

# report

Steuern + Recht  
**Ausgabe 4/2011**



## **Gesellschaftsrecht/Steuerrecht:**

Bilanzpolitische- und steuerinduzierte Klauseln in Gesellschaftsverträgen

## **Gesellschaftsrecht:**

Grenzen des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Anteilen

## **Insolvenzrecht:**

Bundestag beschließt neues Insolvenzrecht

## **Gewerblicher Rechtsschutz**

Voraussetzungen eines Anspruchs auf Löschung eindeutig rechtsmissbräuchlicher Domains

## **Arbeitsrecht**

Arbeitsrechtliches Dauerthema: Urlaub

## **Steuerrecht in Kürze:**

Verfassungsmäßigkeit der Mindestgewinnbesteuerung  
E-Bilanz

## Gesellschaftsrecht/Steuerrecht: Bilanzpolitische- und steuerinduzierte Klauseln in Gesellschaftsverträgen

In Gesellschaftsverträgen sowohl von Kapital- als auch von Personengesellschaften finden sich regelmäßig Vorgaben bzgl. der Ausübung von Bilanzierungswahlrechten und zur Ausschüttungspolitik bzw. zu Entnahmerechten der Gesellschafter. Die im Rahmen des BilMoG eingeführten neuen Rechnungslegungsvorschriften, verbunden mit der Aufhebung der sog. umgekehrten Maßgeblichkeit, wonach steuerliche Wahlrechte einen entsprechenden Ansatz in der Handelsbilanz voraussetzten, geben Anlass, bestehende Klauseln in Gesellschaftsverträgen zu überprüfen.

### a) Bilanzklauseln

Gesellschaftsverträge sehen häufig vor, dass sich die Ausübung von handelsrechtlichen Bilanzierungswahlrechten soweit zulässig an den steuerlichen Vorgaben zu orientieren hat („Einheitsbilanz“). Ein Festhalten an diesem Postulat verzichtet auf eine jeweils eigenständige handels- und steuerrechtliche Bilanzpolitik. Dabei bietet sich nunmehr an, getrennte Vorgaben zur Ausübung von steuer- und handelsbilanziellen Wahlrechten in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen. So kann die Geschäftsführung verpflichtet werden, die gegebenen steuerrechtlichen Wahlrechte für den Ausweis eines steuerlich günstigen Ergebnisses zu nutzen, bei gleichzeitiger Gestaltung des handelsrechtlichen Ergebnisses nach nicht steuerlichen Gesichtspunkten. Bei einem überschaubaren Gesellschafterkreis wäre auch an die Aufnahme einer Verpflichtung der Geschäftsführung zur Konsultation der Gesellschafterversammlung zu denken. Zu beachten ist, dass bei abweichenden handels- und steuerbilanziellen Wertansätzen für steuerliche Zwecke gem. § 5 Abs. 1 EStG ein gesondertes Verzeichnis für die Steuerwerte zu führen ist und die Ermittlung von latenten Steuern an Bedeutung gewinnt. Für den Vorteil einer flexibleren Bilanzpolitik ist somit ein erhöhter Bilanzierungs- und Dokumentationsaufwand in Kauf zu nehmen.

### b) Vorgaben zu Ausschüttungen bzw. Entnahmen

Neben Vorgaben zur Bilanzierung und damit der Gewinnermittlung, sind auch Klauseln hinsichtlich der Gewinnverwendung, wie z. B. Thesaurierungen oder die Bildung von Rücklagen, möglich. Typisch sind Entnahmeregelungen in Gesellschaftsverträgen für Personengesellschaften, die mindestens Entnahmen in Höhe der persönlichen Steuerschuld (Einkommensteuer, Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer sowie ggf. Schenkung- bzw. Erbschaftsteuer) zulassen. Ein zu starker Eingriff in die Gewinnrechte der



*Dipl.-Kfm. Bernd Winkler  
Wirtschaftsprüfer, Steuerberater*

Gesellschafter von Personengesellschaften ist zu vermeiden, um eine Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB auszuschließen.

Auch das GmbH-Gesetz bietet die Möglichkeit, in der Satzung über die (teilweise) Gewinnverwendung im Vorfeld zu entscheiden, wobei die Rechtsprechung hinsichtlich der Abwägung von Minderheitsinteressen zu beachten ist. Eine satzungsmäßige Vorgabe einer Vollthesaurierung kann hierbei als unzulässiger Eingriff in das grundsätzliche Gewinnbezugsrecht der Gesellschafter (29 Abs. 1 GmbHG) beurteilt werden.

### c) Steuerinduzierte Klauseln in Gesellschafterverträgen bei Personenhandelsgesellschaften

Personenhandelsgesellschaften sind nur für die Gewerbesteuer Steuersubjekt. Einkommensteuerrechtlich ist lediglich der jeweilige Gesellschafter selbst als Steuersubjekt und Steuerschuldner relevant. Demzufolge können sich in Abhängigkeit von Entscheidungen bzw. von dem Verhalten einzelner Gesellschafter Steuerwirkungen auf die Mitgesellschafter ergeben.

Insbesondere durch das Ausscheiden eines Gesellschafters können negative steuerliche Konsequenzen für den verbleibenden Gesellschafterkreis resultieren, wie z.B. der anteilige Verlust von Zins- und EBITDA-Vorträgen (Zinsschranke § 4h EStG) bzw. gewerbesteuerlichen Verlustvorträgen. Auch werden die Aufwendungen und Erträge aus Sonder- und Ergänzungsbilanzen zwar für die Einkommensteuer verursachungsgerecht den jeweiligen Gesellschaftern zugerechnet, die Mehr- oder Minderbelastungen durch die Gewerbesteuer wird jedoch nach dem allgemeinen Gewinnverteilungsschlüssel auf die Gesellschafter umgelegt.

Neben zu definierenden Informationspflichten und Zustimmung- bzw. Mitwirkungsrechten sind in diesem Zusammenhang auch Ausgleichsverpflichtungen zwischen Gesellschaftern in Betracht zu ziehen.

## **Gesellschaftsrecht: Grenzen des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Anteilen**

Seit dem 01.11.2008 (Inkrafttreten des MoMiG) ist ein gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen möglich. Voraussetzung ist gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG, dass der Veräußerer als Inhaber des Geschäftsanteils in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Ein gutgläubiger Erwerb scheidet aus, wenn die Liste weniger als drei Jahre unrichtig und die Unrichtigkeit dem Berechtigten nicht zuzurechnen ist. Gleiches gilt, wenn dem Erwerber die mangelnde Berechtigung bekannt oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, oder wenn der Liste ein Widerspruch, z.B. aufgrund einer einstweiligen Verfügung oder Bewilligung des Veräußerers, zugeordnet ist.

Heftig diskutiert wurde die Frage, ob sich der gutgläubige Erwerb auch darauf erstreckt, dass ein Geschäftsanteil vom in der Gesellschafterliste eingetragenen Veräußerer noch nicht einem Dritten „schwebend“, d.h. unter einer – noch nicht eingetretenen – aufschiebenden Bedingung, übertragen worden ist. Eine solche Möglichkeit zum gutgläubigen Erwerb stünde in Widerspruch zu § 161 Abs. 1 Satz 1 BGB, der bei aufschiebend bedingten Verfügungen dem (Erst-) Erwerber Schutz vor nachfolgenden Verfügungen des Veräußerers (an einen Zweiterwerber) gewährt.

Teilweise wurde gleichwohl vertreten, dass der Zweiterwerber gutgläubig gem. § 16 Abs. 3 GmbHG Geschäftsanteile in einer Weise erwerben kann, dass er sein Recht auch nach Eintritt der aufschiebenden Bedingung für die Übertragung an den Ersterwerber behält. Der Ersterwerber wurde zum Schutz vor nachfolgenden Verfügungen auf die Herbeiführung eines vom Veräußerer bewilligten Widerspruchs in der Gesellschafterliste, bzw. die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste mit einem Hinweis auf die aufschiebend bedingte Anteilsabtretung, verwiesen.

Der BGH hat mit Beschluss vom 20.09.2011 (BGH, II ZB 17/10) nun aber entschieden, dass bei aufschiebend bedingten Anteilsübertragungen während der Schwebezeit ein gutgläubiger Erwerb durch einen Zweiterwerber, zu Lasten des Ersterwerbers, nicht möglich ist. Die Rechtscheinwirkung des § 16 Abs. 3 GmbHG sei nicht geeignet, einen Rechtsschein dafür zu setzen, dass der in der Liste eingetragene Inhaber des Geschäftsanteils über diesen nicht bereits aufschiebend bedingt verfügt hat.

## **Insolvenzrecht: Bundestag beschließt neues Insolvenzrecht**

Der Bundestag hat am 27.10.2011 das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) verabschiedet. Mit dem Gesetz werden mehrere Reformvorhaben zum Insolvenzrecht umgesetzt. Ziel ist es, Unternehmenssanierungen einfacher und effektiver zu ermöglichen, somit die Fortführung von sanierungsfähigen Unternehmen zu erleichtern und damit den Erhalt von Arbeitsplätzen zu ermöglichen. Es soll ein stärkerer Einfluss der Gläubiger auf die Auswahl des Insolvenzverwalters, der Ausbau und die Straffung des Insolvenzplanverfahrens, die Vereinfachung des Zugangs zur Eigenverwaltung und die Konzentration der Zuständigkeit der Insolvenzgerichte gefördert werden. Allerdings wird – trotz aller Sanierungsbemühungen – daran festgehalten, dass die Befriedigung der Gläubiger weiter das eigentliche Anliegen des Insolvenzverfahrens bleibt.



Ein Schuldner soll künftig bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder bei Überschuldung die Möglichkeit erhalten, innerhalb von drei Monaten in einer Art „Schutzschirmverfahren“ in Eigenverwaltung unter Aufsicht eines vorläufigen Sachwalters und frei von Vollstreckungsmaßnahmen einen Sanierungsplan ausarbeiten zu dürfen, der anschließend als Insolvenzplan umgesetzt werden kann. Dahinter steckt die Idee, dass, wirtschaftlich betrachtet, im Regelfall die Sanierung eines Unternehmens für alle Betroffenen sinnvoller ist als dessen Zerschlagung.

Das Gesetz muss noch den Bundesrat passieren. Es wird damit gerechnet, dass, soweit von dort nicht der Vermittlungsausschuss angerufen wird, es zum 01.03.2012 in Kraft tritt. Dann wird sich zeigen, ob die Unternehmen, Gläubiger, Gerichte und Berater die sich bietenden Chancen nutzen und der hinter dem Gesetz stehenden Idee zum Erfolg verhelfen.

## Gewerblicher Rechtsschutz:

### Voraussetzungen eines Anspruchs auf Löschung eindeutig rechtsmissbräuchlicher Domains

Mit Urteil vom 27.10.2011 (Az.: I ZR 131/10) hat der BGH entschieden, dass die DENIC, der die Registrierung der Domainnamen mit dem Top-Level-Domain „.de“ obliegt, einen beanstandeten Domainnamen zumindest dann löschen muss, wenn die Rechtsverletzung offenkundig und für sie ohne Weiteres feststellbar ist.

Dies ist z.B. dann der Fall, wenn ein Unternehmen mit Sitz in Panama für sich den Domainnamen „regierung-oberfranken.de“ registrieren lässt. Die Klage des Freistaats Bayern hiergegen hatte Erfolg. Ein weiteres Urteil des BGH vom 09.11.2011 (Az.: I ZR 150/09) knüpft hieran an. Danach soll unter dem Gesichtspunkt der Störerhaftung ein Anspruch auf Löschung des Domainnamens und Erstattung der Abmahnkosten nicht nur gegen den (ausländischen) Domaininhaber, sondern auch gegen den vom Domaininhaber zwingend zu benennenden administrativen Ansprechpartner im Inland (sog. „administrative contact“ oder „Admin-C“) bestehen.

Hierbei muss es sich um eine im Inland ansässige natürliche Person handeln. Eine Haftung dieser Person kommt dann in Betracht, wenn die Anmeldung einer Vielzahl freier



oder freigewordener Domains in einem automatisierten Verfahren ohne Prüfung entgegenstehender Rechte Dritter erfolgt.

In solchen Fällen muss der in Deutschland ansässige Admin-C zur Vermeidung einer eigenen Haftung selbst prüfen, ob die automatisiert registrierten Domainnamen Rechte Dritter verletzen.

## Aktuelles:

### Weiss Walter Fischer-Zernin ist neuer Repräsentant von JCA International in Deutschland:

Wir freuen uns, Ihnen mitteilen zu dürfen, dass unsere Kanzlei auf der Mitgliederversammlung der JCA International am 15. September 2011 in Stockholm zum neuen, alleinigen Repräsentanten für Deutschland ernannt wurde. Bei JCA International ([www.jca-lawyers.com](http://www.jca-lawyers.com)) handelt es sich um ein europäisches Netzwerk mittelständischer Wirtschaftskanzleien, das im Jahr 1995 gegründet wurde und sich zum Ziel gesetzt hat, die europaweite Erbringung von Anwaltsdienstleistungen auf höchstem fachlichen Niveau und mit größtem persönlichen Engagement zu gewährleisten. Nachdem wir bereits in der Vergangenheit häufig mit verschiedenen Mitgliedern des Netzwerk erfolgreich und vertrauensvoll zusammengearbeitet haben, freuen wir uns sehr über diese Vertiefung der bewährten Verbindung und die damit verbundene Erweiterung unserer bestehenden Netzwerke.



## Arbeitsrecht: Arbeitsrechtliches Dauerthema: Urlaub

Seit der Entscheidung des EuGH vom 20.01.2009 (Az.: C-350/06), wonach Arbeitnehmer ihren Anspruch auf Urlaub auch dann behalten, wenn sie diesen wegen lang andauernder Arbeitsunfähigkeit nicht nehmen konnten, ist das Thema „Urlaub“ wieder aktuell.

### Vererblichkeit der Urlaubsabgeltung?

Insoweit hat das BAG am 20.09.2011 (Az.: 9 AZR 416/10) entschieden, dass Urlaubsabgeltungsansprüche nicht vererblich sind. Nach Auffassung des BAG erlischt der Urlaubsanspruch mit dem Tod des Arbeitnehmers und wandelt sich daher nicht nach § 7 Abs. 4 BurlG in einen Abgeltungsanspruch um.



### Urlaubsabgeltung und Ausschlussfristen

Am 09.08.2011 stellte das BAG fest, dass der Anspruch auf Urlaubsabgeltung zwar auch bei über das Arbeitsverhältnis hinaus andauernder Arbeitsunfähigkeit mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses entsteht und sofort fällig wird. Dieser Urlaubsabgeltungsanspruch ist aber eine reine Geldforderung und unterliegt damit einzel- und tarifvertraglichen Ausschlussfristen. Werden diese versäumt, verfällt der Urlaubsabgeltungsanspruch (Az.: 9 AZR 352/10).

### Befristung von Urlaubsansprüchen

Gemäß weiterem Urteil des BAG vom 09.08.2011 sind Urlaubsansprüche, die gemäß § 7 Abs. 3 Satz 2 BurlG aus dringenden betrieblichen oder in der Person des Arbeit-

nehmers liegenden Gründen auf das nächste Kalenderjahr übertragen wurden, befristet und müssen gemäß § 7 Abs. 3 Satz 3 BurlG in den ersten drei Monaten des folgenden Kalenderjahres genommen werden. Wird ein zunächst arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer im Kalenderjahr einschließlich des Übertragungszeitraums so rechtzeitig gesund, dass er in der verbleibenden Zeit seinen Urlaub nehmen kann, erlischt der aus früheren Zeiträumen stammende Urlaubsanspruch genauso wie der Anspruch, der zu Beginn des Urlaubsjahres entstanden ist (Az.: 9 AZR 425/10).

### Ansammeln von Urlaub

Zu der Frage des Ansammelns von Urlaub bei dauernder Arbeitsunfähigkeit hat die Generalanwältin Trstenjak vor dem EuGH in ihrem Schlussantrag vom 07.07.2011 die Ansicht vertreten, dass das Gemeinschaftsrecht einer Beschränkung des Anspruchs auf Jahresurlaub bzw. Urlaubsabgeltung nicht entgegensteht, sofern diese mit dem Erholungszweck vereinbar ist. Die Festlegung einer Beschränkungsfrist obliege den Mitgliedsstaaten, wobei eine Frist von 18 Monaten, nach dem Ablauf Urlaubs- bzw. Vergütungsansprüche erlöschen, genüge. Eine zeitlich unbegrenzte Ansammlung sei gemeinschaftsrechtlich nicht geboten. Es bleibt nun abzuwarten, welche Entscheidung der EuGH treffen und wie diese Entscheidung in Deutschland umgesetzt wird.

### Urlaub im ruhenden Arbeitsverhältnis

Wegen der möglichen Urlaubsansammlung hat auch die Frage, ob Urlaubsansprüche im ruhenden Arbeitsverhältnis entstehen können, wieder an Bedeutung gewonnen. Während das LAG Köln in seinem Urteil vom 10.03.2011 (Az.: 3 Sa 1057/10) das Entstehen von Urlaubsansprüchen im Ruhezeitraum verneinte, gilt nach dem Urteil des LAG Hessen vom 29.03.2011 (Az.: 15 Sa 191/10) genau das Gegenteil. Ungeachtet dessen, wie das BAG über die jeweiligen Revisionen entscheiden wird, ist zu beachten, dass der Bezug einer Erwerbsminderungsrente nicht automatisch zum Ruhen des Arbeitsverhältnisses führt.



Andrea Raffler,  
Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht

## Gewährung von Urlaub

Weiter wurde von der Rechtsprechung die Frage behandelt, welchen Teil des Urlaubs der Arbeitgeber erfüllt hat, wenn der Arbeitnehmer im Jahr des Beginns seiner Arbeitsunfähigkeit schon einen Teil des Urlaubs genommen hatte. Während das LAG Düsseldorf in seiner Entscheidung vom 30.09.2010 (Az.: 5 Sa 353/10; Revision unter Az.: 9 AZR 760/10) die Ansicht vertritt, dass der Arbeitgeber im Zweifel zunächst den (verfallbaren) tariflichen Urlaub gewähre, meinen das LAG Berlin-Brandenburg (Urteil vom 02.12.2009, Az.: 17 Sa 621/09) sowie das LAG Hessen (Urteil vom 26.04.2010, Az.: 17 Sa 1772/09, Revision unter Az.: 9 AZR 398/10), dass zuerst der unabdingbare gesetzliche Mindesturlaub erfüllt wird. Bis zur höchstrichterlichen Klärung dieser Frage ist es ratsam, die Reihenfolge der Gewährung von Urlaubsansprüchen sowie den Verfall der über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehenden Urlaubsansprüche ausdrücklich einzelvertraglich zu regeln.

# Steuerrecht in Kürze

## 1 Verfassungsmäßigkeit der Mindestgewinnbesteuerung

Mit Beschluss vom 26.08.2010 (I B 49/10) hat der Bundesfinanzhof in einem Verfahren zum vorläufigen Rechtsschutz für bestimmte Sachverhalte Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der sog. Mindestgewinnbesteuerung gemäß § 10d Abs. 2 EStG geäußert: Verfassungswidrigkeit könnte vorliegen, falls wegen der Mindestgewinnbesteuerung verbleibende Verlustvorträge später aufgrund tatsächlicher (Tod einer natürlichen Person, Liquidation einer Körperschaft) oder rechtlicher (gemäß § 8c KStG schädlicher Beteiligungserwerb) Gründe endgültig nicht mehr genutzt werden können. Das BMF hat nun mit Schreiben vom 19.10.2011 mitgeteilt, dass in derartigen Fällen Aussetzung der Vollziehung zu gewähren ist, bis über diese Rechtsfrage endgültig höchstrichterlich entschieden ist.

## 2 E-Bilanz

Nach § 5b EStG besteht für bilanzierende Unternehmen die Verpflichtung, den Jahresabschluss erstmals für das in 2012 beginnende Geschäftsjahr in elektronischer Form beim Finanzamt einzureichen. Näheres dazu regelt nun das BMF-Schreiben vom 28.09.2011. Darin ist als Übergangsregelung vorgesehen, dass es nicht beanstandet wird, wenn die Angaben für das Geschäftsjahr 2012 noch in Papierform erfolgen und erst ab dem in 2013 beginnenden Wirtschaftsjahr auf die elektronische Form umgestellt wird. Für ausländische Betriebsstätten, steuerbefreite Körperschaften und öffentliche Betriebe gewerblicher Art gilt die elektronische Form zwingend erst ab dem in 2015 beginnenden Wirtschaftsjahr.  
(vergleiche zur E-Bilanz bereits report steuern + recht, Ausgabe 3/2011)

Herausgeber:

Weiss • Walter • Fischer-Zernin | Rechtsanwälte • Wirtschaftsprüfer  
Anprechpartner: Dr. Jan Kreklau

Kardinal-Faulhaber-Straße 10 | 80333 München  
Telefon: +49-(89) 29 07 19-0 | Telefax: +49-(89) 29 07 19-17  
newsletter@rae-weiss.de | www.rae-weiss.de

Wir bitten Sie zu beachten, dass unsere Beiträge eine Auswahl aus der aktuellen wirtschafts- und steuerrechtlichen Gesetzgebung und Rechtsprechung darstellen. Sie stellen keinen anwaltlichen oder steuerlichen Rechtsrat dar und können nicht die auf den Einzelfall bezogene anwaltliche oder steuerliche Beratung ersetzen.

Falls Sie künftig diese Informationen der Kanzlei Weiss Walter Fischer-Zernin nicht mehr erhalten möchten, senden Sie bitte eine E-Mail mit dem Betreff „Abbestellung report“ an newsletter@rae-weiss.de.