

## Gesamtthemenbrief

### Ihre Mandanteninformationen des Monats [Februar 2010]

Sehr geehrte Damen und Herren,

der Ihnen nun vorliegende Brief möchte Sie über wesentliche, vollzogene oder geplante Änderungen im Steuer- und Wirtschaftsrecht der letzten Monate informieren und Ihnen Anlass bieten, auch bestehende Sachverhalte zu überprüfen.

Bitte lesen Sie im Einzelnen:

#### Inhalt

##### Privatbereich

1. Außerordentliche Kündigung bei vorgetäuschter Arbeitsunfähigkeit
2. Wärmedämmung einer Hauswand über die Grundstücksgrenze hinaus
3. Anrechnung von Vorempfängen auf Erbteile
4. Anschaffung eines Gebäudes: Anschaffungsnahe Aufwendungen
5. Aufwendungen für Sprachkurs im EU-Ausland als Werbungskosten
6. Schenkungsteuer: Vermögensübertragung auf rechtsfähige Stiftung
7. Abzugsfähigkeit bei Dienstreisen mit Urlaub: Rechtsprechungsänderung

##### Unternehmer und Freiberufler

1. Vorsteuerabzug: 10 %-Grenze gilt weiterhin
2. Buchführungspflicht hängt auch von den Auslandsumsätzen ab
3. Pkw-Überlassung an Handelsvertreter
4. Abgabe von Speisen und Getränken: 7 oder 19 %
5. Neues zur Kfz-Nutzung aus dem BMF
6. Umsetzung von EU-Vorgaben im UStG
7. Verfassungsbeschwerde gegen die Zulässigkeit privater Digitalkopien
8. Krankmeldung nach Streit mit Arbeitgeber
9. Lieferung und Einpflanzung von Pflanzen, zu welchem Steuersatz?
10. Unternehmensfortführung i. S. v. § 25 Abs. 1 HGB

##### GmbH-Gesellschafter/-Geschäftsführer

1. Abzinsungspflicht für unverzinsliche Gesellschafterdarlehen
2. Erkennbarkeit des Missbrauchs der Vertretungsmacht durch GmbH-GF

## **1. Außerordentliche Kündigung bei vorgetäuschter Arbeitsunfähigkeit**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Bei besonders schweren Pflichtverletzungen kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis auch ohne vorherige Abmahnung fristlos kündigen. Das Hessische Landesarbeitsgericht hatte nunmehr darüber zu entscheiden, ob eine fristlose Kündigung wirksam ist, wenn ein arbeitsunfähiger Arbeitnehmer auf ein Angebot zur Schwarzarbeit eingeht, sich aber außerhalb des Lohnfortzahlungszeitraums befindet, also dem Arbeitgeber kein unmittelbarer wirtschaftlicher Schaden entstehen würde.

### **Entscheidung**

Nach 20-jähriger Beschäftigung wurde dem Kläger betriebsbedingt gekündigt. Nachdem der Kläger darauf hin langfristig erkrankte, schaltete der Arbeitgeber einen Detektiv ein, der dem Kläger ein fingiertes Angebot zur Schwarzarbeit unterbreitete, das der Kläger bereit war anzunehmen. Daraufhin kündigte der Arbeitgeber fristlos. In der hiergegen eingelegten Klage trug der Kläger vor allen Dingen vor, dass der sechswöchige Entgeltfortzahlungszeitraum schon abgelaufen gewesen sei, so dass dem Arbeitgeber kein finanzieller Schaden entstanden sei. Das Landesarbeitsgericht wies die Klage ab. Nach dem Ergebnis des Verfahrens stehe fest, dass der vermeintlich kranke Kläger schwarz gearbeitet habe, womit der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttert sei. Eine vorgetäuschte Arbeitsunfähigkeit könne aber eine erhebliche Vertragspflichtverletzung darstellen, die auch ohne vorherige Abmahnung eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertige. Das gelte auch dann, wenn - wie hier - zum Zeitpunkt der Täuschungshandlung der sechswöchige Entgeltfortzahlungszeitraum schon abgelaufen sei und der Arbeitnehmer sich damit keine Entgeltfortzahlung erschlichen habe.

### **Konsequenz**

Bereits das Vortäuschen der Arbeitsunfähigkeit reicht aus, eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Dabei kann das Vortäuschen der Arbeitsunfähigkeit dadurch nachgewiesen werden, dass der vermeintlich kranke Arbeitnehmer auf ein Angebot zur Schwarzarbeit eingeht.

## **2. Wärmedämmung einer Hauswand über die Grundstücksgrenze hinaus**

### **Kernaussage**

Der Eigentümer eines Grundstücks muss es nicht dulden, dass die Wand eines an die Grundstücksgrenze gebauten Nachbarhauses mit Wärmedämmplatten versehen wird, die mehrere Zentimeter in den Luftraum seines Grundstücks hineinragen.

### **Sachverhalt**

Die benachbarten Parteien streiten im Wege des einstweiligen Verfügungsverfahrens um die Zulässigkeit eines Überbaues an einer Außenwand zum Zwecke der Wärmedämmung. Der Beklagte ließ Anfang 2009 mit nachträglicher Genehmigung des Klägers auf dessen Grundstück in der Einfahrt an seiner Fassade ein Gerüst aufstellen, um Instandsetzungsarbeiten am Giebel vorzunehmen. Später stellte der Kläger fest, dass der Beklagte begann, auf der Außenwand seines Hauses eine Isolierung anzubringen, die im fertigen Zustand mit einer Breite von 15 cm in sein Grundstück hineinragen und die Einfahrt verengen würde. Nach erfolglosem Widerspruch gegen die Dämmmaßnahmen

erwirkte der Kläger beim LG den Erlass einer einstweiligen Verfügung, die dem Beklagten das Anbringen einer in das Grundstück des Klägers hineinragenden Isolierung untersagte. Auf den Widerspruch des Beklagten wurde die Verfügung durch Urteil bestätigt. Die hiergegen gerichtete Berufung des Beklagten blieb erfolglos.

### **Entscheidung**

Dem Kläger stand gegen den Beklagten der geltend gemachte Unterlassungsanspruch zu. Nach den zivilgesetzlichen Vorschriften hat ein Nachbar einen Überbau zu dulden, wenn der Grundstückseigentümer bei der Errichtung eines Gebäudes über die Grenze gebaut hat, ohne vorsätzlich oder grob fahrlässig zu handeln, und wenn nicht vor oder unverzüglich nach der Grenzüberschreitung Widerspruch eingelegt wurde. Hier handelte der Beklagte zumindest grob fahrlässig. Er hätte sich durch Hinzuziehung eines Vermessungsingenieurs vergewissern müssen, ob der für die Bebauung vorgesehene Grund und Boden in seinem Eigentum steht und er seine Grundstücksgrenzen überschreitet. Auch führt allein das generelle Interesse des Eigentümers oder das Gemeinwohlinteresse an einer besseren Wärmedämmung nicht schon zu einer Duldungspflicht aufgrund des nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses. Zwingende Gründe für die Dämmung waren vom Beklagten nicht vorgetragen worden

### **3. Anrechnung von Vorempfängen auf Erbteile**

#### **Kernfrage/Rechtslage**

Vorempfänge, die ein Miterbe erhalten hat, sind nur dann im Rahmen der Erbaueinandersetzung untereinander auszugleichen bzw. auf ein Erb- oder Pflichtteil anzurechnen, also als Auseinandersetzungsbestimmung zu berücksichtigen, wenn dies gesetzlich vorgesehen oder vom Erblasser angeordnet worden ist. Dabei stellt sich die Frage, ob diese Anordnung des Erblassers in testamentarischer Form erfolgen muss, oder ob diese auch rechtsgeschäftlich erfolgen kann. Hierüber hatte der Bundesgerichtshof zu entscheiden.

#### **Entscheidung**

Der Kläger ist der Sohn des Erblassers aus erster Ehe. In einem ersten Testament aus 1978 setzte der Erblasser seine zweite Ehefrau, den Kläger und dessen Halbschwester zu gleichen Teilen als Erben ein. Der Erblasser schenkte dem Kläger im Juli 1978 einen Betrag von 3,6 Mio. DM. Gleichzeitig legte er in einer vom Kläger unterschriebenen Schenkungsvereinbarung fest, dass dieser sich den Betrag auf seinen Erb- oder Pflichtteil anrechnen lassen muss. Mit notariellem Erbvertrag aus 1984 verzichtete der Kläger gegenüber dem Erblasser auf seinen Pflichtteil. Im gleichen Jahr setzte der Erblasser den Kläger erbvertraglich zu einem Viertel seines Nachlasses als Erben ein. Nach dem Tod seiner zweiten Frau im Jahre 1995 heiratete der Erblasser die Beklagte. Im Jahre 1997 gewährte der Erblasser dem Kläger eine weitere Zuwendung in Höhe von 600.000 DM. In eigenhändigen Testamenten aus den Jahre 1998 und 1999 wurde der Kläger enterbt und festgestellt, dass er seinen Pflichtteil bereits erhalten habe. Mit seiner Klage begehrte er die Feststellung, dass er sich die Schenkung von 3,6 Mio. DM nicht auf sein durch Erbvertrag aus 1984 erhaltenes Erbe anrechnen lassen müsse. Widerklagend beantragte die Beklagte festzustellen, dass sich der Kläger auch den Betrag von 600.000 DM auf seinen Erbteil anrechnen lassen müsse. Das Gericht gab dem Kläger Recht.

Die Anordnungen zur Anrechnung der Vorempfänge auf den Erbteil in den

Testamenten des Erblassers aus 1998 und 1999 waren unwirksam, weil es um eine Einschränkung oder Aufhebung der Erbeinsetzung ging, die nicht testamentarisch aufgehoben werden konnte. Es hätte eines ändernden Erbvertrages bedurft. Außerhalb der gesetzlichen Anrechnungsregelungen konnte der Erblasser keine Anrechnungen von Vorempfängen im Erbfall vereinbaren. Will er dies erreichen, muss er dies durch letztwillige Verfügung anordnen.

### **Konsequenz**

Ein Erblasser, der bei der Auseinandersetzung unter Miterben die Anrechnung von Vorempfängen auf den Erbteil über die dazu bestehenden gesetzlichen Regeln hinaus erreichen will, muss dies durch letztwillige Verfügung anordnen. Für Erbauseinandersetzungen verbindliche Anordnungen können nicht durch Rechtsgeschäft unter Lebenden getroffen werden.

## **4. Anschaffung eines Gebäudes: Anschaffungsnahe Aufwendungen**

### **Kernproblem**

Aufwendungen für Instandsetzungs- und Modernisierungsmaßnahmen eines Gebäudes gehören zu den Herstellungskosten, wenn sie innerhalb von drei Jahren nach der Anschaffung des Gebäudes durchgeführt werden und die Aufwendungen (ohne Umsatzsteuer) 15 % der Anschaffungskosten des Gebäudes übersteigen (anschaffungsnahe Aufwand). Nicht dazu gehören Erhaltungsaufwendungen, die jährlich üblicherweise anfallen. Welche Aufwendungen unter dieser Vorschrift im Einzelnen zu subsumieren sind, ist umstritten. Insbesondere besteht Streit darüber, ob auch Schönheitsreparaturen, die jährlich üblicherweise anfallen, darunter zu qualifizieren sind.

### **Sachverhalt**

Im Streitfall hatte der Hauserwerber die Arbeiten aus rein optischen und ästhetischen Gründen vorgenommen. Im Einzelnen tauschte er einzelne Fenster, Fensterbänke und Rollladenkästen aus, setzte neue Zargen und Türen ein, verlegte in mehreren Zimmern Laminat, schlug Wand- und Bodenfliesen in Küchen und Bädern ab und brachte neue Fliesen an, entfernte Holzdecken und installierte Rigipsplatten, verputzte Wände und tapezierte sie neu, versah Decken mit Rauputz und strich sie neu, tauschte Badewanne, Toilettenschüssel und Waschbecken aus und erneuerte vergilbte Steckdosen.

### **Entscheidung**

Die BFH-Richter wiesen die Revision des Vermieters zurück. So seien die baulichen Maßnahmen nicht lediglich Schönheitsreparaturen. Hierunter definiere man das Beseitigen von Mängeln, die durch den vertragsgemäßen Gebrauch entstanden sind, z. B. das Tapezieren, Anstreichen oder Kalken der Wände und Decken, das Streichen der Fußböden, Heizkörper einschließlich Heizrohre, der Innentüren sowie der Fenster und Außentüren von innen. Zudem seien gemäß gesetzlicher Regelung solche Aufwendungen, die für sich genommen zwar jährlich anfallende Erhaltungsaufwendungen oder Schönheitsreparaturen bilden, insgesamt als anschaffungsnahe Herstellungskosten zu behandeln, wenn sie in engem räumlichen, zeitlichen und sachlichen Zusammenhang zueinander stehen und in ihrer Gesamtheit eine einheitliche Baumaßnahme bilden.

### **Konsequenz**

Plant man neben der Modernisierung des Hauses innerhalb des schädlichen Dreijahreszeitraums auch den Beitrag des Finanzamts in Form von kurzfristigen Steuervorteilen mit ein, sollte die 15 %-Grenze im Auge behalten werden.

Droht Streit, bietet sich die Verlagerung einer Baumaßnahme an. Hierfür gilt nicht das Rechnungsdatum, sondern der Abschluss der Baumaßnahme. Gestaltungsmöglichkeiten hat der Gesetzgeber in Kauf genommen.

## **5. Aufwendungen für Sprachkurs im EU-Ausland als Werbungskosten Kernproblem**

Bei einem Sprachkurs im Ausland ist durch eine Gesamtwürdigung zu bestimmen, ob neben den reinen Kursgebühren auch die Aufwendungen für die mit dem Sprachkurs verbundene Reise beruflich veranlasst und demzufolge als Werbungskosten abziehbar sind. Dass dies auch bei einem Sprachkurs in Mexiko möglich ist, bestätigte jetzt das FG Rheinland-Pfalz. Der Steward einer Fluglinie strebte die Position eines Chefstewards an (was ihm auch gelang). Das setzte neben Englisch die Beherrschung einer weiteren Fremdsprache voraus. Deswegen belegte der Steward im Rahmen eines Bildungsurlaubs einen zweiwöchigen Spanisch-Kurs an einer Sprachschule in Cancun. Dafür machte er wegen Nutzung eines unentgeltlichen Standby-Flugs noch verhältnismäßig geringe Aufwendungen von etwa 700 EUR für Unterkunft/Verpflegung geltend, die neben unstreitigen Kursgebühren nicht anerkannt wurden.

### **Bisherige Rechtsprechung**

Der BFH setzt voraus, dass die Reise ausschließlich oder nahezu ausschließlich der beruflichen Sphäre zuzuordnen ist. Hierfür erforderlich ist ein unmittelbarer beruflicher Anlass. Die Verfolgung privater Reiseinteressen darf nicht den Schwerpunkt bilden. Gleiches gilt, wenn zwar kein unmittelbarer beruflicher Anlass zugrunde liegt, die berufliche Veranlassung aber bei weitem überwiegt und die Befriedigung privater Interessen nach dem Anlass der Reise, dem vorgesehenen Programm und der tatsächlichen Durchführung nur von untergeordneter Bedeutung ist. Bei einem Fremdsprachenlehrgang setzt der BFH einen konkreten Zusammenhang mit der Berufstätigkeit voraus.

### **Entscheidung des FG**

Nach Auffassung der Finanzrichter könne der Abzug nicht alleine deshalb versagt werden, weil der Sprachkurs im Ausland stattgefunden habe. So wolle auch der BFH bei einem Sprachkurs in einem anderen Mitgliedsland der EU nicht mehr typisierend unterstellen, dass dieser wegen der jeder Auslandsreise innewohnenden touristischen Elemente eher Berührungspunkte zur privaten Lebensführung aufweise als ein Inlandssprachkurs. Zudem sei eine Sprache im Allgemeinen in dem Land effizienter zu erlernen, in dem sie auch gesprochen werde. Der Kurs habe zwar nicht in einem Land der EU stattgefunden, jedoch kam hier zum Tragen, dass die Kosten in Mexiko deutlich geringer und Flugkosten nicht angefallen waren. Für das FG waren auch der vorgelegte Stundenplan und die Tatsache von Bedeutung, dass der Kurs während des Bildungsurlaubs stattgefunden habe.

### **Konsequenz**

Die Revision wurde nicht zugelassen. Zwar ist das Urteil noch nicht rechtskräftig, es macht aber auch so deutlich, dass die obligatorische Verweisung der Verwaltung auf gemischten Aufwand immer öfter nicht ausreicht.

## **6. Schenkungsteuer: Vermögensübertragung auf rechtsfähige Stiftung Kernfrage/Rechtslage**

Wird eine Unternehmensbeteiligung unter Wert veräußert, kann - jedenfalls dann, wenn keine tatsächlichen Gründe für den Kaufpreis unter Wert vorliegen - von einer Schenkung des Verkäufers an den Käufer auszugehen sein.

Diese unterliegt dann der Schenkungsteuer. Entsprechendes gilt für alle Fälle, in denen eine Unternehmensbeteiligung zu einem zu geringen Preis eingeräumt wird (im konkreten Fall Beitritt zu einer GmbH gegen Kapitalerhöhung unter Wert). Der Bundesfinanzhof hatte in einer jüngst veröffentlichten Entscheidung darüber zu befinden, ob eine Schenkung auch dann angenommen werden kann, wenn die Beteiligung nur mittelbar (z. B. über den Umweg einer Konzernstruktur) "geschenkt" wird.

### **Entscheidung**

Die Klägerin war Begünstigte aus einer rechtsfähigen liechtensteinischen Familienstiftung. Diese Stiftung hielt über eine Holding diverse Unternehmensbeteiligungen, die wiederum an anderen Unternehmen beteiligt waren. Nachdem sich eine dieser Beteiligungsgesellschaften der "zweiten Ebene" zu einem Preis unter Wert an einem Unternehmen beteiligte, war das Finanzamt der Ansicht, wegen des zu geringen Preises liege eine freigebige Zuwendung (= Schenkung) der Verkäufer zugunsten der Holding und damit der Stiftung vor. Das Finanzamt erließ gegen die Klägerin einen Schenkungssteuerbescheid, gegen den die Klägerin mit Erfolg klagte. Bei der Prüfung, wer als Zuwendender und Bedachter an einer Schenkung beteiligt ist, kommt es auf die Zivilrechtsslage und nicht darauf an, wem nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise Vermögen oder Einkommen zuzurechnen ist. Die Klägerin hatte aufgrund der getroffenen zivilrechtlichen Vereinbarungen weder ein (anteiliges) Bezugsrecht noch einen Anteil an dem erworbenen Unternehmen. Es hatte sich allenfalls der Wert ihrer Begünstigung durch die Stiftung erhöht. Dieser lediglich wirtschaftliche Vorteil war aber nicht Gegenstand einer Vermögensverschiebung und damit auch nicht einer Schenkung an die Klägerin.

### **Konsequenz**

Übernimmt eine (mittelbar) zum Vermögen einer rechtsfähigen Stiftung gehörende GmbH im Zuge einer Kapitalerhöhung bei einer anderen Gesellschaft den neuen Geschäftsanteil zu einer Einlage weit unter Wert, liegen darin keine freigebigen Zuwendungen an die Begünstigten der Stiftung.

## **7. Abzugsfähigkeit bei Dienstreisen mit Urlaub: Rechtsprechungsänderung**

### **Kernfrage**

Wird an eine Dienstreise noch ein privater Urlaub angehängt, stellt sich die Frage nach der Abzugsfähigkeit der Kosten für den beruflichen Anteil. Problematisch waren insbesondere Kosten für die Hin- und Rückreise, da diese sowohl beruflich als auch privat veranlasst gewesen sind. Die Finanzämter haben regelmäßig den Abzug mit Hinweis auf das sog. Aufteilungsverbot versagt.

### **Sachverhalt**

Der Steuerpflichtige hat für vier Tage eine Computer-Messe in den USA besucht und anschließend noch drei Tage Urlaub dort verbracht. Die den vier beruflichen Tagen zuzuordnenden Aufwendungen wurden vom Finanzamt zum Abzug zugelassen. Die Kosten des Hin- und Rückfluges wurden nicht anerkannt, da sie auch privat veranlasst gewesen seien.

### **Entscheidung**

Der Große Senat des BFH hat entschieden, dass Aufwendungen für die Hin- und Rückreise bei gemischt beruflich und privat veranlassten Reisekosten grundsätzlich zeitanteilig aufgeteilt werden können. Voraussetzung ist, dass die beruflich veranlassten Zeiteile feststehen und nicht von untergeordneter Bedeutung sind. Notfalls sind die Anteile zu schätzen.

Eine Aufteilung ist jedoch dann nicht zulässig, wenn eine Trennung nach objektivierbaren Kriterien nicht möglich ist.

### **Konsequenz**

Der BFH hat seine bisherige Rechtsprechung geändert. Danach hatte er dem § 12 Nr. 1 Satz 2 EStG ein allgemeines Aufteilungs- und Abzugsverbot für gemischt veranlasste Aufwendungen entnommen. Steuerpflichtige werden nunmehr Reisekosten in größerem Umfang als bisher zum Abzug als Betriebsausgaben oder Werbungskosten bringen. Zudem wird das Urteil auch Auswirkungen auf andere gemischt veranlasste Kosten haben.

## **Unternehmer und Freiberufler**

### **1. Vorsteuerabzug: 10 %-Grenze gilt weiterhin**

#### **Einführung**

Das nationale UStG lässt den Vorsteuerabzug für den Erwerb von Gegenständen für das Unternehmen nur zu, wenn diese zu mindestens 10 % unternehmerisch genutzt werden. Die MwStSystRL kennt eine solche Beschränkung nicht. Die deutsche Regelung bedurfte daher einer Genehmigung der EU, um Anwendung finden zu können. Diese wurde erteilt, läuft jedoch zum 31.12.2009 aus.

#### **Neues aus der EU**

Die EU-Kommission hat nun Deutschland ermächtigt, die Ausnahmeregelung bis zum 31.12.2012 beizubehalten.

#### **Konsequenz**

Werden Gegenstände erworben, die zu weniger als 10 % genutzt werden, ist ein Vorsteuerabzug aus den Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten nicht möglich. Entscheidend sind die unternehmerische Nutzung und die ertragsteuerliche Behandlung. Der Ausweis als Betriebsvermögen oder nicht, ist hingegen insoweit ohne Bedeutung. Die 10 %-Grenze betrifft jedoch nicht die laufenden Kosten. Wird daher z. B. ein Fahrzeug angeschafft, das zu weniger als 10 % unternehmerisch genutzt wird, kann die Vorsteuer in Höhe des unternehmerischen Nutzungsanteils geltend gemacht werden. Bei Kosten, die ausschließlich die unternehmerische Nutzung betreffen, z. B. Reparaturkosten bedingt durch einen Unfall anlässlich einer rein unternehmerischen Fahrt, ist sogar der volle Vorsteuerabzug möglich.

### **2. Buchführungspflicht hängt auch von den Auslandsumsätzen ab**

#### **Einführung**

Unabhängig von der handelsrechtlichen Verpflichtung zur Buchführung werden Steuerpflichtige nach der AO zur Buchführung verpflichtet, wenn ihr Umsatz 500.000 EUR im Kalenderjahr überschreitet. Umstritten war bisher, ob nicht steuerbare Auslandsumsätze bei der Prüfung der Umsatzgrenze zu berücksichtigen sind.

#### **Fall**

Ein eingetragener Verein erzielte mit der Ausrichtung von Veranstaltungen im In- und Ausland Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Den Gewinn hieraus ermittelte der Verein durch Einnahmen-Überschussrechnung. Im Jahr 2004 tätigte der Verein steuerbare und steuerpflichtige Inlandsumsätze i. H. v. 2.797 EUR sowie nicht steuerbare Auslandsumsätze i. H. v. 563.611 EUR. Das Finanzamt forderte ihn daraufhin auf, Bücher zu führen und den Gewinn mittels Bilanzierung zu ermitteln, da es die Umsatzgrenze als überschritten ansah.

Der Verein folgte dieser Auffassung nicht, da seines Erachtens die Auslandsumsätze insoweit nicht zu berücksichtigen seien.

### **Neues Urteil**

Der BFH bestätigt die Finanzverwaltung. Die in der AO definierte Umsatzgrenze ist auf Basis sämtlicher Umsätze zu ermitteln, unabhängig davon, ob diese steuerbar sind oder nicht.

### **Konsequenz**

Dem Urteil ist zuzustimmen, da die Notwendigkeit einer Buchführungspflicht nicht davon abhängig sein kann, wo ein Umsatz erzielt wird. Unternehmen mit entsprechend hohen Auslandsumsätzen müssen nun aber nicht in Panik verfallen. Das Finanzamt muss die Unternehmen zur Buchführung auffordern. Die Verpflichtung greift dann erst mit Beginn des auf die Aufforderung folgenden Wirtschaftsjahres.

## **3. Pkw-Überlassung an Handelsvertreter**

### **Einführung**

Sachverhalte, die als Tausch bzw. tauschähnlicher Umsatz qualifiziert werden, unterliegen der Umsatzsteuer. Im Gegensatz hierzu ist die Beistellung von Waren und Dienstleistungen nicht steuerbar. Eine Beistellung liegt z. B. dann vor, wenn der die Leistung empfangende Unternehmer dem leistenden Unternehmer einen Gegenstand zur Nutzung überlässt, zwecks Ausführung der für ihn bestimmten Leistung.

### **Sachverhalt**

Der Kläger vertrieb Haushaltswaren über selbstständige Handelsvertreterinnen. Diesen stellte er Kfz zur Verfügung. Das Finanzamt sah in der Kfz-Überlassung eine Zusatzprovision für die Vertreterinnen und unterwarf diese als tauschähnlichen Umsatz der Umsatzsteuer. Nach Ansicht des Klägers lag kein Leistungsaustausch vor, da die Überlassung der Pkw alleine seinen eigenen wirtschaftlichen Interessen diene.

### **Neues Urteil**

Für den BFH ist entscheidend, ob eine private Nutzung der überlassenen Pkw durch die Vertreterinnen auszuschließen ist. Der Kläger hatte ein solches Verbot ausgesprochen, allerdings nicht überwacht. Dies reicht dem BFH nicht aus, um eine nicht steuerbare Beistellung anzunehmen. Die Überlassung der Kfz unterliegt daher der Umsatzsteuer.

### **Konsequenz**

Auch wenn das Urteil ungünstig für den Kläger ist, so schließt es nicht aus, dass eine Kfz-Überlassung auch ohne umsatzsteuerliche Folgen bleibt. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass eine Nutzung der Kfz für andere Zwecke als die Vertriebstätigkeit, insbesondere für private Zwecke, ausgeschlossen ist. Hierzu reicht ein Verbot alleine nicht aus. Vielmehr muss dies auch tatsächlich beachtet, überwacht und letztendlich durchgesetzt werden.

## **4. Abgabe von Speisen und Getränken: 7 oder 19 %**

### **Einführung**

Ein für die Gastronomie unsägliches Thema ist die Bestimmung des zutreffenden Steuersatzes bei der Abgabe von Speisen und Getränken. Was in der Theorie einfach klingt, die Lieferung von Nahrungsmitteln ist begünstigt, Dienstleistungen in Verbindung hiermit nicht, beschäftigt die Finanzgerichtsbarkeit endlos.

## **Rechtslage**

Das BMF hat sich in 2008 noch ausführlich zu der Thematik ausgelassen. Demnach kommt der Regelsteuersatz zum Zuge, wenn das Dienstleistungselement qualitativ überwiegt. In dieser Betrachtung sollte die Zubereitung der Speisen außen vor bleiben, da das BMF die Zubereitung als notwendiges Element der Vermarktung der Speisen ansah. Diese Grundaussage des Schreibens wurde kurz darauf durch ein Urteil des BFH ad absurdum geführt. Für die Praxis stellt sich daher unverändert die Frage, was ist zu tun?

## **Neue Beschlüsse des BFH**

Der BFH hat nun offensichtlich die Nase voll. Er hat dem EuGH u. a. folgende grundlegenden Fragen zur Abgrenzung der Lieferung von Nahrungsmitteln gegenüber von Restaurationsdienstleistungen vorgelegt: Der BFH hält es aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht für zweifelhaft, ob es sich bei der Abgabe von Speisen zum sofortigen Verzehr überhaupt um eine Lieferung handelt. Hält der EuGH dies für möglich, so möchte der BFH wissen, ob Speisen und Mahlzeiten, die z. B. durch Kochen, Braten o. ä. zum sofortigen Verzehr zubereitet worden sind, als begünstigte Nahrungsmittel im Sinne der MwStSystRL gelten oder dieser Begriff nur Nahrungsmittel umfasst, die typischerweise im Lebensmitteleinzelhandel verkauft werden. Ferner erwartet der BFH vom EuGH eine Aussage darüber, ob die Zubereitung von Speisen als ein wesentliches Dienstleistungselement zu berücksichtigen ist, das in Kombination mit weiteren Dienstleistungen dazu führt, dass insgesamt eine nicht begünstigte Dienstleistung vorliegt.

## **Konsequenz**

Die Anfragen des BFH lassen vermuten, dass dieser dazu tendiert, die Begünstigung sehr restriktiv anzuwenden. Nur wenn der EuGH zu dem Ergebnis käme, dass die Zubereitung von Speisen keine begünstigte Lieferung darstelle, würde steuerlich Klarheit herrschen, wenn dies auch nicht im Sinne der betroffenen Unternehmen wäre. Ansonsten wird es wohl trotz Klärung einiger grundlegender Fragen unverändert Streit um Details geben. Gastronomiebetriebe sollten prüfen, ob sie angesichts der beim EuGH anhängigen Verfahren Veranlagungen offen halten oder Rechtsmittel einlegen müssen.

## **5. Neues zur Kfz-Nutzung aus dem BMF Einführung**

Werden betriebliche Fahrzeuge auch für private Zwecke genutzt, so ist diese Privatnutzung zu versteuern. Zur Ermittlung des Privatanteils stehen, z. T. in Abhängigkeit vom Umfang der betrieblichen Nutzung, verschiedene Verfahren zur Verfügung, z. B. die 1 %-Methode sowie die Fahrtenbuchmethode.

### **Neue Verwaltungsanweisung**

Das BMF stellt in einem aktuellen Schreiben dar, wie die private Kfz-Nutzung ertragsteuerlich zu ermitteln ist. Das Schreiben befasst sich u. a. mit den folgenden Themen:

- Nachweis der betrieblichen Nutzung (grundsätzlich),
- Nachweis einer betrieblichen Nutzung von mehr als 50 % als Voraussetzung für die Anwendung der 1 %-Methode,
- Nutzung mehrerer betrieblicher Fahrzeuge,
- Nutzung von Fahrzeugen für verschiedene Einkunftsarten,
- Kostendeckelung,
- Anforderungen an ein (elektronisches) Fahrtenbuch etc.

### **Konsequenz**

Das Schreiben ist, von Ausnahmen abgesehen, ab dem 1.1.2010 anzuwenden. Es stellt weitestgehend, unter Berücksichtigung der Gesetzgebung und der Rechtsprechung, eine aktualisierte Zusammenfassung der bisherigen Verlautbarungen dar. Allerdings bietet das Schreiben auch eine besonders unerfreuliche Neuerung für den Fall, dass mehrere Kfz im Betriebsvermögen gehalten werden. Konnte bei Einzelunternehmern mit mehreren betrieblichen Kfz ausgeschlossen werden, dass diese durch Familienangehörige genutzt werden, so wurde bisher nur die private Nutzung des Kfz mit dem höchsten Listenpreis der Besteuerung zugrunde gelegt. Nunmehr soll für alle Kfz der private Nutzungsanteil ermittelt werden, es sei denn, dass sie für eine private Nutzung nicht geeignet sind oder ausschließlich eigenen Arbeitnehmern überlassen werden. Wer eine solche Besteuerung verhindern will, muss für alle in Frage kommenden Kfz ein Fahrtenbuch führen. Allerdings ist zu erwarten, dass diese Auffassung des BMF demnächst die Finanzgerichte beschäftigen wird. Denn der Umfang der privaten Nutzung eines Kfz durch einen Unternehmer hängt von der Zahl der Nutzer ab, nicht jedoch von der Anzahl der durch den Unternehmer genutzten Kfz, m. a. W. man fährt nur einmal.

### **6. Umsetzung von EU-Vorgaben im UStG Einführung**

Weniger öffentlichkeitswirksam als die Einführung des ermäßigten Steuersatzes für Beherbergungsleistungen sind die Änderungen des UStG durch das Gesetz zur Umsetzung steuerrechtlicher EU-Vorgaben sowie weiterer steuerrechtlicher Regelungen. Dies wundert auch nicht, da es sich um Änderungen handelt, welche das Gemeinschaftsrecht fordert, die bisher aber nicht oder nicht zutreffend ins nationale UStG umgesetzt wurden. Das Gesetz arbeitet somit vorwiegend Versäumnisse der Vergangenheit auf, wird aber dafür im Gegensatz zu anderen Gesetzesvorhaben wenigstens seinem Namen gerecht.

## **Referentenentwurf**

Der Referentenentwurf sieht folgende wesentlichen Änderungen vor: 1. Steuerbefreiung für Universalpostdienstleistungen: Ab dem 1.7.2010 werden Postdienstleistungen von der Umsatzsteuer befreit, die die Grundversorgung der Bevölkerung sicherstellen; die Beschränkung auf die Deutsche Post AG entfällt. Steuerbefreit sind die Beförderung von Briefsendungen, Büchern u. ä. bis zu 2 Kilogramm, adressierten Paketen bis 10 Kilogramm sowie Einschreib- und Wertsendungen. Alle anderen Leistungen, z. B. Expresszustellungen, unterliegen dann der Umsatzsteuer. 2. Steuerentstehung: Für innergemeinschaftliche Dienstleistungen, bei denen der Leistungsempfänger Steuerschuldner ist, entsteht die Umsatzsteuer zukünftig mit Ausführung der Leistung. Soweit es sich hierbei um Dauerleistungen (z. B. Miete) handelt, muss spätestens zum Ende eines jeden Kalenderjahres eine Besteuerung erfolgen. 3. Zusammenfassende Meldung (ZM): Die Frist für die Abgabe der ZM wird ab dem 1.7.2010 vom Quartal auf monatlich verkürzt. Soweit die Bemessungsgrundlage der zu meldenden Leistungen im laufenden sowie den vier vorherigen Quartalen jeweils nicht mehr als 50.000 EUR (bis 2011: 100.000 EUR) betragen hat, kann weiterhin quartalsweise abgegeben werden. Die ZM ist auf den 25. Tag des Folgemonats abzugeben, die Dauerfristverlängerung entfällt. 4. Umsatzsteuer-Identifikationsnummer: Ab dem 1.1.2010 wird jedem Unternehmer ohne einschränkende Bedingungen auf Antrag eine USt-IDNr. zugeteilt.

## **Konsequenz**

Da der Entwurf notwendige EU-Vorgaben betrifft, ist zu erwarten, dass er umgesetzt wird. Unternehmen, die grenzüberschreitend Leistungen erbringen, müssen ihre Finanzbuchhaltung ab dem 1.7.2010 so organisieren, dass die ZM pünktlich abgegeben werden kann, z. B. am 25.8.2010 für den Monat Juli 2010. Dies ist unabhängig vom Vorliegen einer Dauerfristverlängerung für die Umsatzsteuervoranmeldung.

## **7. Verfassungsbeschwerde gegen die Zulässigkeit privater Digitalkopien** **Einführung**

Einzelne Vervielfältigungen eines Werkes durch eine natürliche Person sind zum privaten Gebrauch auf beliebigen Trägern zulässig, sofern sie nicht Erwerbszwecken dienen. Unternehmen der Musikindustrie müssen es aufgrund dieser Norm hinnehmen, dass private Digitalkopien der von ihnen auf den Markt gebrachten Tonträger grundsätzlich zulässig sind. Aufgrund der rasanten technischen Entwicklung in diesem Bereich hat dies erhebliche Absatzrückgänge zur Folge. Mit ihrer Verfassungsbeschwerde rügten die Beschwerdeführer, die Norm sei mit dem Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG unvereinbar, soweit sie digitale Privatkopien ohne hinreichende Einschränkungen für zulässig erkläre.

## **Entscheidung**

Das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen. Die im Dezember 2008 beim Bundesverfassungsgericht eingegangene Verfassungsbeschwerde sei unzulässig, weil sie nicht fristgerecht erhoben worden sei. Richte sich eine Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz, so könne sie gemäß § 93 Abs. 3 BVerfGG nur binnen eines Jahres seit dem Inkrafttreten des Gesetzes erhoben werden. Bleibe die angegriffene Norm inhaltlich unverändert oder werde sie rein redaktionell angepasst, setze kein neuer Fristablauf ein. Die Jahresfrist begann hier nicht deshalb neu zu laufen, weil die Norm durch ein im Januar 2008 in Kraft getretenes Gesetz geändert worden sei, denn der Gesetzgeber habe dabei die in Rede stehende Zulässigkeit digitaler Privatkopien unberührt gelassen.

Die gesetzgeberische Klarstellung, dass auch digitale Vervielfältigungen erlaubt sein sollen, sei bereits im Jahr 2003 erfolgt. Es bedürfe zudem keiner Entscheidung, ob die von den Beschwerdeführern beklagte enteignende Wirkung der Norm angesichts einer immer stärkeren Verbreitung privater Digitalkopien den Gesetzgeber dazu zwingt, die private Digitalkopie einzugrenzen oder - im Rahmen seines weiten Gestaltungsraums - sonstige Maßnahmen zu ergreifen, um das Eigentumsrecht der Tonträgerhersteller nicht zu entwerten.

### **Konsequenz**

Zum privaten Gebrauch darf man fast alles vervielfältigen. Ausgenommen sind hiervon Datenbankwerke und Computerprogramme. Zudem darf die Vervielfältigung nicht Erwerbszwecken dienen und die Vorlage nicht offensichtlich rechtswidrig sein. Dritte können die Kopien anfertigen, soweit dieses unentgeltlich oder auf Papier erfolgt. Nach der Rechtsprechung dürfen nicht mehr als 7 Exemplare hergestellt werden.

## **8. Krankmeldung nach Streit mit Arbeitgeber**

### **Kernfrage/Rechtslage**

Durch Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung weist der Arbeitnehmer seine Erkrankung nach. Dabei gilt, dass zunächst davon auszugehen ist, dass die Bescheinigung inhaltlich richtig ist, der Arbeitnehmer also unverschuldet seinen arbeitsvertraglichen Pflichten nicht nachkommt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn Zweifel an der Richtigkeit der Bescheinigung durch den Arbeitgeber nachgewiesen werden können, also die Richtigkeitsvermutung durchbrochen wird. Das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz hatte nunmehr darüber zu entscheiden, welchen Nachweisgrad der Arbeitgeber hierbei erreichen muss.

### **Entscheidung**

Nach einer Eigenkündigung des Arbeitnehmers kam es zum Streit mit dem Arbeitgeber, in dessen Verlauf der Arbeitnehmer die Teilnahme an einem Personalgespräch ablehnte, weil ihm schlecht sei und er zum Arzt müsse. Ab dem Folgetag reichte der Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Kündigungsfrist Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ein, woraufhin der Arbeitgeber wegen vorgetäuschter Arbeitsunfähigkeit und Arbeitsverweigerung fristlos kündigte. Hiergegen wandte sich der Arbeitnehmer mit Erfolg. Der Arbeitgeber konnte das Arbeitsverhältnis nicht wirksam fristlos kündigen, weil kein hinreichender Kündigungsgrund, insbesondere nicht in der behaupteten Vortäuschung einer Arbeitsunfähigkeit, vorgelegen hat. Der Arbeitnehmer hatte seine Arbeitsunfähigkeit durch entsprechende Bescheinigung nachgewiesen, wohingegen der Arbeitgeber begründete Zweifel an deren Richtigkeit nicht nachweisen konnte. Damit war auch die Beweiskraft der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht erschüttert. Auch die behauptete Arbeitsverweigerung konnte die Kündigung nicht rechtfertigen. Selbst wenn davon auszugehen sei, dass der Kläger die Absicht gehabt habe, nicht mehr zur Arbeit zu erscheinen, hätte der Arbeitgeber dieses Verhalten abmahnen müssen.

### **Konsequenz**

Die Entscheidung überrascht wenig. Die bloße Vermutung einer arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung reicht nicht aus, um die Richtigkeitsvermutung einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu durchbrechen. Der Arbeitgeber hat alle die Zweifel begründenden Tatsachen zu beweisen.

## 9. Lieferung und Einpflanzung von Pflanzen, zu welchem Steuersatz?

### **Einführung**

Für sich genommen unterliegt die Lieferung von Pflanzen dem ermäßigten Steuersatz (7 %), das Einpflanzen hingegen dem Regelsteuersatz (19 %). Liefert nun eine Baumschule Pflanzen und übernimmt auch deren Einpflanzung, so sieht die Finanzverwaltung hierin eine einheitliche, dem Regelsteuersatz zu unterwerfende Leistung.

### **Neues Urteil**

Entgegen der Auffassung des BMF sieht der BFH in dieser Fallkonstellation keine einheitliche Leistung. Vielmehr stellen die Lieferung und das Einpflanzen zwei selbstständige Leistungen dar.

### **Konsequenz**

Unternehmen, die Pflanzen liefern, können diese mit dem ermäßigten Steuersatz abrechnen, unabhängig davon, ob sie diese anschließend noch einpflanzen oder nicht. Das Einpflanzen ist dagegen dem Regelsteuersatz zu unterwerfen. Gegen Umsatzsteuerbescheide, die noch auf der überholten Rechtsauffassung der Finanzverwaltung beruhen, sollte unter Berufung auf das vorliegende Urteil Einspruch eingelegt werden.

## 10 Unternehmensfortführung i. S. v. § 25 Abs. 1 HGB

### **Kernaussage**

Eine Unternehmensfortführung gemäß § 25 Abs. 1 HGB liegt auch dann vor, wenn nur ein Teilbereich des Unternehmens fortgeführt wird, sofern es sich aus der Sicht des maßgeblichen Rechtsverkehrs um den - den Schwerpunkt des Unternehmens bildenden - wesentlichen Kernbereich handelt. Für die Frage, ob der wesentliche Kernbereich des Unternehmens fortgeführt wurde, kommt dem Wert des Unternehmensteils maßgebliche Bedeutung zu.

### **Sachverhalt**

Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Zahlung von rd. 71.000 EUR wegen einer Adressenlieferung sowie unter dem Gesichtspunkt der Haftung wegen Firmenfortführung nach § 25 HGB. Nach Ansicht des LG haftete die Beklagte gemäß § 25 HGB für die Forderung der Klägerin gegen die frühere K-GmbH (nunmehr die insolvente F-GmbH), weil die Forderung dem Geschäftsbereich "Adressen" zuzuordnen sei. In Bezug auf diesen Geschäftsbereich habe die Beklagte das Handelsgeschäft der K-GmbH erworben und die Firma fortgeführt. Das OLG hob das Urteil auf und verneinte einen Anspruch der Klägerin aus § 25 HGB, weil diese nicht ausreichend bewiesen habe, dass mit dem Geschäftsbereich "Adressen" der wesentliche Kern des früheren Unternehmens der K-GmbH übernommen worden sei. Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin hin hob der BGH das Berufungsurteil auf und verwies die Sache zur erneuten Entscheidung an das OLG zurück.

### **Entscheidung**

Das OLG hat die Anforderungen an den Vortrag der Klägerin verfahrensfehlerhaft in einer gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör (Artikel 103 GG) verstoßenden Weise überspannt. Mit der Beurteilung, der Vortrag der Klägerin zum Wert der Unternehmensbereiche sei "in keiner Weise konkretisiert und daher weder aussagekräftig noch einer Sachaufklärung zugänglich", hat das Gericht folgendes nicht erkannt: eine Partei genügt ihrer Darlegungslast bereits dann, wenn sie Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als in ihrer Person entstanden erscheinen zu lassen.

Die erforderlichen Unterlagen hätten von der Klägerin auf richterlichen Hinweis beigebracht werden können. Damit wäre es einem Sachverständigen zumindest möglich gewesen, allgemeingültige Aussagen über die Wertverhältnisse der verschiedenen Geschäftsbereiche zu treffen. Ein Indiz dafür, dass der übernommene Bereich "Adressen" der wesentliche Bestandteil der früheren K-GmbH war, könne nach Ansicht des BGH etwa der von der Beklagten gezahlte Kaufpreis sein.

## GmbH-Gesellschafter/-Geschäftsführer

### 1. **Abzinsungspflicht für unverzinsliche Gesellschafterdarlehen**

#### **Kernproblem**

Seit dem Jahr 1999 besteht für bilanzierende Unternehmen die Pflicht, unverzinsliche Verbindlichkeiten und Rückstellungen mit einer (Rest-) Laufzeit von mindestens 12 Monaten in der Steuerbilanz mit einem Zinssatz von 5,5 % abzuzinsen. Geschaffen wurde diese Regelung insbesondere für Rückstellungen, die aufwandswirksam eingebucht werden. Umstritten war hingegen die Frage, ob die Vorschrift auch erfolgsneutral entstandene Verbindlichkeiten erfasst. Wichtigster Anwendungsfall dürften Gesellschafterdarlehen bei einer GmbH sein, die häufig ohne Verzinsung und ohne Vereinbarung einer festen Laufzeit gewährt werden.

#### **Sachverhalt**

Im Jahr 1998 hatte ein Gesellschafter "seiner" GmbH ein Darlehen über 16 Mio. DM gewährt, das der Finanzierung einer von der GmbH zu erwerbenden Beteiligung dienen sollte. Ein schriftlicher Darlehensvertrag wurde erst im Jahr 2005 abgeschlossen. Dieser sieht eine Verzinsung des Darlehens ab dem 1. Januar 2004 mit 1 % p. a., jedoch keine bestimmte Laufzeit vor. Das Finanzamt nahm für das Jahr 1999 eine Abzinsung vor, wobei es von einer Laufzeit von sieben Jahren ausging.

#### **Entscheidung**

Der Bundesfinanzhof hat - wie bereits die Vorinstanz - die Auffassung des Finanzamts bestätigt. Nach Ansicht des BFH unterliegen auch unverzinsliche Gesellschafterdarlehen der Abzinsungspflicht. Dies gelte auch dann, wenn die Darlehenslaufzeit unbestimmt sei. In diesen Fällen solle die Laufzeit nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten geschätzt werden. Aus dem formalen Argument, wonach das Darlehen nach den Vorschriften des BGB mit einer Frist von drei Monaten gekündigt werden kann, folgt nach Auffassung der BFH-Richter keine Ausnahme von der Abzinsungspflicht.

#### **Konsequenz**

Gesellschafterdarlehen sind unter dem Aspekt der Abzinsung gleich doppelt gefährlich: Zum einen werden solche Darlehen nicht selten - insbesondere bei einer Krise der GmbH - unverzinslich gewährt, zum anderen fehlt auch häufig die Vereinbarung einer festen Laufzeit. Im Zweifel geht die Finanzverwaltung hier von einer unbestimmten Laufzeit aus. Der in diesem Fall anzuwendende Abzinsungsfaktor von 0,503 führt in der Steuerbilanz zu einer annähernden Halbierung der Schuld. Abhilfe kann die vertragliche Vereinbarung einer Verzinsung schaffen. Der vereinbarte Zinssatz kann dabei auch deutlich unter dem Marktzins liegen.

## **2. Erkennbarkeit des Missbrauchs der Vertretungsmacht durch GmbH-GF**

### **Kernaussage**

Ein Missbrauch der Vertretungsmacht durch einen Geschäftsführer einer GmbH ist für einen Rechtsanwalt als Geschäftspartner objektiv evident, wenn der Geschäftsführer in Vertretung der Gesellschaft einen hohen Geldbetrag auf ein Anderkonto des Rechtsanwalts überweist, um sich diesen sogleich in bar übergeben zu lassen, ohne dass für die Transaktion ein plausibler Grund vorliegt.

### **Sachverhalt**

Die klagende GmbH nimmt den beklagten Rechtsanwalt wegen der Übernahme und Durchführung eines Mandats zur Abwicklung eines vermeintlichen Bargeschäfts über dessen Anderkonto auf Schadensersatz in Höhe von rd. 450.000 EUR in Anspruch. Der Geschäftsführer der Klägerin hatte dem Beklagten mitgeteilt, dass die Gesellschafter der Klägerin erhebliche Eigenmittel in Binnenschiffe investieren wollten; das Geld läge bei der Bank. Um deren Kenntniserlangung von dem Erwerb zunächst zu vermeiden, wurde der Geldtransfer über das Anderkonto des Beklagten abgewickelt. Bei der Überweisung von der Bank an das Anderkonto hatte der Geschäftsführer der Klägerin die Unterschrift eines Gesellschafters gefälscht. Fünf Tage später übergab der Beklagte dem Geschäftsführer der Klägerin das Geld in bar; dieser wird seither mit Haftbefehl gesucht. Das Landgericht wies die Klage ab, das OLG gab ihr statt.

### **Entscheidung**

Die Klägerin hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung. Der Geschäftsführer der Klägerin hat seine nach § 35 GmbHG für den Abschluss des Vertrages bestehende Vertretungsmacht missbraucht, indem er das Geld nach Auszahlung von dem Anderkonto veruntreut hat. Damit war es dem Beklagten nach Treu und Glauben verwehrt, sich auf die Willenserklärung des Vertreters zu berufen, mit der Folge, dass er sich wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag behandeln lassen muss. Zwar obliegt dem Vertragspartner im Allgemeinen keine besondere Prüfungspflicht, ob und inwieweit der Vertreter im Innenverhältnis gebunden ist. Wer einen Vertrag mit einer GmbH abschließen will, braucht sich nicht darum zu kümmern, ob der Geschäftsführer die Schranken seiner Befugnis einhält. Das Vertrauen ist aber dann nicht mehr schutzwürdig, wenn beim Vertragspartner begründete Zweifel an der Integrität des Vertreters entstehen müssen. Hier war der Missbrauch der Vertretungsmacht durch den Geschäftsführer der Klägerin für den Beklagten aufgrund massiver Verdachtsmomente so evident, dass er mit einem der Gesellschafter hätte Kontakt aufnehmen oder das Mandat ablehnen müssen.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Ihr Advotax Team