

# report

Steuern + Recht  
**Ausgabe 1/2011**



## **GmbH-Recht:**

Kein „Freibrief“ fürs Cash Pooling durch das MoMiG

## **Aktienrecht:**

Verlängerung der aktienrechtlichen Verjährungsfristen für Vorstands- und Aufsichtsratshaftung nicht vom D & O Versicherungsschutz umfasst

## **Arbeitsrecht:**

Rück- und Ausblick

## **Mietrecht:**

Stärkung der Rechte des Vermieters bei energetischen Modernisierungen

## **Steuerrecht:**

Entwicklungen bei der strafbefreienden Selbstanzeige

Steuerrecht in Kürze

## GmbH-Recht:

### Kein „Freibrief“ fürs Cash Pooling durch das MoMiG

Wird beim Cash Pooling überschüssige Liquidität von den teilnehmenden Konzerngesellschaften dem Cash Pool zugeführt, ist dies als Darlehensausreichung an die Konzernobergesellschaft bzw. den Cash Pool-Führer zu qualifizieren. Nimmt eine teilnehmende GmbH nachfolgend Liquidität in Anspruch, stellt dies – soweit aufgrund der darlehensweisen Übertragung von Liquidität ein Guthaben besteht – eine Darlehensrückzahlung, im Übrigen eine Darlehensaufnahme dar.

Formell erfordert Cash Pooling ein klares, belastbares und schriftliches Vertragswerk. Materiell-rechtlich hatte sich die Rechtsprechung mit Blick auf die Kapitalerhaltungsregeln der GmbH zunächst dahin geäußert, dass nur Mittel aus freien Rücklagen bzw. Gewinnvorträgen übertragen werden dürften.

Gemäß § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG in der Fassung des MoMiG gilt der Kapitalerhaltungsgrundsatz aber ausdrücklich nicht bei Leistungen, die

- bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags erfolgen, oder
- durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gedeckt sind.



Die genannte Norm stellt allerdings – was häufig verkannt wird – keinen Freibrief fürs Cash Pooling dar. Vielmehr darf selbst bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags die Existenz der abhängigen GmbH durch ihre Teilnahme am Cash Pooling nicht gefährdet werden. Dies bedeutet z.B., dass bei Insolvenz des Cash Pool-Führers oder mangelnder Werthaltigkeit des Verlustausgleichsanspruchs gemäß Beherrschungs- bzw. Gewinnabführungsvertrag keine Leistungen mehr in den Cash Pool erbracht werden dürfen.

Existiert kein Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag, ist ohnehin laufend die „Vollwertigkeit“ des Darlehensrückzahlungsanspruchs aus dem Cash Pool im Blick zu halten, wobei es insoweit, in Ermangelung werthaltiger



Dr. Friedrich Scheuffele, Partner

Sicherheiten, auf die Kreditwürdigkeit des (Rest-)Konzerns ankommt.

Auch zur Meidung persönlicher Haftung liegt es im Interesse aller Beteiligten, ein Frühwarn- und Informationssystem zu installieren, das alle internen und externen Risiken des Cash Poolings abbildet. Im Cash Pooling-Vertrag sind entsprechende Informationsrechte bzw. -pflichten wie auch Kündigungsmöglichkeiten vorzusehen.

*Gerade Geschäftsführer der teilnehmenden GmbH haben bei Bonitätsverschlechterungen der Konzernobergesellschaften bzw. des (Rest-)Konzerns ggf. mit der Anforderung von Sicherheiten oder einer Suspendierung bzw. Kündigung des Cash Poolings zu reagieren.*

Aber auch Geschäftsführer der Konzernobergesellschaft bzw. des Cash Pool-Führers müssen die Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruchs der teilnehmenden GmbH im Blick haben und diese vor Schäden bewahren, die sich aus einer Insolvenz der Konzernobergesellschaft bzw. des Cash Pool-Führers ergeben würden.

Fazit: Durch das MoMiG liegt nunmehr eine tragfähige Grundlage für Cash Pooling vor, die allerdings entsprechender Umsetzung bedarf.

## Vorsicht Falle:

### Verlängerung der aktienrechtlichen Verjährungsfristen für Vorstands- und Aufsichtsratshaftung nicht vom D & O Versicherungsschutz umfasst

#### Verlängerte Organhaftung

Zur Organhaftung bestimmen §§ 93 Abs. 2 i.V.m. 116 AktG, dass Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet sind. Nach bisheriger Gesetzeslage verjährten Schadensersatzansprüche gegen Organe in 5 Jahren.

Mit dem „Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz)“ wurde die Verjährungsfrist für die Haftung von Organen börsennotierter Aktiengesellschaften für Ansprüche, die zum 15.12.2010 noch nicht verjährt waren, von 5 auf 10 Jahre verlängert.

Die Verdoppelung der Haftungsfristen kann insbesondere ausgeschiedene Organmitglieder in Beweisschwierigkeiten bringen. Wichtige, entlastende Unterlagen hat die Gesellschaft unter Umständen bereits vor Ablauf der 10-jährigen Verjährungsfrist vernichtet, zumal die gesamte Handelskorrespondenz des Unternehmens gemäß §§ 257 HGB, 147 AO nur 6 Jahre lang aufzubewahren ist. Dem gilt es, durch Anpassung der Aufbewahrungsfristen evtl. entgegen zu wirken.

#### Handlungsbedarf bei bestehenden D&O-Versicherungen

D&O-Versicherungen sehen derzeit einen lückenlosen Schutz nur für den bisherigen Verjährungszeitraum von 5 Jahren vor. Danach droht für Vorstände und Aufsichtsräte daher die (meist existenzbedrohende) Haftung mit dem eigenen Vermögen.

Allerdings ist absehbar, dass die Versicherer Lösungen für die hierdurch eintretenden Deckungslücken anbieten werden. In vielen Fällen werden die Unternehmen selbst gegenüber ihren Vorständen und Aufsichtsräten rechtlich verpflichtet sein, auf eine entsprechende Anpassung des Versicherungsvertrags hinzuwirken. Denn bleiben sie untätig, laufen sie Gefahr, sich selbst gegenüber ihren Organen schadenersatzpflichtig zu machen. Das Thema geht also alle Beteiligten an.

## Zum Thema:

### Handlungsbedarf bei D & O-Versicherungen für Vorstände

Durch Art. 1 Nr. 2 VorstAG wurde im Aktiengesetz für Vorstände ein obligatorischer Selbstbehalt in ihrer D & O-Versicherung in Höhe von mindestens 10 Prozent des jeweiligen Schadens bis mindestens dem 1,5-fachen der Jahresfestvergütung eingeführt. Hierzu wird überwiegend vertreten, dass Altverträge nach Ablauf der Übergangsfrist bis 30.06.2010 aktiv von den Vertragsparteien durch Vereinbarung eines entsprechenden Selbsthalts ergänzt werden müssen, sofern der betroffene Vorstand nicht vertraglich Anspruch auf eine D & O-Versicherung ohne Selbstbehalt hat. Falls dies nicht erfolgt, kann darin eine potentiell haftungsbegründende Pflichtwidrigkeit des betroffenen Vorstands liegen.

In der Praxis bieten viele Versicherer eigenständige Policen für die Abdeckung dieses zusätzlichen Risikos ab. Eine Übernahme dieser Versicherungsbeiträge durch die Gesellschaft ist jedoch abzulehnen, da dies den präventiven Gesetzeszweck konterkarieren würde.

## Mietrecht:

### Stärkung der Rechte des Vermieters bei energetischen Modernisierungen

Die Energieeinsparverordnung 2009 hat die energetischen Anforderungen nicht nur für Neubauten, sondern auch für Sanierungsmaßnahmen erheblich verschärft. Leider stehen energetischen Sanierungsmaßnahmen im deutschen Mietrecht immer noch mietrechtliche Hemmnisse entgegen. So ist der Mieter gemäß § 536 Abs. 1 BGB berechtigt, für die Dauer der durch die Sanierung hervorgerufenen Beeinträchtigung des Mietgebrauchs die Miete zu mindern.

Will der Vermieter aufgrund der Modernisierung die Miete erhöhen, sind hinsichtlich des Erhöhungsverlangens strenge Formalien zu beachten. Von der Rechtsprechung werden hohe Anforderungen an die Ankündigung und Erläuterung der Maßnahme z.B. hinsichtlich Umfang und Dauer gestellt. Hier passieren häufig vermeidbare Fehler, die den Vermieter viel Geld kosten können.

Einen ersten Schritt zur Vereinfachung von Mieterhöhungsverlangen nach Modernisierungsmaßnahmen hat der Bundesgerichtshof mit einem noch nicht veröffentlichten Urteil vom 19.01.2011 (Az. VIII ZR 87/10) getan:

Danach setzt die Wirksamkeit eines Mieterhöhungsverlangens nicht voraus, dass der Vermieter erhaltene öffentliche Fördermittel in dem Erhöhungsverlangen angibt, wenn diese nach dem im Förderungsvertrag angegebenen Förderungszweck ausschließlich für Instandsetzungsmaßnahmen und nicht für Modernisierungsmaßnahmen gewährt wurden.

Auch die Bundesregierung plant, energetische Modernisierungen für Vermieter in diesem Jahr durch eine Änderung des Mietrechts attraktiver zu machen: Nach einem von der Bundesregierung vorgelegten Gesetzesentwurf soll das Minderungsrecht des Mieters bei Beeinträchtigungen des Mietgebrauchs aufgrund energetischer Modernisierungen ausgeschlossen werden, sofern der Vermieter zu der Maßnahme rechtlich verpflichtet ist oder, bei freiwilligen Maßnahmen, ausdrücklich auf eine Modernisierungsmieterhöhung verzichtet.

Darüber hinaus sollen die formalen Anforderungen an die Begründungspflichten bei Modernisierungsmieterhöhungen verringert werden. Auch wenn einzelne Regelungen

des Gesetzesentwurfs bereits Kritik der Vermieterverbände erfahren haben, stärkt er doch insgesamt die Stellung der Vermieter.



Es steht daher zu hoffen, dass der vom Bundesgerichtshof durch das Urteil vom 19.01.2011 eingeschlagene vermietterfreundliche Weg durch die Verabschiedung des von der Bundesregierung vorgelegten Mietrechtsänderungsgesetzes im Jahr 2011 fortgesetzt wird.

## Arbeitsrecht: Rück- und Ausblick

### Rückblick

#### Urteile zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz

- EuGH und BAG haben am 19.01.2010 bzw. am 01.09.2010 entschieden, dass die fehlende Berücksichtigung von Betriebszugehörigkeitszeiten vor Vollendung des 25. Lebensjahres bei der Berechnung der gesetzlichen Kündigungsfristen einer Diskriminierung wegen des Alters darstellt.
- Am 12.10.2010 hat der EuGH geurteilt, dass die im Rahmentarifvertrag für die gewerblichen Beschäftigten in der Gebäudereinigung geregelte automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Erreichen des Rentenalters nicht diskriminierend ist.
- Weiter hat der EuGH am 12.10.2010 das dänische Gesetz, wonach eine Abfindung entfällt, wenn der Arbeitnehmer eine Altersrente vom Arbeitgeber erhält, als altersdiskriminierend angesehen.
- Schließlich hat das OLG Köln am 29.07.2010 entschieden, dass ein GmbH-Geschäftsführer Schadensersatz verlangen kann, wenn der Aufsichtsrat die Fortsetzung des Dienstverhältnisses wegen dessen Alters ablehnt.

#### Tarifverträge in der Zeitarbeit ungültig

- Das BAG hat am 14.12.2010 beschlossen, dass die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen nicht tariffähig ist, sodass mit hohen Nachforderungen der Leiharbeitnehmer gegen deren Verleiher, aber auch mit Nachzahlungen von Sozialversicherungsbeiträgen, für die Entleiher als selbstschuldnerische Bürgen haften, zu rechnen ist.

### Ausblick

- Der EuGH wird sich mit einer Vorlage des Landesarbeitsgericht Hamm vom 15.04.2010 beschäftigen, ob Arbeitnehmer bei lang andauernder Arbeitsunfähigkeit über Jahre unbegrenzt Urlaub ansammeln können.
- Die Bundesregierung plant eine Neuregelung des Beschäftigungsdatenschutzes. Der Gesetzesentwurf vom 24.08.2010, der, neben datenschutzrechtlichen Vorgängen, auch zahlreiche ungeklärte Fragen zur Überwachung von Mitarbeitern regelt, wird heftig diskutiert.

## Steuerrecht:

### Entwicklungen bei der strafbefreienden Selbstanzeige

Eine strafbefreiende Selbstanzeige nach erfolgter Steuerhinterziehung setzt voraus, dass

- 1) von Seiten des Steuerpflichtigen eine umfassende Berichtigung der Besteuerungsgrundlagen erfolgt und
- 2) keine der folgenden Sperren eintritt:
  - Erscheinen eines Betriebsprüfers oder Steuerfahnders;
  - Bekanntgabe eines Straf- oder Bußgeldverfahrens;
  - Entdeckung der Tat.

Da die Selbstanzeige ein Privileg für den Steuerstraftäter gegenüber anderen Straftätern darstellt, betont der Bundesfinanzhof, dass diese Voraussetzungen restriktiv auszulegen sind. Insbesondere muss der Steuerhinterzieher bildlich gesprochen „reinen Tisch“ machen. Nur durch vollständige und richtige Angaben wird Straffreiheit erlangt (Rückkehr zur vollständigen Steuerehrlichkeit). Eine Teil-Selbstanzeige, etwa in Form der Angabe nur eines Teils der Hinterziehungskonten, ist unwirksam und lässt, bei nachträglichem Bekanntwerden, die Selbstanzeige rückwirkend insgesamt unwirksam werden.

Für eine Strafbefreiung reicht es nicht aus, dem Finanzamt die zur Ermittlung der hinterzogenen Beträge notwendigen Unterlagen lediglich zur Verfügung zu stellen. Der Steuerhinterzieher steht diesbezüglich in einer Bringschuld und hat die Unterlagen so aufzubereiten, dass dem Finanzamt die Veranlagung ohne größere eigene Ermittlungen möglich ist. Die Abgabe eines ausgefüllten amtlichen Erklärungsformulars ist aber nicht zwingend.

Einen häufig vorkommenden Fall stellt die so genannte „gestufte Selbstanzeige“ dar, bei der aufgrund der anfänglichen Unkenntnis über die hinterzogenen Beträge (z. B. weil Bankauszüge fehlen) die Besteuerungsgrundlagen zunächst geschätzt werden müssen und später (z. B. nach Beschaffung von Kontoauszugsduplikaten) die genauen Besteuerungsgrundlagen nachgereicht werden.

*Unbedingt zu beachten ist, dass die anfängliche Schätzung der hinterzogenen Steuerbeträge äußerst vorsichtig, eher zu hoch vorzunehmen ist.*

Auf diesen Schätzbetrag sollte zusätzlich ein Sicherheitszuschlag von im Regelfall um die 15 bis 20 Prozent zugeschlagen werden, um den kompletten Entfall der

strafbefreienden Wirkung in Folge eines insgesamt zu niedrig angegebenen Hinterziehungsbetrages zu vermeiden.



# Steuerrecht in Kürze

1

## **Koalition plant „Dezember-Lösung“ beim Arbeitnehmer-Pauschbetrag**

Die Erhöhung des Arbeitnehmer-Pauschbetrages von 920 auf 1.000 Euro soll noch im Jahre 2011 wirksam werden.

## **Unionsfraktion deutet Einführung einer „Verwaltungsgebühr“ für Selbstanzeiger an**

2

Geprüft wird nach Angaben der Unionsfraktion die Einführung einer „Verwaltungsgebühr“ bei der Selbstanzeige. Damit soll erreicht werden, dass sich selbst anzeigende Steuerhinterzieher finanziell stärker belastet werden als säumige Steuerzahler. Bisher werden beide Gruppen mit dem gleichen Zinssatz belastet.

## **Abgeltungsteuer; Ausstellung von Steuerbescheinigungen für in den Jahren 2009 und 2010 besonders in Rechnung gestellte und vereinnahmte Stückzinsen bei festverzinslichen Wertpapieren, die vor dem 1. Januar 2009 angeschafft wurden**

3

Mit der Ergänzung des § 52a Absatz 10 Satz 7 EStG i. d. F. des Jahressteuergesetzes 2010 (JStG) wurde klargestellt, dass die besonders in Rechnung gestellten und vereinnahmten Stückzinsen auch dann als Einkünfte im Sinne des § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 7 EStG zu versteuern sind, wenn der Veräußerungserlös für die vor dem 1. Januar 2009 erworbenen festverzinslichen Wertpapiere nicht steuerbar ist.

Die Steuerbescheinigungen über den Zufluss von Stückzinsen werden die Banken ihren Kunden bis spätestens 30.04.2011 übersenden.

## **E-Bilanz: Frist zur Abgabe der Bilanz in elektronischer Form um ein weiteres Jahr verschoben**

4

Nach § 5b Abs. 1 und § 52 Abs. 15a EStG besteht für Unternehmen die Verpflichtung, den Inhalt der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung nach amtlich vorgeschriebenem Datensatz durch Datenfernübertragung erstmals für Wirtschaftsjahre zu übermitteln, die nach dem 31. Dezember 2010 beginnen. Um den Unternehmen ausreichend Gelegenheit zu geben, die technischen und organisatorischen Voraussetzungen für die elektronische Übermittlung des Inhalts der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung zu schaffen, wurde der erstmalige Anwendungszeitpunkt um ein Jahr verschoben. Der Inhalt der Bilanz sowie der Gewinn- und Verlustrechnung ist nunmehr erstmals für Wirtschaftsjahre, die nach dem 31. Dezember 2011 beginnen, elektronisch zu übermitteln.

## **Sanierungsklausel unvereinbar mit EU-Beihilferegeln**

5

Die EU-Kommission weist Deutschland an, jegliche Beihilfe, die unter der so genannten Sanierungsklausel seit dem 01.01.2008 gewährt wurde, zurückzufordern. Die Sanierungsklausel, die im Juli 2009 mit einem rückwirkenden Anwendungszeitraum ab 01.01.2008 verabschiedet worden war, gibt zahlungsunfähigen oder überschuldeten, aber sanierungsfähigen Unternehmen die Möglichkeit, steuerpflichtige Einkünfte in den künftigen Steuerjahren durch die Verrechnung früherer Verluste zu verringern. Dies ist trotz Wechsel in der Eigentümerstruktur eines Unternehmens möglich. Die Klausel weicht damit vom allgemeinen Prinzip im Unternehmenssteuerrecht ab, das einen Verlustvortrag verhindert, wenn bei dem betroffenen Unternehmen ein maßgeblicher Eigentümerwechsel stattgefunden hat.

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 Gesetzeslage 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.