ebay - Käufen.....	10
Insolvenzrecht.....	11
Haftung Dritter in der Insolvenzanfechtung.....	11
Steuerrecht und Erbrecht.....	12
Steuerfalle bei der Betriebsnachfolge .....	12

## Arbeit und Beruf

### **Erfüllung des Mindestlohnanspruches durch Zulagen und Prämien**

Mit Urteil vom 21.12.2016 hat das Bundesarbeitsgericht zu weiterer Klarheit im Zusammenhang mit der Frage, ob Zulagen und Prämien bei der Erfüllung des Mindestlohnanspruches zu berücksichtigen sind, beigetragen. Der Entscheidung lag ein Fall zu Grunde, in dem die klagende Arbeitnehmerin aufgrund eines Vergütungstarifvertrages sowie einer Betriebsvereinbarung Zulagen und Prämien erhielt, deren Berücksichtigung zur Erfüllung des Mindestlohnanspruches führten. Dies genügt nach den Ausführungen des Bundesarbeitsgerichtes.

Vorrangiger Zweck des gesetzlichen Mindestlohnes ist es, jedem Arbeitnehmer ein Existenzsicherndes Monatseinkommen zu gewährleisten. Diesem Zweck vermag jede dem Arbeitnehmer verbleibende Vergütung des Arbeitgebers zu dienen, unabhängig davon, zu welcher Tageszeit, unter welchen Umständen oder in welcher Qualität die Arbeit erbracht wurde. Daher soll den im arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis zu erbringenden Entgeltzahlungen des Arbeitgebers nur solchen die Erfüllungswirkung fehlen, die der Arbeitgeber ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erbringt oder die auf einer besonderen gesetzlichen Zweckbestimmung, wie z.B. § 6 Abs. 5 ArbZG beruhen (vgl. BAG Urteil v. 21.12.2016 – 5 AZR 374/16 Rn. 23).

### **Konsequenzen für die Praxis**

Es ist bei über ein Grundgehalt hinausgehenden Zahlungen bei der zu Grunde liegenden arbeitsvertraglichen Regelung darauf zu achten, dass der Bezug auf eine tatsächliche Arbeitsleistung des Arbeitnehmers zu erkennen ist.

### **Schadensersatzrisiko wegen fehlender Urlaubsanordnung**

Bislang vertrat das Bundesarbeitsgericht (BAG) den Standpunkt, dass der Arbeitgeber nicht verpflichtet ist Urlaub anzuordnen, um den Verfall zu vermeiden. Es wird anlässlich der sogenannten „Bollacke“-Entscheidung des EuGH vom 12.06.2014 in der Rechtsprechung und Literatur der Standpunkt vertreten, dass diese Entscheidung europarechtskonform dahingehend auszulegen ist, dass ein Arbeitgeber Urlaub ohne ein Urlaubsverlangen des Arbeitnehmers zu gewähren habe und sich bei Nichterfüllung dieser Pflicht schadensersatzpflichtig macht. Das Landesarbeitsgericht Köln hat nunmehr in seiner Entscheidung vom 10.11.2016 (8 Sa 321/16) zwar grundsätzlich unter Berücksichtigung der EuGH-Entscheidung einen Schadensersatzanspruch festgestellt, diesen jedoch im Hinblick auf die bisherige BAG-Rechtsprechung als unverschuldet qualifiziert. Das BAG hat die Auslegungsfrage zur Entscheidung dem EuGH vorgelegt (BAG-Urteil v. 13.12.2016 – 9 AZR 541/15).

## **Konsequenzen für die Praxis**

Das Urlaubsrecht ist mittlerweile wesentlich durch die Rechtsprechung des EuGH geprägt, die teilweise überraschend ausgefallen ist. Arbeitgeber, die bis zur Klärung durch den EuGH den rechtssichersten Weg einschlagen wollen, ist die unaufgeforderte Anordnung des Urlaubs zur Vermeidung eines Verfalls zu empfehlen, da anderenfalls das Risiko von Schadensersatzansprüchen bei Verfall des Urlaubs besteht.

## **Kündigung aufgrund Strafanzeige**

In seiner Entscheidung vom 15.12.2016 (2 AZR 42/16) hat sich das Bundesarbeitsgericht (BAG) abermals mit der Frage befasst, ob die Strafanzeige eines Arbeitnehmers gegen seinen Arbeitgeber eine Kündigung rechtfertigen kann. Im zu entscheidenden Fall hat eine Fachanwältin für Arbeits- und Sozialrecht, die an einer Fachhochschule unterrichtete, Strafanzeige wegen eines Verstoßes gegen das Bundesdatenschutzgesetz erstattet, weil ihre Arbeitgeberin ihre Lehrveranstaltungen evaluiert und die Erkenntnisse an andere Mitarbeiter weitergegeben hat. Die Arbeitgeberin, die von der Arbeitnehmerin vor der Anzeigenerstattung nicht innerbetrieblich auf die angebliche Straftatverwirklichung hingewiesen wurde, hat das Arbeitsverhältnis fristgemäß gekündigt, nachdem das gegen sie gerichtete Ermittlungsverfahren eingestellt wurde.

Die Kündigungsschutzklage wurde in sämtlichen Instanzen abgewiesen. Zur Begründung führte das BAG aus, dass die Arbeitnehmerin ihre Nebenpflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen ihrer Arbeitgeberin erheblich verletzt habe. Zwar stelle eine Strafanzeigenerstattung regelmäßig keine Kündigung rechtfertigende Pflichtverletzung dar, soweit nicht wissentlich unwahre oder leichtfertig falsche Angaben erteilt wurden. Dies ist jedoch anders zu beurteilen, wenn trotz der Darstellung eines zutreffenden Sachverhalts keine Anhaltspunkte für eine von der Strafnorm vorausgesetzte Absicht bestehen, sodass die Strafanzeige als leichtfertig und unangemessen zu qualifizieren ist. Als belastendes Indiz für eine Leichtfertigkeit würdigte das Gericht den fehlenden innerbetrieblichen Hinweis. Erschwerend kam die Qualifikation der Anzeigenerstatterin hinzu.

## **Konsequenzen für die Praxis**

Zur Vermeidung von Kündigungsrisiken empfiehlt sich für Arbeitnehmer in jedem Fall vor einer Anzeigenerstattung der innerbetriebliche Hinweis und das Abwarten auf eine Reaktion. Ob eine Anzeigenerstattung einen Kündigungsgrund darstellen kann, ist alsdann im Einzelfall zu beurteilen, bei dem einerseits die Frage der Straftatverwirklichung zu klären ist und andererseits die Erkennbarkeit der Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen für den Anzeigenerstatter.

## **Risiken diskriminierender Stellenausschreibung**

Das Bundesarbeitsgericht hat sich in seinem Urteil vom 26.01.2017 (8 AZR 73/16) abermals mit der Frage einer diskriminierenden Stellenausschreibung befasst. Anlass war die Klage eines zum Zeitpunkt der Bewerbung 59-jährige Klägers, der die ausschreibende Arbeitgeberin auf eine Entschädigung in Höhe von 10.000,00 € und Schadensersatz in Höhe von 50.000,00 € in Anspruch nahm, weil diese in ihrer Stellenausschreibung darauf hinwies, dass sie auch Berufsanfänger willkommen heiße. Gem. § 11 des Gleichbehandlungsgesetzes

setztes (AGG) darf ein Arbeitsplatz nicht unter Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG ausgeschrieben werden. Problematisch ist in Fällen dieser Art, dass gem. § 22 eine Partei beweislaster ist, wenn die andere Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung vermuten lassen. Der Kläger vertrat den Standpunkt, dass mit der ausdrücklichen Benennung einer Bewerbungschance für Berufsanfänger, ältere Bewerber ausgeschlossen seien, woraus sich eine Diskriminierung ergebe. Der Kläger war bereits mehrfach mit Verfahren dieser Art in Erscheinung getreten.

Im Ergebnis wies das BAG die Klage ab. Ein für den ausschreibenden Betrieb günstiges Urteil konnte jedoch nur im Wege der Auslegung fallen, bei der das BAG nicht die Auffassung des Klägers teilte, dass die Bewerbungsaufforderung an Berufsanfänger, ältere Bewerber regelrecht ausschließe.

### **Konsequenzen für die Praxis**

Es ist gegenwärtig immer noch mit potenziellen Klägern zu rechnen, die Ausschreibungen ausschließlich unter dem Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen das AGG sichten um Zahlungsansprüche geltend machen zu können, obwohl kein ernsthaftes Interesse an der Stelle an sich besteht. Um Prozessrisiken zu vermeiden, ist daher auf eine möglichst eindeutige Stellenbeschreibung unter Ausschluss jeglichen Diskriminierungsansatzes zu achten.

### **Erhebliche Kostenrisiken durch Verfallsanordnung**

Es besteht der Eindruck, dass der Staat neue Einnahmequellen entdeckt hat. Aus der täglichen Praxis ist zunehmend wahrzunehmen, dass in der jüngsten Vergangenheit im Bereich der Ordnungswidrigkeiten in erster Linie Einnahmen durch sogenannte Verfallsanordnungen verfolgt werden. Dies ist nicht nur bei Verkehrsdelikten zunehmend der Fall, vielmehr drohen empfindliche Zahlungsbescheide auch im Arbeitsrecht.

Verstöße gegen das Arbeitszeitgesetz stellen eine Ordnungswidrigkeit dar. So darf die werktägliche Arbeitszeit von 8 Stunden nur in Ausnahmefällen überschritten werden. Ruhepausen sind rechtzeitig und mit der vorgeschriebenen Mindestdauer zu gewähren. Schließlich sind Mindestruhezeiten zu beachten, wonach Arbeitnehmer nach Beendigung der Arbeit eine ununterbrochene Ruhezeit von 11 Stunden zu gewähren ist, sofern kein Ausnahmefall vorliegt. Der sogenannte Verfall ist im Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG) geregelt. Durch das Anordnen von Verfallsbescheiden gegen das Unternehmen, das gegen das Arbeitszeitgesetz verstoßen hat, soll den Betroffenen der Vermögensvorteil, den Sie durch den Gesetzesverstoß erlangt haben, wieder entzogen werden. Hierbei können 5-6 stellige Beträge – je nach Ausmaß der Gesetzesverstöße - anfallen, sodass es sich um ein erhebliches Risiko handelt. Der Verfall wird durch einen Bescheid angeordnet, gegen den Einspruch erhoben werden kann. Gegenstand der Einspruchssituation ist alsdann in der Regel die Frage, ob tatsächlich etwas durch den Gesetzesverstoß erlangt wurde und wie der Vorteil zu bemessen ist. So kann im Einzelfall diskutiert werden, ob durch eine Arbeitszeitüberschreitung tatsächlich ein Vermögensvorteil erlangt wird, da Überstunden bezahlt oder durch Freizeit abgegolten werden und nicht automatisch zu einem Mehrumsatz führen.

## Konsequenzen für die Praxis

Zunächst ist von vornerein darauf zu achten, dass es nicht zu Verstößen gegen das Arbeitszeitgesetz kommt. Sind diese jedoch regelmäßig festzustellen und realisiert, wird sich das Unternehmen auf das Risiko erheblicher Verfallsanordnungen einrichten müssen. Ergeht tatsächlich ein Verfallsbescheid, wird im Einzelfall zu prüfen sein, ob Grund und Höhe des Verfalls angemessen sind.

[Nikolai Manke](#)  
[Rechtsanwalt](#)  
[Fachanwalt für Arbeitsrecht](#)  
[Fachanwalt für Insolvenzrecht](#)  
[Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht](#)

## Bau- und Handwerk

### Bauwerk oder nicht? - Zur Abgrenzung von Werkvertrag und Werklieferungsvertrag

In seinem Urteil vom 17.08.2017 (Az.: 23 U 3651/16) musste sich das OLG München mit der Abgrenzung des Werkvertrages (§§ 631 ff BGB) vom Werklieferungsvertrag (§ 651 BGB) befassen.

Dazu entschied das OLG zunächst - wenig überraschend -, ein Vertrag ist dann als Werkvertrag zu qualifizieren, wenn der Unternehmer die Errichtung eines Bauwerks schuldet.

Sodann hatte das Gericht aber noch zu klären, (ab) wann von einem Bauwerk gesprochen werden kann bzw. wie genau "Bauwerk" zu definieren ist - dazu das OLG weiter:

*"Ein Bauwerk ist eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte und auf nicht nur vorübergehende Verbindung mit diesem angelegte Sache, ohne dass es auf die sachenrechtliche Zuordnung ankäme. Unbeweglich in diesem Sinne ist die Sache, sofern sie nur mit größerem Aufwand vom Grundstück getrennt werden kann." (so auch Sprau in Palandt, BGB, 76. Aufl, § 634a Rz. 10).*

In Abgrenzung zum reinen Werklieferungsvertrag (§ 651 BGB) führte das OLG weiter aus:

*"Sofern hingegen nur die Herstellung und Lieferung von Bau- und Anlagenteilen etwa zur Errichtung einer Siloanlage geschuldet ist, handelt es sich um einen Werklieferungsvertrag."*

### Konsequenzen für die Praxis

Die Unterscheidung zwischen Werk- und Werklieferungsvertrag hat erhebliche praktische Konsequenzen: Haben die Parteien einen Vertrag über die Ausführung eines Bauwerks und damit einen Werkvertrag geschlossen, sind auf diesen Vertrag die werkrechtlichen Vorschriften des BGB (§§ 631 ff) und bei wirksamer Vereinbarung noch weitere Regelungen, etwa der VOB/B anzuwenden - mit allen Konsequenzen: Angefangen von dem geschul-

deten Erfolg, der Fälligkeit des Werklohns erst nach Abnahme, bis hin zur Verjährungsfrist von fünf Jahren, soweit ein Bauwerk (oder ein darin eingebautes Werk, z. B. eine Heizungsanlage) geschuldet waren.

Handelt es sich dagegen um einen Werklieferungsvertrag, finden gem. § 651 BGB "die Vorschriften über den Kauf Anwendung" (S. 1) - ebenfalls mit allen, aber anderen Konsequenzen, da dann das Kaufrecht (§§ 433 ff) BGB anzuwenden ist.

Bereits bei der Vertragsgestaltung sollten sich die Parteien, insbesondere der Auftragnehmer (oder Lieferant/Verkäufer) bewusst sein, was genau gewollt und dementsprechend zu vereinbaren ist. Andernfalls besteht die Gefahr, sich (versehentlich) z. B. zur Ausführung einer funktionsfähigen Anlage zu verpflichten und damit insofern einen Erfolg zu schulden, obwohl tatsächlich nur die Lieferung von Teilen für diese Anlage beabsichtigt war.

## **Neues Bauvertragsrecht: Abgrenzung von Bau- und Werkvertrag**

Mit Inkrafttreten des neuen Bauvertragsrechts am 01.01.2018 wird es künftig darauf ankommen, ob die Vertragsparteien einen (Verbraucher-)Bauvertrag oder einen (sonstigen „einfachen“) Werkvertrag schlossen, denn danach richtet sich, ob das speziellere Bauvertragsrecht mit seinen besonderen Rechtsfolgen oder (nur) Werkrecht anzuwenden ist.

Diese Abgrenzung ist schwierig, denn der Gesetzgeber möchte das neue Bauvertragsrecht nicht nur auf Verträge über die

*"Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung, den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon" (s. § 650a Abs. 1 BGB n. F.)*

selbst anwenden, sondern darüber hinaus auch auf Verträge über die

*"Instandhaltung eines Bauwerks" (s. § 650a Abs. 2 BGB n. F.).*

Allerdings soll

*"nicht jede Wartungsarbeit oder kleinere Reparaturarbeit unter den Begriff des Bauvertrages mit seinen speziellen rechtlichen Konsequenzen"*

fallen (so der Bundesrat in seiner Stellungnahme, s. BT-Drucksache 18/8486, S. 85). Doch wo genau liegt die Grenze? Ab wann soll das spezielle Bauvertragsrecht gelten - und bis wann das sonstige Werkrecht? Es bleibt abzuwarten, wie diese Verträge in der Praxis rechtssicher voneinander abgegrenzt werden können, was insbesondere für "kleinere und mittlere Handwerksbetriebe" (so ebenfalls der Bundesrat) von großer praktischer Bedeutung sein dürfte.

Ähnliches gilt für die neu geregelten Verbraucherbauverträge: Künftig soll es sich stets auch dann um einen Verbraucherbauvertrag handeln, wenn ein Verbraucher einen Unternehmer

*"zu erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude verpflichtet" (s. § 650i Abs. 1 BGB n. F.).*

Doch (ab) wann genau ist eine Umbaumaßnahme "erheblich" im Sinne dieser Vorschrift? In seiner Gesetzesbegründung bezieht sich der Bundestag auf den Erwägungsgrund 26 zur EU-Verbraucherrichtlinie. Danach sollen unter "erheblich" nur

*"solche Baumaßnahmen fallen, die dem Bau eines neuen Gebäudes vergleichbar sind"*  
(BT-Drucksache 18/8486, S. 61).

Wann genau das der Fall und wo genau die Grenze zu ziehen sein wird, bleibt abzuwarten. Erste Gerichtsentscheidungen werden wohl nicht lange auf sich warten lassen.

### **Konsequenzen für die Praxis**

Die vom Gesetzgeber gewiss nicht gewollten, aber auch nicht zu leugnenden Abgrenzungsschwierigkeiten werden zumindest in der Anfangszeit nach Inkrafttreten der neuen Vorschriften zu erheblichen Unsicherheiten in der Praxis führen, die wohl erst nach und nach durch die Rechtsprechung abgemildert oder beseitigt werden können. Als Beispiel für die besonderen Rechtsfolgen des neuen Bauvertragsrechts sei neben dem bereits dargestellten einseitigen Anordnungsrecht des Auftraggebers nur der künftige § 650j BGB („Baubeschreibung“) genannt: Danach muss der Unternehmer dem Besteller vor Abgabe von dessen Erklärung über den Vertragsschluss eine Baubeschreibung in Textform zur Verfügung stellen, in der die wesentlichen Eigenschaften des angebotenen Werks in klarer und verständlicher Weise darzustellen sind. Darüber hinaus hat die Baubeschreibung verbindliche (!) Angaben zur Bauzeit zu enthalten.

Das bisherige Werkrecht kennt derartige Pflichten des Auftragnehmers nicht. Ob der mit Fertigung der Baubeschreibung für den Unternehmer verbundene Mehraufwand, der angesichts der ohnehin nur geringen Margen im Baubereich vor allem kleinere Bauvorhaben und andere Projekte noch unwirtschaftlicher und damit unattraktiver machen dürfte, tatsächlich gerechtfertigt ist bzw. noch in einem vernünftigen Verhältnis zum erhofften Nutzen (besserer Verbraucherschutz) steht, darf zumindest bezweifelt werden.

[Rechtsanwalt](#)  
[Dr. jur. Christian Behrens LL.M.](#)

## **Ehe- und Familie**

### **Kinderbetreuung im Wechselmodell mit weitreichenden Auswirkungen**

Nach der Trennung von Kindeseltern, gilt es, zu entscheiden, wo die gemeinsamen Kinder zukünftig ihren Lebensmittelpunkt haben. Können die Kindeseltern noch kommunizieren und sind sie noch zu einem respektvollen Umgang fähig, kommt u.a. das sog. **Wechselmodell** in Betracht. Die Kinder werden bei diesem Modell etwa gleichwertig von beiden Elternteilen im turnusmäßigen Wechsel jeweils in deren Haushalten betreut. Das Kind pendelt folglich zwischen beiden Elternteilen.

Die Entscheidung der Kindeseltern zur Durchführung des Wechselmodells hat weitreichende Auswirkungen, die zwingend im Vorfeld der Entscheidung zu berücksichtigen sind:

Es erfordert zunächst die doppelte Anschaffung wesentlicher Bedarfsgegenstände, angemessenen Wohnraum bei beiden Eltern und ggf. nicht unerhebliche Fahrtkosten. Die Gerichte sprechen von sog. Wechselmehrkosten. Hinzu kommen sog. Opportunitätskosten, also die ‚Kosten‘ durch Einschränkung der Erwerbstätigkeit in der Kinderwoche, Ausfall-

zeiten bei Krankheit der Kinder und Zeit für die erforderliche umfassende Kommunikation mit dem anderen Elternteil.

Aus unterhaltsrechtlicher Sicht befreit das Wechselmodell von der einseitigen Barunterhaltspflicht desjenigen Elternteils, bei dem die Kinder nicht etwa die Hälfte der Zeit lebten. Dies gilt nur, wenn beide Elternteile etwa hälftige Anteile an der Erziehung und Betreuung der Kinder innehaben. Es gilt dann aber eine anteilige Barunterhaltspflicht beider Elternteile. Die Werte der Düsseldorfer Tabelle sind nur bedingt brauchbar, da die Wechselmehrkosten keine Berücksichtigung finden. Diese sind aber unbedingt in die Unterhaltsberechnung einzubeziehen und auf die Bedarfswerte der Düsseldorfer Tabelle aufzuschlagen.

Bei dem Wechselmodell ist der Unterhalt – wie beim Volljährigenunterhalt – von beiden Elternteilen in bar zu leisten, anteilig nach den jeweiligen Einkommen. Erwirtschaftet ein Elternteil ein höheres bereinigtes Nettoeinkommen, ist dieser im Verhältnis auch zu einer höheren Unterhaltsleistung verpflichtet. Das Wechselmodell hat eklatante Auswirkungen auf den Unterhaltsvorschuss: Unterhaltsvorschuss ist nach dem Bundesverwaltungsgericht nicht zu gewähren, wenn das Kind auch durch den anderen Elternteil betreut wird und dies eine wesentliche Entlastung des den Unterhaltsvorschuss beantragenden Elternteils darstellt.

Aus sozialrechtlicher Sicht führt die Ausübung des Wechselmodells dazu, dass beide Elternteile einen Anspruch auf die Hälfte des Alleinerziehungsmehrbedarfs haben. Ferner erhält das Kind jeweils für beide Aufenthaltsorte die halben SGB II Leistungen. Die Eltern können darüber hinaus beide das Kind bei einem Wohngeldantrag als Haushaltsmitglied angeben. Das Kindergeld steht beiden Elternteilen je zur Hälfte zu.

Aus steuerrechtlicher Sicht ist anzumerken, dass der Entlastungsbetrag für Alleinerziehende nur von einem Elternteil geltend gemacht werden kann. Treffen die Eltern keine Bestimmung, bekommt der Elternteil den Entlastungsbetrag, dem auch das Kindergeld ausgezahlt wird. Auch nur diesem Elternteil steht die Steuerklasse II zu.

### **Empfehlung für die Praxis**

Die Vor- und Nachteile des Wechselmodells sollten im Einzelfall gut abgewogen werden, jeweils unter Berücksichtigung des konkreten Kindes und der Kommunikationsfähigkeit der Eltern.

Bisher konnte das Wechselmodell nicht gegen den Willen eines Elternteils von einem Gericht angeordnet werden. Allerdings hat der Bundesgerichtshof kürzlich entschieden, dass das Wechselmodell auch gegen den Willen eines Elternteils angeordnet werden kann, wenn das Kind nicht darunter leidet (BGH, Urteil vom 01.02.2017, Az: XII ZB 601/15). Die geteilte Betreuung muss dann dem Wohl des Kindes am besten entsprechen. Wenn die Eltern aber nach der Trennung extrem zerstritten sind, dürfte das Wechselmodell auch zukünftig nicht im Interesse des Kindes liegen, da die Umsetzung eine extrem gute Organisation und Kommunikation erfordert.

[Rechtsanwältin](#)  
[Sibylle Wierling](#)  
Fachanwältin für [Familienrecht](#)

## Erbrecht

### Nachlassschmälerung durch beeinträchtigende Schenkungen

In Ehegattentestamenten findet man landläufig die Regelung, dass sich die Eltern testamentarisch wechselseitig zu Erben und ihre Kinder zu gleichen Teilen als Erben des Längstlebenden einsetzen. Nach dem Tod des Erstversterbenden ist der Längstlebende an diese Regelung gebunden. Er kann testamentarisch nicht anderweitig verfügen, wenn dieses nicht ausdrücklich in dem Ehegattentestament vorbehalten ist. Dem Längstlebenden verbleibt aber das Recht zur lebzeitigen Verfügung über sein Vermögen. Er kann potentielle Erbmasse verkaufen, verbrauchen und zu Lebzeiten an die späteren Erben verschenken. Eine Ausgleichung bei dem späteren Erbfall kommt nur unter engen gesetzlichen Voraussetzungen zu Stande (§§ 2052, 2050, 2051 ff. BGB).

Der BGH hatte sich in einer Entscheidung vom 28.09.2016 (IV ZR 513/15) mit der Frage zu befassen, ob ein unentgeltlicher Grundstücksübertragungsvertrag an einen späteren Erben, in welchem sich der Längstlebende einen Nießbrauch vorbehielt sowie dem Übernehmer eine Pflegeverpflichtung auferlegte, als (gemischte) Schenkung zu beurteilen ist. Die Vorinstanz war der Auffassung, der Nießbrauch sowie die Pflegeverpflichtungen seien bei der Beurteilung, ob eine Schenkung vorliegt, unbeachtlich. Dem ist der BGH entgegengetreten. Dingliche Belastungen wie ein Nießbrauch mindern von vornherein den Wert eines schenkungsweise zugewandten Grundstücks und sind daher bei der Berechnung des Wertes in Abzug zu bringen. Der vorbehaltene Nießbrauch ist mit dem kapitalisierten Wert der hieraus zu ziehenden Nutzung anzusetzen (BGH Urteil vom 17.01.1996 – IV ZR 214/94).

Eine übernommene Pflegeverpflichtung ist gleichfalls zu berücksichtigen. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Berechnung und Bewertung des Wertes der vertraglich versprochenen Pflegeleistungen ist der Vertragsschluss. Es kommt nicht darauf an, wie sich die späteren Umstände tatsächlich entwickeln.

Weitere Voraussetzung ist, dass der Erblasser das ihm verbliebene Recht zur lebzeitigen Verfügung missbraucht hat. Ein Missbrauch liegt nicht vor, wenn der Erblasser ein lebzeitiges Eigeninteresse an der von ihm vorgenommenen Schenkung hatte. Ein lebzeitiges Eigeninteresse ist anzunehmen, wenn nach dem Urteil eines objektiven Betrachters die Verfügung in Anbetracht der gegebenen Umstände auch unter Berücksichtigung der erbvertraglichen Bindung als billigenwert und gerechtfertigt erscheint. Ein derartiges Interesse kann in Betracht kommen, wenn es dem Erblasser im Alter um seine Versorgung und ggf. auch Pflege geht (BGH Urteil vom 26.10.2011- IV ZR 72/11). Auch, wenn der Erblasser in der Erfüllung einer Verpflichtung handelt, er etwa mit dem Geschenk einer Person, die ihm in besonderem Maße geholfen hat, seinen Dank ausdrücken will.

### Konsequenzen für die Praxis

Bereits bei der Formulierung des Ehegattentestaments können dem Längstlebenden Freiräume gegeben werden, über den späteren Nachlass zu verfügen, Teilungsanordnungen zu treffen o.ä. Auch die Gestaltung von Schenkungen des Längstlebenden an die späteren

Erben sollte so gehalten werden, dass das Eigeninteresse des Längstlebenden sofort erkennbar ist. Hierdurch wird Streit der späteren Erben vermieden, ob vorausgegangene „Schenkungen“ Sinne des § 2287 Abs. 1 BGB zu berücksichtigen sind.

Fehlt es an diesen Voraussetzungen, muss sich der übergangene spätere Erbe u.U. nicht mit dem zufrieden geben, was übrig bleibt. Bei gerichtlichen Auseinandersetzungen muss er sich aber darüber im Klaren sein, dass er die Beweislast für eine beeinträchtigende Schenkung trägt.

[Rechtsanwalt](#)

[Johannes Zimmermann](#)

Fachanwalt für [Erbrecht](#)

Fachanwalt für [Insolvenzrecht](#)

Fachanwalt für [Steuerrecht](#)

## Kaufen und Verkaufen

### Vertragsstrafen bei Ebay - Käufen

Ebay erfreut sich immer noch großer Beliebtheit. Jedoch werden immer wieder Käufe durch sog. „Spaßbieter“ getätigt. Hierbei bietet der Käufer auf den Artikel, bekommt den Zuschlag und zahlt nicht. Dem Gebaren haben die Gerichte nun Einhalt geboten, indem sie Vertragsstrafen für rechtmäßig erklärt haben. Hier sind jedoch einige Besonderheiten zu beachten.

1. Die Vertragsstrafenklausel gilt nicht, wenn sie durch einen Unternehmer als Teil der AGB zu verstehen ist. Gemäß § 309 Nr. 6 BGB sind Vertragsstrafen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam.
2. Außer der Vertragsstrafe können keine weiteren Ansprüche geltend gemacht werden. Das Amtsgericht Bremen hat mit Urteil vom 20.10.2005, Aktenzeichen 16 C 168 / 05 klargestellt, dass lediglich die Geltendmachung der Vertragsstrafe in Betracht komme. Weitere Kosten der Rechtsverfolgung sowie angefallene Ebay-Kosten können dann nicht mehr geltend gemacht werden. Das Gericht begründet dies damit, dass die Vertragsstrafe schon pauschaliert ist und oftmals der entstandene Schaden nicht die Höhe der Vertragsstrafe erreicht, wodurch eine Geltendmachung der weiteren Kosten im Sinne eines Schadensersatzanspruches mangels Schadens ausfällt.
3. Für den Fall, dass eine Vertragsstrafe vereinbart wurde, ist es trotz allem notwendig, den Käufer zur nochmaligen Abnahme aufzufordern und abzumahnen.
4. Die Rechtsprechung sieht eine pauschale Vertragsstrafe in Höhe von bis zu 30 % des Kaufpreises als wirksam an. Darüberhinausgehende Vertragsstrafen werden derzeit nicht als angemessen angesehen.

Die Klausel über die Vertragsstrafe muss so in das Angebot eingebaut sein, dass der potentielle Käufer diese Regelung erkennen kann. Bietet er auf diesen Artikel, akzeptiert er die Vereinbarung, sodass der Vertrag unter diesen Bedingungen zustande gekommen ist.

### **Für die Praxis**

Verkäufer werden durch die Zulässigkeit von Vertragsstrafenvereinbarungen besonders geschützt. Ihnen steht bei wirksamer Einbeziehung der Vertragsstrafe ein Pauschalbetrag zu, welcher unabhängig von einem späteren Verkauf des Gegenstandes besteht. Käufer sollten die Geschäftsbedingungen daher immer sorgfältig lesen, bevor sie bei Auktionen bieten bzw. die Sofortkauf-Funktion nutzen.

[Rechtsanwältin  
Anisha von Auenmüller](#)

## **Insolvenzrecht**

### **Haftung Dritter in der Insolvenzanfechtung**

Die Aufgabe eines Insolvenzverwalters ist es, Insolvenzmasse für die Gläubiger zu generieren. Hierfür steht ihnen das Mittel der Anfechtung zur Verfügung. Das bedeutet, dass unter bestimmten Voraussetzungen Zahlungen des Insolvenzschuldners an Gläubiger in einem Zeitraum von bis zu 10 Jahren zurückgefordert werden können.

Die Anfechtung kann jedoch nicht nur gegenüber Gläubigern erfolgen, sondern auch gegenüber unbeteiligten Dritten, die vom Schuldner keine Zahlungen erhalten haben. Diese Konstellation ist u.a. dann zu finden, wenn ein Dritter für den Insolvenzschuldner ein Konto eröffnet, von welchem Zahlungen an die Gläubiger des Insolvenzschuldners geleistet werden. Dann agiert der Dritte als Zahlungsmittler auf Seiten des Schuldners (Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 04.12.2014, Aktenzeichen 1 U 981/13). Unerheblich ist, ob der Zahlungsmittler uneigennützig bei der treuhänderischen Verwaltung des Geldes, durch bspw. Bereitstellen des Kontos gehandelt hat (vgl. LG Hamburg, Urteil vom 07.09.2015, Aktenzeichen 329 O 482/14). Dies befreit ihn nicht von der Verpflichtung, weggegebene Gelder zurück zu gewähren. Ferner unerheblich ist der Umstand, dass Zahlungen auch gegenüber den Zahlungsempfängern anfechtbar sein können, da beide Anfechtungsmöglichkeiten unabhängig voneinander zu behandeln sind (BGH Urteil vom 24.01.2013, Aktenzeichen IX ZR 11/12).

### **Für die Praxis**

Diese Rechtsprechung birgt erhebliche finanzielle Risiken für ansonsten an der Insolvenz unbeteiligte Dritte, sofern diese als Zahlungsmittler auftreten. Aufgrund der bereits gefestigten Rechtsprechung, ist die Durchsetzung solcher Ansprüche durch den Insolvenzverwalter wenig problematisch.

[Rechtsanwältin  
Anisha von Auenmüller](#)

## Steuerrecht und Erbrecht

### Steuerfalle bei der Betriebsnachfolge

Bei der Weitergabe eines Betriebes in die nächste Generation sind je nach Fallkonstellation eine ganze Reihe von Aspekten zu beleuchten. Dies kann Erb- und Pflichtteilsrechte aber auch spezialgesetzliche Regelungen wie die Höfeordnung betreffen. Unter steuerrechtlichen Gesichtspunkten spielt nicht nur das Erbschaftssteuergesetz eine Rolle. Auch die Bewertungsansätze im Einkommenssteuergesetz können von entscheidender Bedeutung für die Ausgestaltung von Nachfolgeregelungen sein.

Die unentgeltliche, im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erfolgte Übertragung eines Betriebs, eines Teilbetriebs oder eines Anteils eines Mitunternehmers erfolgt gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG in der Regel zu Buchwerten ohne Auflösung der stillen Reserven, also steuerneutral.

In der Beratungspraxis verbreitet ist insbesondere bei Grundstücken die Übertragung unter gleichzeitiger Einräumung eines Vorbehaltsnießbrauchs für den Übergeber. Der Übergeber behält sich die Nutzung der Früchte u.a. aus dem Aspekt der Alterssicherung vor. Formal wird das Grundstück bereits in die nächste Generation weitergegeben.

Die Zurückbehaltung eines Vorbehaltsnießbrauchs und die daraus resultierende Fortsetzung der bisherigen gewerblichen Tätigkeit des Übertragenden steht jedoch dem steuerneutralen unentgeltlichen Betriebsübergang entgegen (BFH Urteil vom 25.01.2017 – X R 59/14). Nach Auffassung des BFH ist Zweck des § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG die Bewahrung der wirtschaftlichen Einheit. Dies wird aber gerade nicht erreicht, wenn der neue Betriebsinhaber nicht in die Lage versetzt wird, die gewerbliche Einheit fortzusetzen, weil der frühere Betriebsinhaber weiterhin unter Einsatz des übertragenen Betriebsvermögens gewerblich tätig ist. Um einen steuerneutralen Betriebsübergang zu erreichen verlangt der BGH die Einstellung der bisherigen gewerblichen Tätigkeit des Übertragenden für die Anwendung des § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG. Erfolgt dieses nicht, erfolgt eine Aufdeckung der stillen Reserven beim Betriebsübergang.

### Konsequenzen für die Praxis

Der Vorbehaltsnießbrauch ist für die Übertragung eines Betriebs, eines Teilbetriebs oder eines Anteils eines Mitunternehmers in der Regel nicht die geeignete Lösung, um dem Übergeber eine Alterssicherung zu gewährleisten. Auch ein Grundstück, z.B. mit aufstehender Gastwirtschaft ist als Betrieb iSd EStG zu betrachten. Alternative Gestaltungsmöglichkeiten bestehen bspw. darin, den oder die Betriebsnachfolger unter Anwendung des § 6 Abs. 3 Satz 1 2. Halbsatz EStG in das Unternehmen aufzunehmen.

Rechtsanwalt  
Johannes Zimmermann  
Fachanwalt für Erbrecht  
Fachanwalt für Insolvenzrecht  
Fachanwalt für Steuerrecht

**Impressum:**

Rechtsanwälte Zimmermann & Manke  
Ringstr. 7-9  
29525 Uelzen

Telefon: 0581 – 90 10 0  
Telefax: 0581 – 90 10 20

E-Mail: [buero@zm-kanzlei.de](mailto:buero@zm-kanzlei.de)  
Website: <http://www.zm-kanzlei.de>

**Bislang erschienene Ausgaben des Mandantenrundbriefs:**

- [Mandantenrundbrief Nr. 6 – 1. Quartal 2017 \(als PDF-Datei herunterladen\)](#)
- [Mandantenrundbrief Nr. 5 – 4. Quartal 2016 \(als PDF-Datei herunterladen\)](#)
- [Mandantenrundbrief Nr. 4 – 3. Quartal 2016 \(als PDF-Datei herunterladen\)](#)
- [Mandantenrundbrief Nr. 3 – 2. Quartal 2016 \(als PDF-Datei herunterladen\)](#)
- [Mandantenrundbrief Nr. 2 – 4. Quartal 2015 \(als PDF-Datei herunterladen\)](#)
- [Mandantenrundbrief Nr. 1 – 3. Quartal 2015 \(als PDF-Datei herunterladen\)](#)