

Newsletter

Oktober 2010

Inhalt:

GEWERBLICHER RECHTSSCHUTZ:

Branding – Was ist aus rechtlicher Sicht zu beachten?..... 2

GESELLSCHAFTSRECHT:

AG: Bericht des Aufsichtsrats erfordert förmlichen Beschluss..... 4

AG: Aufhebung der Bestellung und gleichzeitige Neubestellung des Vorstands..... 5

GmbH: Eintragung eines Nicht-EU-Ausländers als Geschäftsführer..... 6

ARBEITSRECHT:

Vergütung von Dienstreisen – Wann muss der Arbeitgeber zahlen?..... 7

Vertretung durch Teilzeitkräfte – Vorsicht bei der Gestaltung!..... 9

STEUERN UND BILANZEN:

Bilanzierung von Forderungsverzichten gegen Besserungsschein..... 10

GmbH: Einlage eines Gesellschafters = Schenkung an die Mitgesellschafter?..... 11

Kurzmeldungen aus dem Steuerrecht..... 13

GEWERBLICHER RECHTSSCHUTZ

BRANDING – WAS IST AUS RECHTLICHER SICHT ZU BEACHTEN?

Alexander Wolf, LL.M. (Panthéon-Sorbonne) Rechtsanwalt

Der Begriff des *Branding* ist auf den ersten Blick eines dieser lustigen Modewörter, die mit der Unternehmens- und Konsumkultur der Generation Apple – Starbucks – Bionade assoziiert werden können. Eine einheitliche Definition des *Branding* gibt es nicht. Der Kern des *Branding* („brandmarken“; der Begriff stammt in der Tat aus der Viehzucht) besteht zunächst ganz schlicht in der Namensgebung für bestimmte Produkte und Dienstleistungen, mithin der Verknüpfung einer Produktbezeichnung (*Brand*) mit einem Produkt. Darüber hinaus umfasst das *Branding* ein großes Spektrum von Marketingmaßnahmen (Kommunikation, Gestaltung der Marke, Verpackung, Preispolitik, bestimmte Werbeträger etc.), die darauf abzielen, eine enge und differenzierte Bindung zwischen Produkt, Marke, Unternehmen und Kunden herzustellen und idealerweise mit dem Produkt gleich das passende Lebensgefühl mitzuliefern. Von der zunehmenden wirtschaftlichen Bedeutung des *Branding* zeugt schon dessen Artenreichtum. Bei *Wikipedia* finden sich folgende Typen des *Branding*:

- Corporate Branding
- Employer Branding
- Nation Branding
- Foreign Branding
- Audio Branding
- Acoustic Branding
- Sound Branding
- Product Branding
- Co-Branding

Von *Branded Entertainment* ist neuerdings etwa die Rede, wenn der Song zum Produkt, das Konzert zur Markenpflege und ein Star als Markenbotschafter (Brand Eins – Wirtschafts magazin Heft 07/2010, Seite 127) auf Produktpräsentationen ein bestimmtes „Markengefühl“ vermitteln sollen.

Das *Branding* hat mithin für den Transfer der Corporate Identity und der emotionalen Verknüpfung der Konsumenten mit bestimmten Produkten eine ständig steigende Bedeutung. Bevor ein *Brand* in das Marketing des Unternehmens einbezogen werden kann, sind aus

rechtlicher Sicht frühzeitig einige Fragen zu klären: Ist es sinnvoll, eine Eintragung des *Brand* als Marke beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) zu bewirken? Welche Vorteile hat eine Markeneintragung? Lohnt sich der damit verbundene Aufwand? Kann mein *Brand* überhaupt als Marke gesichert werden? Wie soll die Marke aussehen? Welche Kosten entstehen? etc etc.

Grundsätzlich ist eine Anmeldung des *Brand* als Marke beim DPMA sinnvoll, denn nur dies gewährleistet (mit wenigen Ausnahmen, die hier vernachlässigt werden können) den bundesweiten und im Falle der Anmeldung einer EU-Marke europaweiten Schutz der Marke gegen unzulässige Verwendung Dritter und Markenmissbrauch für bestimmte Waren- und Dienstleistungen. Der hierdurch gewährte Schutz ist sehr weitgehend, denn der Markeninhaber wird nicht nur vor der unzulässigen Verwendung gleichlautender Marken, sondern auch vor der Verwendung ähnlicher Marken geschützt. Selbstverständlich bleibt es dem Unternehmen unbenommen, Produkte unter einem bestimmten *Brand* auch ohne Registrierung beim DPMA zu vertreiben. Es läuft aber damit Gefahr, dass sich andere dieses ungeschützten Begriffs bedienen. Außerdem kann ein Dritter seinerseits eine identische Marke zur Anmeldung bringen und den bisherigen Verwender abmahnen und auf Unterlassen in Anspruch nehmen.

Bei der Auswahl und Gestaltung von *Brands* ist rechtzeitig zu prüfen, ob diese als Marke überhaupt schutzfähig sind. Hierbei ist eine Vielzahl von Rechtsfragen zu klären – etwa das Freihaltebedürfnis einer Marke oder das Vorliegen einer bereits angemeldeten und damit prioritäsälteren Marke (Kollisionsprüfung). Eine Prüfung sollte in jedem Fall vor einer Verwendung des *Brands* auf Produkten erfolgen, da andernfalls kostspielige Abmahnungen durch Inhaber gleichlautender oder ähnlicher Marken drohen.

Die Kosten der Markenvorprüfung und –anmeldung variieren von Fall zu Fall. Die behördliche Gebühr für die einfache Anmeldung einer Wortmarke beim DPMA für eine Schutzerstreckung auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland beträgt EUR 300,00. Ob der Markenschutz auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland, auf Europa (EU-Marke) oder auf einzelne Drittstaaten (internationale Markenmeldung) erstreckt wird, ist eine Frage der konkreten Produkt- und Markenstrategie, die der Unternehmer verfolgt. Die Schutzdauer einer eingetragenen Marke beträgt zehn Jahre beginnend mit dem Anmeldetag. Sie kann um jeweils 10 Jahre verlängert werden.

FAZIT:

Insgesamt ist festzuhalten, dass die Markenmeldung im Zuge eines Produktbrandings nicht nur vorteilhaft, sondern zu empfehlen ist. Neben dem hohen Schutz, den die Marke gewährleistet, sollte nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Marke einen handel- und belastbaren Vermögenswert darstellt, der im Einzelfall durchaus eine hohe Eigendynamik entwickeln kann.

GESELLSCHAFTSRECHT

BERICHT DES AUFSICHTSRATS ERFORDERT FÖRMLICHEN BESCHLUSS

Alexander Wolf, LL.M. (Panthéon-Sorbonne), Rechtsanwalt

Der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft prüft den Jahresabschluss, den Lagebericht und den Vorschlag des Vorstands für die Verwendung des Bilanzgewinns (§ 171 Abs. 1 AktG). Über das Ergebnis dieser Prüfung hat er schriftlich an die Hauptversammlung zu berichten. Mit diesem Bericht dokumentiert der Aufsichtsrat der Hauptversammlung die Wahrnehmung seiner Aufsichts- und Kontrollfunktion im Allgemeinen und in Bezug auf die für die Beschlussfassung bedeutenden Gesichtspunkte (Lagebericht, Jahresabschluss etc.). Der Bericht des Aufsichtsrats muss durch einen **förmlichen Beschluss** festgestellt werden. Es genügt nicht, dass der Bericht dem Aufsichtsrat in einer Sitzung zur Kenntnis gebracht wird und er hiergegen keine Einwände erhoben und den Bericht damit stillschweigend gebilligt hat. **Ein Beschluss in sog. konkludenter Form ist unzulässig.** Es muss – so der Bundesgerichtshof – aus Gründen der Rechtssicherheit gewährleistet sein, dass das Zustandekommen des Aufsichtsratsbeschlusses festgestellt werden kann. Bei stillschweigenden Beschlüssen ist dies nicht möglich, da hier nicht nachprüfbar ist, inwieweit Beschlussfähigkeit, Zustimmung, Ablehnung und Stimmenthaltung gegeben waren. Die stillschweigende Zustimmung des Aufsichtsrats entfaltet keinerlei Rechtswirkung, so dass es in obigem Fall an einem Bericht des Aufsichtsrats gemäß § 171 Abs. 2 AktG insgesamt fehlen würde.

FAZIT:

Die fehlerhafte Erstellung des Berichts des Aufsichtsrats kann zur Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen führen (z.B. Entlastung der Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat, Neuwahl des Aufsichtsrats etc.). Im Einzelfall ist zu prüfen, ob die fehlende Beschlussfassung noch durch eine nachträgliche Genehmigung im Wege eines weiteren Beschlusses nachgeholt werden kann.

AUFHEBUNG DER VORSTANDSBESTELLUNG BEI GLEICHZEITIGER NEUBESTELLUNG

Alexander Wolf, LL.M. (Panthéon-Sorbonne), Rechtsanwalt

Als bislang erstes deutsches Gericht hat das Landgericht Frankenthal zu einer Rechtsfrage Stellung bezogen, die unter Juristen bislang umstritten war und wohl bis zu einer höchstgerichtlichen Entscheidung durch den Bundesgerichtshof strittig bleiben dürfte.

Es geht um die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Verlängerung der Amtszeit des Vorstands einer Aktiengesellschaft früher als ein Jahr vor Ablauf seiner bisherigen Amtszeit zulässig ist.

Gemäß § 84 Abs. 1 AktG bestellt der Aufsichtsrat Vorstandsmitglieder auf höchstens fünf Jahre. Eine erneute Bestellung oder Verlängerung der Amtszeit um jeweils höchstens fünf Jahre ist zulässig. Hierzu bedarf es eines erneuten Aufsichtsratsbeschlusses, der allerdings gemäß § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG **frühestens ein Jahr vor Ablauf der Amtszeit** gefasst werden kann.

In dem zu entscheidenden Fall hatte der Aufsichtsrat den Vorstand für die Dauer von fünf Jahren bis Januar 2010 bestellt. Bereits im Jahr 2007 – also deutlich vor der Jahresfrist des § 84 Abs. 1 Satz 3 AktG – beschloss der Aufsichtsrat mit sofortiger Wirkung **die „einvernehmliche Aufhebung“ der Bestellung** des Vorstands und die **gleichzeitige Neubestellung** des Vorstands für weitere fünf Jahre.

Das Landgericht hat hierzu ausgeführt: *„Gemessen am Wortlaut der Bestimmung [§ 84 Abs. 1 Satz 3 AktG] hat der Aufsichtsrat [...] nicht gegen gesetzliche Vorgaben verstoßen. Bei seiner Maßnahme handelte es sich weder um wiederholte Bestellungen noch um eine Verlängerung der Amtszeit. Vielmehr wurde nach dem Wortlaut der Beschlüsse die Bestellung der*

Vorstandsmitglieder mit sofortiger Wirkung „einvernehmlich aufgehoben“ und der Vorstand für die Dauer von fünf Jahren erneut bestellt.“

Das Landgericht erkennt zwar durchaus die Gefahr einer Umgehung des Gesetzeswortlauts, die in der Akzeptanz einer solchen Handhabung liegen kann. Es hält eine vorzeitige Veränderung der Amtszeit aber jedenfalls dann für zulässig, **wenn besondere Gründe dies rechtfertigen**. Das Landgericht stützt seine Auffassung entsprechend der wohl überwiegenden Kommentarliteratur auf Ziff. 5.1.2 des Corporate-Governance-Kodex, wo es ausdrücklich heißt: „Eine Wiederbestellung vor Ablauf eines Jahres vor dem Ende der Bestelldauer bei gleichzeitiger Aufhebung der laufenden Bestellung soll **nur bei Vorliegen besonderer Umstände** erfolgen.“ Als wichtige Gründe nennt das Landgericht die Gefahr der Abwanderung der betroffenen Vorstände und die damit verbundene Möglichkeit, zum Ende der regulären Laufzeit ohne Vorstand dazustehen.

FAZIT:

Eine Neufestsetzung der Amtszeit des Vorstands einer Aktiengesellschaft kann früher als ein Jahr vor Ablauf der Amtszeit **nur ausnahmsweise** erfolgen. Ob für ein solches Vorgehen hinreichend wichtige Gründe vorliegen, muss im Einzelfall sorgfältig geprüft werden. Der Aufsichtsrat muss sich des Ausnahmecharakters dieser Gestaltung bewusst sein. Beschreitet der Aufsichtsrat diesen Weg, sollten die besonderen Umstände dokumentiert und nachvollziehbar sein. Ob die in der hier vorgestellten Entscheidung genannten Motive einer höchstrichterlichen Überprüfung standhalten, darf indes bezweifelt werden.

EINTRAGUNG EINES NICHT-EU-AUSLÄNDERS ALS GESCHÄFTSFÜHRER

Alexander Wolf, LL.M. (Panthéon-Sorbonne), Rechtsanwalt

Das Oberlandesgericht München hat unlängst die Voraussetzungen, unter denen ein Nicht-EU-Ausländer zum GmbH-Geschäftsführer bestellt werden kann, im Hinblick auf die Reform des GmbH-Rechts durch das MoMiG gelockert.

Es kann künftig insbesondere nicht mehr verlangt werden, dass dem ausländischen Geschäftsführer jederzeit die Einreise in die Bundesrepublik Deutschland möglich sein muss. Damit kann auch derjenige Geschäftsführer einer GmbH sein, der ausländerrechtlich

in Deutschland nur geduldet ist. Die Vorlage einer Gestattung der Tätigkeit als Geschäftsführer durch die Ausländerbehörde kann folgerichtig vom Handelsregister nicht verlangt werden.

Das OLG München hat festgestellt, dass die jederzeitige Einreise keine Voraussetzung für eine Bestellung eines ausländischen GmbH-Geschäftsführers sei, denn der neugefasste **§ 4a GmbHG erlaubt ausdrücklich, dass eine deutsche GmbH ihren Verwaltungssitz auch in das Ausland verlegt**. Der Gesetzgeber gestattet mithin, dass eine GmbH auch aus dem Ausland in allen Belangen gesteuert wird.

Auch die vom Geschäftsführer höchstpersönlich wahrzunehmenden Aufgaben erfordern keine Einreise nach Deutschland. § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG sieht vor, dass etwa die Belehrung über die unbeschränkte Auskunftspflicht auch durch einen im Ausland bestellten Notar oder durch einen Konsularbeamten erfolgen kann.

ARBEITSRECHT

VERGÜTUNG VON DIENSTREISEN – WAS IST ZU BEACHTEN?

Michael Vedders, Rechtsanwalt

Zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehen häufig Unklarheiten bezüglich der Wahrnehmung von Dienstreisen. Es ist zwischen der arbeitszeitrechtlichen und mitbestimmungsrechtlichen Beurteilung einerseits und der Frage der Vergütungspflicht andererseits zu unterscheiden.

Hinsichtlich der arbeitszeitrechtlichen Beurteilung ist zwischen den sog. Wegezeiten und den Dienstreisezeiten zu differenzieren. **Wegezeiten** sind die Zeiten, die der Arbeitnehmer für die An- und Abfahrt zum Betrieb seines Arbeitgebers benötigt. Sie sind grundsätzlich der privaten Sphäre zuzuordnen, keine Arbeitszeit und somit **nicht vergütungspflichtig**.

Von der Wegezeit ist die **Dienstreisezeit** zu unterscheiden. Eine Dienstreise ist die Fahrt an einen anderen Ort außerhalb der regulären Arbeitstätte, an dem ein Dienstgeschäft zu erledigen ist (BAG vom 14.11.2006 – 1 ABR 5/06).

Arbeitszeitrechtlich zählt die Dienstreisezeit nur dann zur Arbeitszeit, wenn es sich um eine betriebsbedingte Wegezeit handelt. Die betriebliche Veranlassung ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag oder einer ausdrücklichen Anordnung des Arbeitgebers. Für die arbeitszeitrecht-

liche Beurteilung der Dienstreisezeit ist die mit der Reise einhergehende Belastung des Arbeitnehmers entscheidend (sog. Beanspruchungstheorie). Hat der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer z.B. zu einer Dienstreise mit öffentlichen Verkehrsmitteln angewiesen, überlässt ihm jedoch die Gestaltung der Reisezeit, liegt keine Arbeitszeit im Sinne des ArbZG vor. Maßgeblich ist nicht, ob der Arbeitnehmer auf der Hin- oder Rückreise tatsächlich Arbeitsaufgaben erledigt. **Arbeitszeitrechtlich entscheidend ist, ob er die Reisezeit auf Anweisung des Arbeitgebers dazu nutzen muss.** Allein der Umstand, dass der Mitarbeiter während der Dienstreise Akten bearbeitet, den Termin vor- bzw. nachbereitet oder sonst zur Erfüllung seiner Arbeitsaufgaben nutzt, führt nicht zu einer arbeitszeitrechtlich relevanten Arbeitnehmerbelastung. Erst die **Anweisung** des Arbeitgebers, bestimmte Aufgaben während der Dienstreisezeiten zu erledigen, macht aus der tatsächlich geleisteten Arbeit eine arbeitszeitrechtlich anzurechnende Tätigkeit (BAG NZA 2007,155). Nutzt der Arbeitnehmer für eine Dienstreise einen selbst zu lenkenden PKW, liegt ebenfalls keine Arbeitszeit im Sinne des ArbZG vor, wenn der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer die Wahl des Reisemittels überlässt.

Hinsichtlich der **Vergütung von Dienstreisen** kommt es auf den Inhalt der einzel- oder kollektivvertraglichen Regelungen zwischen den Arbeitsvertragsparteien an. Ausgangspunkt für die Beurteilung der Vergütungspflicht ist der Arbeitsvertrag. Gehört die Reisetätigkeit zur **arbeitsvertraglich vereinbarten Hauptleistung** des Arbeitnehmers (z.B. Berufskraftfahrer), ergibt sich die Vergütung aus dem Arbeitsvertrag. Ist die Reisetätigkeit lediglich eine **zwingende Voraussetzung für die Erfüllung der Hauptleistungspflicht** (Fahrten eines Außendienstmitarbeiters zu Kunden), sind diese Fahrten Teil der arbeitsvertraglichen Leistung und somit zu vergüten.

Bei Arbeitnehmern, bei denen die Reisetätigkeit üblicherweise **nicht zur Arbeitspflicht** gehört, ist zu differenzieren: Führt der Arbeitnehmer die Reise auf Veranlassung des Arbeitgebers **während der üblichen Arbeitszeit** durch, so erhält der Arbeitnehmer für die Reisezeit die vertraglich vereinbarte Vergütung. Schwierig ist die Beurteilung, wenn die Reisezeit **ganz oder teilweise außerhalb der üblichen Arbeitszeit** liegt und eine arbeitsvertragliche Regelung fehlt. In diesem Fall ist die Reisezeit jedenfalls dann zu vergüten, wenn der Arbeitnehmer eine Arbeitsleistung erbringt, also z.B. während der Fahrt Akten studiert.

FAZIT:

Reisezeit ist nicht immer gleich Arbeitszeit. Entscheidend ist der Einzelfall. Sie ist es stets, wenn die Reise während der normalen Arbeitszeiten erfolgt, zu den Hauptpflichten des Arbeitnehmers gehört oder der Mitarbeiter besonders beansprucht wird.

VERTRETUNG DURCH TEILZEITKRÄFTE – VORSICHT BEI DER GESTALTUNG

Michael Vedders, Rechtsanwalt

Arbeitgeber haben nach dem Teilzeitbefristungsgesetz (TzBfG) die Möglichkeit, Arbeitnehmer zur Vertretung eines vorübergehend ausgefallenen Mitarbeiters befristet einzustellen. In einer Entscheidung vom 14.04.2010 hat das Bundesarbeitsgericht seine bisherige Rechtsprechung zum sog. **sachgrundbefristeten Arbeitsverhältnis** zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers bestätigt. In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall war eine Postzustellerin (Klägerin) über mehrere Jahre zur Vertretung aufgrund jeweils kurzzeitig befristeter Arbeitsverträge beschäftigt worden. Nach Auffassung der Klägerin bestand der Sachgrund der Vertretung nicht, da sie immer wieder den Ausfall anderer Postzustellerinnen in verschiedenen Bezirken vertretungsweise übernahm. Damit sei ein **unbefristetes Arbeitsverhältnis** entstanden.

Der Befristungsgrund des § 14 Abs.1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG besteht bei Vertretungsfällen darin, dass der Arbeitgeber bereits mit einem vorübergehend an der Arbeitsleistung verhinderten Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag geschlossen hat und mit dessen Rückkehr rechnet. Diese Prognose des Arbeitgebers muss sich nur auf den **Wegfall des Vertretungsbedarfs** und nicht auf den konkreten Zeitpunkt der Rückkehr des Vertretenen oder auf die Dauer des Vertretungsbedarfs beziehen. Ferner muss **bei Abschluss des befristeten Vertrags** sichergestellt sein, dass die befristete Einstellung des Arbeitnehmers aufgrund des Bedarfs erfolgt, der durch die vorübergehende Abwesenheit des zu vertretenden Mitarbeiters entsteht (**Kausalzusammenhang**).

Es ist jedoch nicht zwingend, dass der befristet zur Vertretung eingestellte Arbeitnehmer die Stammarbeitskraft **unmittelbar vertritt** und die von ihr bislang ausgeübten Tätigkeiten erledigt. Das TzBfG, so das Bundesarbeitsgericht, ermögliche es auch, den Vertreter mit anderen Aufgaben zu betrauen (**mittelbare Vertretung**). **Eine solche mittelbare Vertretung sei zulässig, wenn der Arbeitgeber rechtlich und tatsächlich die Möglichkeit habe, der vertretenen Stammarbeitskraft die Aufgaben des Vertreters zuzuweisen und ihn ggf. in den Arbeitsbereich des Vertreters zu versetzen.** Dies setzt voraus, dass der Vertretene nach seinem Arbeitsvertrag die von der Vertretungskraft ausgeübten Tätigkeiten ebenfalls hätte ausüben können und der Arbeitgeber dem Vertretenen im Wege des Direktionsrechts diese Arbeit hätte zuweisen können. Hierzu genügt es, dass der Arbeitgeber bei Abschluss des befristeten Arbeitsvertrages mit dem Vertreter dessen Aufgaben der vorübergehend verhinderten Stammarbeitskraft **erkennbar gedanklich zugeordnet** hat.

Bei einer mittelbaren Vertretung des ausgefallenen Arbeitnehmers kommt es somit nicht drauf an, was der Vertretene bisher getan hat, sondern allein darauf, was er tun könnte.

Kann der Arbeitgeber eine vorübergehend ausfallende Arbeitskraft nicht durch eine adäquate Ersatzkraft ersetzen, kann er durch Umstrukturierungen den Arbeitsausfall auffangen, da § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG auch die **Versetzung mehrere Arbeitnehmer** zulässt (**Vertretungskette**). **Voraussetzung für eine solche Vertretungskette ist jedoch stets eine erkennbare Zuordnung der Tätigkeit auf den konkreten Vertretungsfall.** Diese Kette darf nicht unterbrochen werden.

FAZIT:

An die Darlegung des Kausalzusammenhangs sowie die Darstellung einer Vertretungskette werden bei Abschluss befristeter Arbeitsverträge hohe Anforderungen gestellt. Die Grenzen des Weisungsrechts gegenüber dem vertretenen Arbeitnehmer und den versetzten Arbeitnehmern im Falle einer Vertretungskette müssen vor Abschluss des befristeten Vertrags genau geprüft werden, um eine unwirksame Befristung zu vermeiden.

STEUERN UND BILANZEN

BILANZIERUNG VON FORDERUNGSVERZICHTEN GEGEN BESSERUNGSSCHEIN

Christoph Bollhauer, Wirtschaftsprüfer Steuerberater

Der Forderungsverzicht gegen Besserungsschein stellt neben dem Rangrücktritt und der Teilnahme von Mezzanine-Kapital ein häufig anzutreffendes Hilfsmittel bei der Sanierung von Unternehmen in der Krise dar. Der Forderungsverzicht führt zu einem Erlöschen der Schuld des Unternehmens (§ 397 Abs.1 BGB). Um den Interessen des Gläubigers in hinreichendem Maße Rechnung zu tragen, wird der Forderungsverzicht in der Sanierungspraxis in der Regel mit einer Besserungsabrede versehen, einer aufschiebend bedingten Zahlungsverpflichtung, die aus einem künftigen Gewinn oder Liquidationsüberschuss ausbezahlt ist.

Nach dem **Handelsgesetzbuch (HGB)** führt der Forderungsverzicht des Gläubigers zu einer Ausbuchung der (erloschenen) Verbindlichkeit beim Schuldner, und zwar ertragswirksam als außerordentlicher Ertrag. Eine spätere aufwandswirksame Passivierung aufgrund des Besserungsscheins erfolgt erst, wenn die Bedingungen des Besserungsscheins eingetreten sind.

Haben die Parteien ein Wiederaufleben der Forderung für den Fall eines Jahresüberschusses vereinbart, ist eine neue Verbindlichkeit für den Zeitraum zu passivieren, in dem die Verbindlichkeit wirtschaftlich verursacht wurde.

Auch die Bilanzierung nach **IFRS** führt dazu, dass die Verbindlichkeit beim Schuldner im Falle des Forderungsverzichts auszubuchen ist (IAS 39.39). Es gibt allerdings auch beachtliche Unterschiede. So erfolgt etwa bei dem Forderungsverzicht eines Gesellschafters primär in seiner Eigenschaft als Anteilseigner die Ausbuchung der Verbindlichkeit – anders als nach HGB – erfolgsneutral und nicht erfolgswirksam in der Gewinn- und Verlustrechnung. Ferner wird der Besserungsschein nach IFRS als eine neue finanzielle Verbindlichkeit bewertet, die in Höhe der abgezinsten erwarteten Auszahlung auf den Besserungsschein zu passivieren ist (IAS 39), während bei der Bilanzierung nach HGB eine Verpflichtung aus dem Besserungsschein erst nach Eintritt der vertraglichen vereinbarten Bedingung passiviert wird. Der Wert der finanziellen Verbindlichkeit ist dementsprechend erfolgswirksam anzupassen, wenn sich die Ertragslage der Gesellschaft anschließend zum positiven oder negativen verändert.

EINLAGE EINES GESELLSCHAFTERS = SCHENKUNG AN DIE MITGESELLSCHAFTER (BFH, URTEIL VOM 09.12.2009 – II R 28/08)?

Alexander Wolf, LL.M. (Panthéon-Sorbonne) Rechtsanwalt

Der Bundesfinanzhof hatte darüber zu entscheiden, ob die Einlage eines einzelnen GmbH-Gesellschafters der Schenkungssteuer unterliegt, wenn sich wirtschaftlich betrachtet der Wert der Anteile der Mitgesellschafter durch die erbrachte Einlage unzweifelhaft erhöht.

Der Fall:

Bei einer GmbH wurde eine Kapitalerhöhung im Wege der Leistung einer Sacheinlage durchgeführt. An dieser Kapitalerhöhung nahmen nicht alle Gesellschafter teil, was nominal zu einer „Verwässerung“ der Beteiligung dieser Gesellschafter führte. Wirtschaftlich betrachtet erhöhte sich jedoch der Wert der Beteiligung aufgrund des hohen Werts der Sacheinlage, die den Wert der übernommenen Stammeinlagen überstieg. Das Finanzamt sah in dieser Wertverschiebung eine freigebige Zuwendung der Gesellschafter, die die werterhöhende Sacheinlage erbracht haben, an die nicht an der Kapitalerhöhung beteiligten Gesellschafter und verlangte Schenkungssteuer. **Wirtschaftlich betrachtet liege eine Bereicherung des Letzteren auf Kosten der übernehmenden Gesellschafter vor.** Dieser Sichtweise hat sich der Bundesfinanzhof nicht angeschlossen.

Die Leitsätze:

1. Erhöht sich der Wert der GmbH-Beteiligung eines Gesellschafters dadurch, dass ein anderer Gesellschafter Vermögen in die GmbH einbringt, ohne eine dessen Wert entsprechende Gegenleistung zu erhalten, liegt keine freigebige Zuwendung des einbringenden Gesellschafters an den anderen Gesellschafter vor.
2. Dies gilt auch, wenn bei einer Kapitalerhöhung einer GmbH die neu entstehende Stammeinlage durch eine Sacheinlage erbracht wird und diese Einlage mehr wert ist als die übernommene neue Stammeinlage.

Die Begründung:

Zwar unterliegt der Schenkungssteuer in der Tat jede freigebige Zuwendung, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird. **Für die Beurteilung, ob eine freigebige Zuwendung i. S. des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG vorliegt, kommt es jedoch ausschließlich auf die Zivilrechtslage und nicht darauf an, wem nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise Vermögen oder Einkommen zuzurechnen ist.** Der Bundesfinanzhof stellt klar, dass die Kapitalerhöhung zivilrechtlich eine **Leistung an die rechtlich eigenständige GmbH** darstellt. Es fehlt mithin an der erforderlichen Vermögensverschiebung nach bürgerlichem Recht zwischen den Gesellschaftern. **Die unstreitig vorliegende Wertever-schiebung zugunsten der nicht übernehmenden Gesellschafter ist schenkungssteuerlich irrelevant.**

FAZIT:

Die Entscheidung des Bundesfinanzhofs sorgt für Fälle, in denen sich der Wert einer bereits bestehenden GmbH-Beteiligung erhöht, für mehr Rechtssicherheit. Dabei muss in der Praxis aber genau differenziert werden, denn die schenkungssteuerliche Beurteilung lautet u. U. anders, wenn alle Gesellschafter sich an einer Kapitalerhöhung beteiligen und dabei der wirtschaftliche Wert des übernommenen Geschäftsanteils den nominalen Wert der Einlage übersteigt.

KURZMELDUNGEN AUS DEM STEUERRECHT

Zusammengestellt von Christoph Bollhauer, Wirtschaftsprüfer Steuerberater

Bei privater Nutzung mehrerer betrieblicher Fahrzeuge durch ausschließlich eine Person ist die 1 %-Regel für jedes Fahrzeug anzuwenden

Für die Bewertung der privaten Nutzung eines betrieblichen Fahrzeugs stehen zwei Methoden zur Verfügung, nämlich die Führung eines Fahrtenbuchs oder die sogenannte 1 %-Regel. Befinden sich mehrere Fahrzeuge im Betriebsvermögen, die der Unternehmer alle und ausschließlich allein ohne Führung eines Fahrtenbuchs auch privat nutzt, ist die 1 %-Regel fahrzeugbezogen, also mehrfach anzuwenden. Für jedes Fahrzeug und für jeden Kalendermonat ist also 1 % des inländischen Listenpreises zuzüglich der Kosten für Sonderausstattungen einschließlich der Umsatzsteuer als privater Nutzungsanteil ansetzen.

Umsatzsteuer: Auch in Rechnungen von „Kleinstunternehmern“ ist eine konkrete Leistungsbeschreibung für die Vorsteuerabzugsberechtigung erforderlich

Voraussetzung für den Vorsteuerabzug ist u. a., dass eine Rechnung die eindeutige und leicht nachprüfbare Feststellung der abgerechneten Leistung ermöglicht. Allgemeine Bezeichnungen wie „Trockenbauarbeiten“, „Fliesenarbeiten“ und „Außenputzarbeiten“ reichen nicht aus. Es muss vielmehr das Objekt, an dem die Arbeiten ausgeführt wurden, konkret bezeichnet werden. Die Anforderungen an die Leistungsbeschreibung gelten einheitlich für alle Unternehmer. Es gibt keine Erleichterungen für sog. „Kleinstunternehmer“.

Unbefristete, unverzinsliche Gesellschafterdarlehen sind bilanziell abzuzinsen, wenn nicht mit einer kurzfristigen Kündigung gerechnet werden muss

Unverzinsliche Darlehen, die am Bilanzstichtag noch mindestens eine Restlaufzeit von 12 Monaten haben, sind in der Steuerbilanz gewinnerhöhend abzuzinsen. Erhält eine GmbH von ihren Gesellschaftern unverzinsliche Darlehen von 56 Mio. DM und waren keine Rückzahlungsmodalitäten vereinbart, sind die Darlehen auf 29 Mio. DM abzuzinsen. Der Gewinn erhöht sich um den Differenzbetrag von 27 Mio. DM. Den Einwand, wegen der fehlenden Rückzahlungsmodalitäten fänden die Vorschriften des BGB Anwendung, nach denen Darlehen mit einer Frist von drei Monaten gekündigt werden könnten und damit eine Laufzeit von weniger als 12 Monaten haben, ließ der Bundesfinanzhof nicht gelten. Darlehen mit gesetzlicher Kündigungsfrist müssen nur dann nicht abgezinst werden, wenn kurzfristig **ernsthaft** mit

einer Kündigung gerechnet werden muss. Weil die Gesellschafter die Darlehen niemals gekündigt hatten, war eine solche Absicht aber nicht glaubhaft zu machen.

Unterbleibt die Handelsregistereintragung einer GmbH in Gründung, ist sie nicht körperschaftsteuerpflichtig

Nach Abschluss des notariellen Gesellschaftsvertrags, aber vor Eintragung im Handelsregister besteht die GmbH als solche noch nicht (§ 11 Abs. 1 GmbHG). Die GmbH befindet sich noch in Gründung und wird als „Vorgesellschaft“ bezeichnet. Wird sie später ins Handelsregister eingetragen, werden Vorgesellschaft und GmbH steuerlich als einheitliche Kapitalgesellschaft behandelt. Wird die Vorgesellschaft hingegen nicht eingetragen, ist sie nicht körperschaftsteuerpflichtig, denn den Status einer GmbH erreicht die Gesellschaft erst mit Eintragung. Die Gründungsgesellschafter gelten mangels Eintragung in das Handelsregister als Mitunternehmer der Vorgesellschaft (GbR oder OHG). In diesem Fall ist eine gesonderte und einheitliche Gewinnfeststellung durchzuführen.

Zusage einer Pension ohne ausreichende Probezeit ist vGA

Der Bundesfinanzhof hat bestätigt, dass die Zusage einer Pension an den Gesellschafter-Geschäftsführer oder an eine diesem nahe stehende Person ohne ausreichende Probezeit als verdeckte Gewinnausschüttung zu qualifizieren ist. In dem entschiedenen Fall war der Geschäftsführer einer GmbH zu 99 % an der Gesellschaft beteiligt. Seine Ehefrau arbeitete bereits seit zehn Jahren als kaufmännische Angestellte im Betrieb und wurde schließlich zur weiteren einzelvertretungsberechtigten Geschäftsführerin bestellt. Bereits sechs Wochen später erteilte die GmbH der Ehefrau die Zusage einer lebenslänglichen Altersrente sowie einer Berufsunfähigkeitsrente. Mangels ausreichender Probezeit beurteilte das Finanzamt die Zuführung zur Pensionsrückstellung als verdeckte Gewinnausschüttung. Der Bundesfinanzhof stimmte dem zu: **Auf das Erfordernis einer Probezeit könne nicht deshalb verzichtet werden, weil die Ehefrau bereits längere Zeit für die GmbH tätig war. In ihrer Arbeit als Büroangestellte war sie weisungsgebunden und hatte somit keine leitende, einem Geschäftsführer vergleichbare, Stellung inne.**



FRANKFURT AM MAIN

Wiesenu 36

60323 Frankfurt am Main

Telefon: 069/971600

Fax: 069/97160 - 444

Email: frankfurt@kmo-legal.de

HOFHEIM

Nordring 29

65719 Hofheim am Taunus

Telefon: 06192/995760

Fax: 06192/9957628

Email: hofheim@kmo-legal.de

Impressum

Herausgeber: KMO Kestler Mielert & Partner

©KMO Kestler Mielert & Partner

Rechtsanwälte Notar Steuerberater Wirtschaftsprüfer

Wiesenu 36

D-60323 Frankfurt am Main

www.kmo-legal.de

Alle Angaben in diesem Newsletter wurden sorgfältig recherchiert und zusammengestellt. Dessen ungeachtet stellt dieser Newsletter naturgemäß lediglich eine unverbindliche und rein informatorische Serviceleistung von KMO dar. Der Newsletter soll und kann keine fundierte und umfassende Beratung im Einzelfall ersetzen. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Inhalts sowie für zwischenzeitliche Änderungen übernehmen die Autoren und die Herausgeber keine Gewähr. Alle Rechte vorbehalten, auch die der fotomechanischen Wiedergabe und der Speicherung in elektronischen Medien.