

# Mandantenbrief

Informationen über Steuern, Recht und Wirtschaft

Lesen Sie in dieser Ausgabe:

**Im Fokus: Bau/Ferien-Immobilien/Fonds**

- > Interview zum Thema des Monats:  
Bau/Ferien-Immobilien/Fonds

**Steuern aktuell**

- > Verfassungsmäßigkeit der Rentenbesteuerung auch für Freiberufler
- > Strenge Anforderungen an die Anerkennung interprofessioneller Gesellschaften als freiberuflich
- > Steuerermäßigung bei Doppelbelastung mit Einkommen- und Erbschaftsteuer

**Recht aktuell**

- > Neuerungen im Kapitalerhöhungsrecht der GmbH seit MoMiG
- > Urlaubsregelungen im Rahmen des internationalen Personaleinsatzes
- > Aktualisierung der Mitteilung Neuregelung zur Kurzarbeit vom 30. Januar 2009

**Wirtschaft aktuell**

- > Die Insolvenzantragspflicht bei Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens

**Rödl & Partner intern**

- > Buchveröffentlichung „Mitarbeiterbeteiligung“
- > Auslandsbrief von Rödl & Partner
- > Seminare

## Liebe Leserin, lieber Leser,

viele Unternehmen stehen heute vor der Herausforderung, alternative Möglichkeiten zur Finanzierung ihrer Geschäftstätigkeit zu finden. Denn Investitionen auf der Basis einer reinen Kreditfinanzierung werden immer schwieriger.

Insbesondere für die Realisierung von Immobilienprojekten haben sich v.a. geschlossene Fonds als attraktive Finanzierungsalternativen etabliert. Dabei werden beispielsweise Bürokomplexe, Hotels oder Einkaufszentren in Fonds eingebracht und an ein Unternehmen oder verschiedene Nutzer vermietet. Auch Unternehmen gehen dazu über, ihren Immobilienbestand durch Finanzierung über Fonds und andere Arten der Beteiligung privater Investoren bankenunabhängiger zu finanzieren. In jüngster Zeit wächst zudem die



Beliebtheit von Wohnimmobilien-Fonds, über die in attraktive Bauprojekte wie beispielsweise Mehrfamilienhäuser investiert wird.

Gleiches gilt für Projekte im Bereich der Erneuerbaren Energien wie Solar- oder Windparks. Aufgrund der hier zu erzielenden attraktiven Renditen lassen sich diese Anlagen sehr gut über Fonds finanzieren. Allerdings wird der überwiegende Teil dieser Projekte im Ausland realisiert, weil dort oftmals die Besteuerung für den Anleger deutlich interessanter ist.

Als problematisch erweist sich, dass der Gesetzgeber in Deutschland die Attraktivität von Fonds sukzessive eingeschränkt hat. Aus der Anlegerperspektive erscheinen Investitionen in geschlossene Fonds weniger attraktiv, weil deren Besteuerung nicht unter die pauschale Abgeltungsteuer fällt, sondern Einkünfte daraus häufig nach dem persönlichen Einkommensteuersatz versteuert werden. Offene Fonds dagegen unterliegen der Abgeltungsteuer, sind aber künftig bei Veräußerungen auch innerhalb der Jahresfrist steuerpflichtig. Für die Fondsgesellschaften selbst wurden die Auflagen in den vergangenen Jahren erheblich verschärft. Dadurch erhöhen sich die Kosten für die Fonds, Renditen werden geschmälert und im Ergebnis viele neue Projekte als unrentabel eingestuft.

Angesichts der aktuellen Situation in der Mittelstandsfinanzierung sollte der Gesetzgeber auch über steuerliche Anreize für Fondsanleger nachdenken. Denn die damit finanzierten Projekte führen nicht nur zu Renditen und damit höheren Steuereinnahmen, sie sorgen auch für Arbeitsplätze in mittelständischen Unternehmen wie der Bauindustrie und im Handwerk. So wird ein Steuersparmodell schnell zu einem Konjunkturprogramm.

Ihr Dr. Christian Rödl  
Geschäftsführender Partner

## Im Fokus: Fonds

### > Interview zum Fokusthema des Monats: Fonds

Die Weltwirtschafts- und Finanzkrise hat zu starker Verunsicherung bei Anlegern und Marktteilnehmern geführt. Das Marktsegment der geschlossenen Fonds – insbesondere des Immobiliensektors – nimmt hier jedoch eine Sonderstellung ein. Die Platzierungsergebnisse des ersten Quartals 2009 in geschlossene Immobilienfonds lagen mit EUR 544,6 Mio. 93 Prozent über den Zahlen des letzten Quartals 2008 (Quelle: VGF Verband Geschlossene Fonds e.V., Pressemitteilung 07/09). Grund genug, diesen Bereich in den Fokus zu nehmen und einen Überblick über aktuelle Entwicklungen zu geben.

Beantwortet von Herrn Rechtsanwalt Harald Reitze



Zur Person/Ansprechpartner:

Harald Reitze ist Rechtsanwalt und Associate Partner bei Rödl & Partner. Er berät vorwiegend Fondsinitiatoren bei Immobilientransaktionen und der Implementierung von geschlossenen Fondsstrukturen sowie Unternehmen, Inhaber und Finanzinvestoren in Fragen des Gesellschaftsrechts und des Kapitalmarktrechts, bei Unternehmenskäufen und -verkäufen, zu Venture Capital, Private Equity und Börsengängen.

*Das Fokusthema dieses Mandantenbriefs lautet „Fonds“. Das ist ja ein sehr abstrakter Begriff. Können Sie uns einige Beispiele nennen, wo im Alltag Fonds häufig anzutreffen sind?*

Viele Dinge, mit denen wir im Alltag konfrontiert werden, haben mit Fonds zu tun. Nehmen Sie – passend zur Jahreszeit – eine Urlaubsreise. Auf dieser begegnen wir zahlreichen durch Fonds finanzierten Vermögensgegenständen, ohne dass uns dies immer bewusst wird. Ob es das Flugzeug ist, mit dem wir fliegen, das Kreuzfahrtschiff, der moderne Hotelkomplex oder eine Anlage von Ferienapartments – dies alles sind Objekte, hinter welchen oftmals ein Fonds steht. Aber natürlich sind Immobilien insgesamt ein Bereich, in dem Fonds stark engagiert sind. Traditionell finanzieren Immobilienfonds – in offenen wie auch in geschlossenen Strukturierungen – die verschiedensten Gebäude. Geschlossene Fonds stehen als Vermieter hinter vielen Einkaufszentren, vermieten aber auch an staatliche Stellen oder erbauen repräsentative Gebäude, die Unternehmen gerne als Zentralen nutzen.

*Wie ist denn ein geschlossener Fonds strukturiert?*

Ein geschlossener Fonds ist eigentlich ein recht einfaches Produkt. Dies muss er auch sein, damit der Anleger ihm vertraut.

In unserer komplexen Zeit eine einfache Strukturierung zu entwerfen, oft über mehrere Staaten hinweg, ist allerdings die eigentliche Herausforderung.

Zum einen gibt es die Strukturen für die Beteiligung der Anleger, also vor allem die Fondsgesellschaft selbst. Zum anderen gibt es das Anlageobjekt und die vertraglichen Grundlagen zu seinem Erwerb, also zum Beispiel einen Grundstückskaufvertrag, den die Fondsgesellschaft abschließt. Ferner gibt es Verträge zur Finanzierung mit einer Bank. Das Konzept ist stets steuerlich verklammert – die steuerlichen Wirkungen richtig zu erkennen und für das Fondskonzept einzusetzen, ist oftmals zentrales Element der Strukturierung. Schließlich haben wir es mit aufsichtsrechtlichen Aspekten in einem stark regulierten Markt zu tun. Der Emittent und die Vermögensanlage sind vom Anbieter in einem Informationsdokument beschrieben – meist ist dies ein Verkaufsprospekt.

*Der Markt ist „reguliert“. Was heißt das genau?*

Einfach gesagt: Der Staat möchte nicht, dass jeder mit einer Vermögensanlage an die Öffentlichkeit herantritt und Anlagen an nicht ausreichend informierte Anleger verkauft. Er hätte gern zuvor noch sichergestellt, dass die Öffentlichkeit richtig und ausreichend informiert wird.

Daher gibt es – für sämtliche Arten von Fonds – ein mehr oder weniger strenges Kontrollregime. Für den Verkaufsprospekt gibt es gesetzliche Mindestanforderungen, die einzuhalten sind. Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) überprüft die Einhaltung dieser Anforderungen und gestattet bzw. untersagt die Veröffentlichung.

Darüber hinaus gibt es für Vermögensanlage und Anbieter auch eine laufende Überwachung durch die BaFin. Für klassische geschlossene Fonds ist dies jedoch noch nicht der Fall.

*Wie wirkt sich die Finanzkrise auf Fonds aus?*

Die Finanzkrise hat eine Reihe von Schwachstellen im globalen Finanzsystem offen gelegt. Sie hat gezeigt, wie die Risiken eines Sektors rasch auf das gesamte System übergreifen und schwerwiegende Folgen für alle Finanzteilnehmer und die Stabilität der Finanzmärkte nach sich ziehen können.

„Fonds“ sind aber nicht gleich „Fonds“. Die plötzliche Auflösung hebelfinanzierter (leveraged) Positionen großer Hedgefonds und großer Rohstofffonds standen im Zentrum der betroffenen Finanzinstrumente. Die von Hedgefonds verfolgten Hebelstrategien haben in der Krise den Abschwung verstärkt. Nach Ansicht vieler Marktteilnehmer haben Rohstofffonds Ende 2007 zur Entstehung der Preisblasen auf den Rohstoffmärkten beigetragen, die das Umsichgreifen der Finanzkrise förderten.

Auch wenn diese Fonds die Krise nicht verursacht haben, sieht sich der Sektor durch die jüngsten Entwicklungen doch schwer unter Druck. Vor allem klassische geschlossene Fonds waren aber eher Betroffene als dass sie zur Verstärkung der Finanzkrise beitrugen. Immobilienfonds und Private Equity Fonds sahen sich infolge des weltweiten Zusammenbruchs der Kreditmärkte Liquiditätsproblemen ausgesetzt – und das trotz oftmals konservativer Anlage in Sachwerten.

*Immer wieder hörte man in der Vergangenheit den Ruf nach einem „Anlage-TÜV“. Kommt dieser?*

Ich denke, in unserer freiheitlich-demokratischen Grundordnung sollte man es den Bürgern überlassen, wie sie ihr Vermögen anlegen wollen. Ein Staat, der nur noch Anlagen in normierte Finanzanlagen erlaubt, würde sich selbst zum obersten Bundeskonzeptionär aufschwingen. Eine Kontrolle des Marktes auf diese Weise erscheint schwer vorstellbar. Der Markt muss sich selbst regulieren, muss dabei aber wirkungsvoller kontrolliert werden.

Es ist nach den Vorkommnissen der Finanzkrise offensichtlich, dass der Anleger besser geschützt werden muss. Gesetzgeberische Vorstöße in die richtige Richtung sind zu begrüßen. Was derzeit diskutiert wird, greift jedoch einerseits zu kurz und schießt andererseits über das Ziel hinaus. Hier steht nicht das zentrale Anliegen des Schutzes des Anlegers im Fokus sondern leider einmal mehr ein Versuch der stärkeren Regulierung der Anbieter. Dadurch allein wird aber der Anleger nicht besser informiert oder werden Produkte vom Anleger ferngehalten, die Risiken für den Anleger bergen.

*Was wird derzeit konkret diskutiert?*

Am konkretesten wird hier die Europäische Union. Sie hat jüngst einen Vorschlag für eine Richtlinie über die Verwalter alternativer Investmentfonds (Alternative Investment Fund Managers – AIFM) vorgelegt. Zielrichtung des Richtlinienvorhabens ist es vor allem, die bereits erwähnten hebel-finanzierten Fonds stärker zu kontrollieren. Daher ist der Vorschlag stark auf die Strukturen dieser Fonds ausgerichtet. Da der europäische Gesetzgeber es für ineffektiv und kurzsichtig hält, Legislativinitiativen nur auf Teilbereiche des Marktes auszurichten, hat er den Anwendungsbereich sehr weit gefasst, so dass der Richtlinienvorschlag auch Vorgaben für die Regulierung auch geschlossener Fondsstrukturen enthält.

Viele der Mechanismen der Fonds, die im Fokus der Richtlinie stehen, gibt es jedoch bei anderen Arten der Vermögensanlage nicht. Dementsprechend stünden wir vor großen Anwendungs- und Auslegungsproblemen. Unpräzise Begriffe müssten in ein unpassendes Korsett gezwängt werden. Geschlossene Fonds müsste zudem aufwendige Strukturen etablieren, die jedoch für

die Tätigkeit klassischer geschlossener Fonds weitgehend wirkungslos wären. Darüber hinaus wäre die Umsetzung für geschlossene Fonds mit Kosten verbunden, die dieses Marktsegment unter stärksten Druck setzen würden. Die Überlebensfähigkeit in der heutigen – insgesamt bewährten – Form wäre wohl ernsthaft bedroht.

Was jedoch am wichtigsten ist – man verfolgt einmal mehr den Ansatz, durch Regulierung des Anbieters indirekt auch den Anlegerschutz zu verbessern. Ob dies funktioniert, erscheint mir zweifelhaft. An mangelnder Regulierung der Anbieter hat es nach meinem Eindruck nicht gelegen, dass Anleger mit Vermögensanlagen, über die sie nicht richtig informiert waren, große Verluste hatten.

*Was wäre aus Ihrer Sicht richtig und wünschenswert?*

Eine echte inhaltliche Kontrolle von Vermögensanlagen wäre wünschenswert, also eine Plausibilitätsprüfung durch den Staat. Dem Anleger bringt es einen echten Mehrwert, wenn die wirtschaftlichen und rechtlichen Grundlagen einer Konzeption durch eine staatliche Stelle zwingend einer Prüfung unterzogen wären. Die meisten namhaften Initiatoren machen dies ohnehin und beauftragen unabhängige Wirtschaftsprüfer mit der Erstellung eines Prospektprüfungsgutachtens. Wenn dies zwingend für alle Anbieter geregelt würde, wäre zumindest die Gefahr wesentlich eingedämmt, Konzepten aufzusitzen, die wirtschaftlich nicht tragen oder auf rechtlichen Grundlagen beruhen, die keine ausreichende Sicherheit bieten.

Darüber hinaus sollte sichergestellt werden, dass der Anleger über die mit einer Vermögensanlage verbundenen spezifischen Risiken richtig informiert wird. Bislang findet die Aufarbeitung einer mangelhaften Information leider erst später statt, wenn sich der erhoffte wirtschaftliche Erfolg der Vermögensanlage nicht einstellt oder sich Risiken verwirklichen, die der Vermögensanlage anhaften.

*Herr Reitze, wir danken Ihnen für das Gespräch.*

## > Vorschlag für eine Richtlinie über die Verwalter alternativer Investmentfonds und Auswirkungen auf Initiatoren geschlossener Fonds

**VON JÜRGEN SIEGL** | Jürgen Siegl ist Rechtsanwalt bei Rödl & Partner. Er berät Fondsinitiatoren bei Immobilientransaktionen und der Implementierung von geschlossenen Fondsstrukturen sowie Unternehmen in Fragen des Gesellschaftsrechts, des Kartellrechts, des Kapitalmarktrechts, bei Unternehmenskäufen und –verkäufen sowie Finanzierungsfragen.

Die Weltwirtschafts- und -finanzkrise zu beenden und für die Zukunft ähnliche Entwicklungen zu vermeiden steht neben Hilfeleistung in akuten Fällen im Zentrum aktueller gesetzgeberischer Aktivitäten. Derzeit werden hierzu verschiedene Ansätze verfolgt. Am 30. April 2009 hat die Europäische Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über die Verwalter alternativer Investmentfonds und zur Änderung der Richtlinie 2004/39/EG und 2009/.../EG (KOM [2009] 207) („AIFM-Richtlinie“) vorgelegt. Ziel dieser Richtlinie ist vor allem die Vermeidung systemischer Risiken. Die AIFM-Richtlinie setzt bei den Verwaltern alternativer Investmentfonds (Alternative Investment Fund Managers – AIFM) an, um durch umfassende Regulierung charakteristischer Tätigkeiten einen harmonisierten Rahmen für die Beobachtung und Überwachung des Marktes zu gewährleisten. Die AIFM-Richtlinie hat einen weit gefassten Anwendungsbereich. Ihre Regelungsgegenstände sind aus Ereignissen motiviert, die im Zusammenhang mit offenen Fonds, v.a. Hedgefonds, die Weltwirtschafts- und -finanzkrise verschärften. Neben offenen Fonds sollen ausdrücklich auch geschlossene Fonds vom Anwendungsbereich umfasst werden. Im Rahmen des Fokusthemas möchten wir die wesentlichen Eckpunkte der AIFM-Richtlinie und ihre Auswirkungen auf geschlossene Fonds darstellen.

### Aufbau

Der Vorschlag für die AIFM-Richtlinie gliedert sich in 56 Artikel in 9 Kapiteln:

- > 1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen
- > 2. Kapitel: Zulassung eines AIFM
- > 3. Kapitel: Bedingungen für die Ausübung der Tätigkeit
- > 4. Kapitel: Transparenzanforderungen
- > 5. Kapitel: Pflichten von AIFM, die bestimmte Arten von AIF verwalten
- > 6. Kapitel: Erbringung von Verwaltungs- und Vertriebsdiensten durch AIFM
- > 7. Kapitel: Spezifische Vorschriften in Bezug auf Drittländer
- > 8. Kapitel: Zuständige Behörden
- > 9. Kapitel: Übergangs- und Schlussbestimmungen

### Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen

Nach dem vorgelegten Vorschlag sind alle natürlichen oder juristischen Personen, die für alternative Investmentfonds Verwaltungsdienste erbringen, vom Anwendungsbereich erfasst, soweit sie nicht unter die Richtlinie des Rates vom 20. Dezember 1985 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) - 85/611/EWG (sog. „OGAW-Richtlinie“) fallen. Insbesondere sollen sowohl offene als auch geschlossene Fonds alternative Investmentfonds im Sinne des Vorschlags darstellen.

Der Richtlinienvorschlag sieht unter anderem zwei De-minimis-Freistellungen für kleine Verwalter vor. So sollen von der vorgeschlagenen Richtlinie alle AIFM freigestellt werden, die alternative Investmentfonds mit einem Vermögen von insgesamt unter 100 Millionen Euro verwalten. Ferner sind Verwalter alternativer Investmentfonds, die nicht hebel-finanziert sind und deren Anleger in den ersten fünf Jahren nach Konstituierung keine Kündigungsrechte ausüben können, vom Anwendungsbereich ausgenommen. Nach Auffassung der Kommission wird es eine Reihe von Basisbestimmungen geben, die für betroffene Anlageklassen angepasst werden, so dass die aufgestellten Anforderungen angemessen sein sollen. Diese genauen Konkretisierungsschritte stehen jedoch noch nicht fest.

Nach dem Anwendungsbereich ist zu erwarten, dass die weit überwiegende Mehrzahl der im Markt tätigen Emissionshäuser unter den vorgeschlagenen Anwendungsbereich der AIFM-Richtlinie fallen würde. Langjährig tätige Emissionshäuser verwalten eine Vielzahl von geschlossenen Fonds, die – insgesamt betrachtet – eine Verwaltung alternativer Investmentfonds oberhalb der De-minimis-Grenzen darstellen würde. Noch nicht klar ist, was unter dem Begriff „Verwalten“ zu verstehen ist. Als Adressaten der Richtlinie kommen sowohl die jeweiligen geschäftsführenden Kommanditisten der jeweiligen Fonds, die oftmals mit der Verwaltung der Anlageobjekte betrauten Asset Manager oder Vertragsreeder sowie die Vertriebsgesellschaften von Emissionshäusern (oder aber alle) in Betracht. Hier bleibt abzuwarten, wie sich das Gesetzgebungsverfahren und die Meinungsbildung entwickeln werden.

### Vertrieb nur noch an professionelle Anleger

Ein zugelassener Verwalter alternativer Investmentfonds kann Anteile alternativer Investmentfonds nur an professionelle Anleger vertreiben. Professionelle Anleger sind nach dem Richtlinienvorschlag Anleger im Sinne der Richtlinie des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente (sog. „MiFiD-Richtlinie“). Ein Vertrieb an Kleinanleger ist ausgeschlossen. Privatpersonen wären danach von einer Zeichnung ausgeschlossen, sofern Sie sich nicht aktiv um eine Einstufung als professioneller Anleger bemühen. Dies ist Ihnen jedoch nur dann möglich, sofern sie mindestens zwei der folgenden Kriterien erfüllen:

- > Der Anleger hat an dem relevanten Markt während der vier vorhergehenden Quartale durchschnittlich pro Quartal zehn Geschäfte von erheblichem Umfang getätigt.
- > Das Finanzinstrument-Portfolio des Anlegers, das Bardepots und Finanzinstrumente umfasst, übersteigt 500.000 Euro.
- > Der Anleger ist oder war mindestens ein Jahr lang in einer beruflichen Position im Finanzsektor tätig, die Kenntnisse über die geplanten Geschäfte oder Dienstleistungen voraussetzt.

Nach der vorgeschlagenen Regelung wäre die breite Masse der Privatanleger nicht mehr in der Lage, sich an geschlossenen Fonds zu beteiligen. Zwar sollen nach dem Vorschlag nationale Regelungen zulässig sein, die einen Vertrieb an Kleinanleger gestatten, doch ob dies für Deutschland geplant ist, bleibt abzuwarten.

### Anforderungen an den Verwalter alternativer Investmentfonds

Alle Verwalter alternativer Investmentfonds haben in ihrem Herkunftsstaat eine Zulassung zu beantragen, bevor sie mit Ihrer Tätigkeit beginnen dürfen. Dabei müssen Verwalter alternativer Investmentfonds über Eigenmittel in Höhe von mindestens 12.500 Euro verfügen. Übersteigt der Wert der von einem Verwalter alternativer Investmentfonds verwalteten Portfolios 250 Millionen Euro, hat der Verwalter zusätzliche Eigenmittel einzubringen. Diese müssen mindestens 0,02 Prozent des Betrags, um den der Wert der Portfolios 250 Millionen Euro übersteigt, ausmachen.

Daneben haben die Verwalter alternativer Investmentfonds gewisse organisatorische Anforderungen zu erfüllen. Insbesondere haben sie Abläufe einzurichten und nachzuhalten, die Interessenkonflikte identifizieren und verhindern sollen. Ferner müssen sie ein angemessenes Risiko- und Liquiditätsmanagement etablieren.

Die verwalteten alternativen Investmentfonds und der Wert der ausgegebenen Anteile sollen mindestens einmal jährlich durch eine unabhängige Bewertungsstelle bewertet werden. Eine Verwahrung der Anlegergelder und der verwalteten Finanzinstrumente soll nur noch durch eine Verwahrstelle möglich sein.

Auch für geschlossene Fondsgesellschaften wären diese Anforderungen durch die jeweiligen Verwalter alternativer Investmentfonds zu erfüllen. Allerdings ist zu bedenken, dass typische geschlossene Fondsstrukturen die Investition in ein im Vorhinein feststehendes Anlageobjekt vorsehen, das langfristig gehalten und bewirtschaftet wird. Ein aktiver Handel mit Anlageobjekten findet regelmäßig – schon aus steuerlichen Aspekten – nicht statt. Die Anwendung der Handelspraktiken, die die Kommission bei dem Richtlinienvorschlag im Auge hatte, scheiden bei geschlossenen Fondsstrukturierungen in der Regel aus. Wesentliche Entscheidungen sind den Anlegern vorbehalten. Die Rückgabe von Anteilen, die eine regelmäßige unabhängige Bewertung erforderlich machen würde, ist bei geschlossenen Fonds typischer-

weise ausgeschlossen. Die vorgesehenen Anforderungen zielen auf Handlungspraktiken ab, die typischerweise bei geschlossenen Fonds nicht auftreten. Was die von der Kommission angekündigten angemessenen Konkretisierungen für geschlossene Fonds mit sich bringen werden, steht noch nicht fest.

### EU-Pass

Erfüllt ein Verwalter alternativer Investmentfonds die Anforderungen der vorgeschlagenen Richtlinie, würde dies für den Vertrieb alternativer Investmentfonds an professionelle Anleger in anderen Mitgliedstaaten ausreichen. Für den grenzübergreifenden Vertrieb müsste er lediglich die erforderlichen Informationen bei der zuständigen Behörde des Herkunftsmitgliedstaates einreichen.

Obwohl diese Regelung sinnvoll ist, erscheint sie für die Regulierung geschlossener Fondsstrukturierungen nicht erforderlich. Geschlossene Fonds in Form von Publikumskommanditgesellschaften sind ein Produkt, das für Deutschland spezifisch ist. Mit Ausnahme von Österreich und der Schweiz werden sie im europäischen Ausland nur sehr eingeschränkt angeboten. Der Nutzen einer solchen Erweiterung erscheint daher sehr begrenzt.

### Fazit

Es ist festzuhalten, dass den vorgeschlagenen gravierenden Nachteilen und für geschlossene Fonds unpassenden Regelungen nur der sehr eingeschränkte Vorteil des europaweiten Vertriebs gegenüber stünde. Ferner muss man die Frage der Angemessenheit der Regelungen für geschlossene Fonds stellen, da bei ihnen Handelspraktiken, die der europäische Gesetzgeber strenger reglementieren möchte, regelmäßig nicht stattfinden. Es bleibt abzuwarten, wie sich der weitere Gesetzgebungsprozess entwickelt und zu hoffen, dass für die Verwalter geschlossener Fonds zumindest auf diese zugeschnittene Ausnahmetatbestände geschaffen werden oder diese bestenfalls aus dem Anwendungsbereich ausgenommen werden. Letzteres wäre vorstellbar, wenn die Verwalter nicht ausnahmsweise entsprechende Handelspraktiken anwenden und laufende Investitionen in Vermögensgegenstände jeglicher Art tätigen. Vorbild könnte hier der neu gefasste § 1 Absatz 1a Nr. 11 Kreditwesengesetz (KWG) sein. Dieser qualifiziert Unternehmen nur dann als Finanzdienstleistungsinstitute, wenn sie bei der Auswahl der Finanzinstrumente einen Entscheidungsspielraum haben, dies ein Schwerpunkt des angebotenen Produktes ist und zu dem Zweck erfolgt, dass diese Anleger an der Wertentwicklung der erworbenen Finanzinstrumente teilnehmen. Das Gros der geschlossenen Fondsstrukturierungen, von denen keine systemischen Risiken ausgehen, wäre mit einer entsprechenden Regelung im Richtlinienvorschlag in sinnhafter Weise behandelt und Risikoherde gleichwohl der Regulierung unterworfen.

Kontakt für weitere Informationen:  
Jürgen Siegl  
Rechtsanwalt  
Rödl & Partner Nürnberg  
Tel. +49 (9 11) 9193-13 02  
E-Mail: juergen.siegl@roedl.de



## Steuern aktuell

> Kurzmittelungen > Konzernsteuerrecht >

### OFD: Unternehmereigenschaft von Holdinggesellschaften

Die Oberfinanzdirektion (OFD) Karlsruhe hat mit Verfügung vom 28. Januar 2009 in Bezug auf die Unternehmereigenschaft von Holdinggesellschaften klargestellt, dass eine umsatzsteuerliche Organschaft auch dann vorliegt, wenn die (Führungs- oder Funktions-)Holding die geschäftsleitende Tätigkeit gegen Entgelt erbringt oder wenn sie durch andere Umsätze die Voraussetzungen für die Unternehmereigenschaft erfüllt. Damit hat die OFD auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 29. April 2004 reagiert. Dieser hatte in seiner Entscheidung festgestellt, dass die jährliche Gewährung verzinslicher Darlehen durch eine Holdinggesellschaft an ihre Beteiligungsgesellschaften eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt.

Insgesamt bedeutet dies, dass auch dann die Unternehmereigenschaft einer Holding zu bejahen ist, wenn diese ihren Beteiligungsgesellschaften verzinsliche Darlehen gewährt. Die alte Auffassung der OFD Karlsruhe (Verfügung vom 25. August 2004), wonach eine umsatzsteuerliche Organschaft nur dann vorliegt, wenn eine ansonsten nicht unternehmerisch tätige Führungsholding die geschäftsleitende Tätigkeit gegen Entgelt erbringt, ist damit überholt.

### OFD: Bildung von Gewerbesteuerrückstellungen

Die OFD Rheinland hat per Verfügung vom 5. Mai 2009 klargestellt, dass auch nach Einführung des Betriebsausgabenabzugsverbots des § 4 Abs. 5b Einkommensteuergesetz (EStG) weiterhin in der Steuerbilanz eine Gewerbesteuerrückstellung zu bilden ist. Dabei ist der volle Steuerbetrag anzusetzen, der sich ohne Berücksichtigung der Gewerbesteuer ergibt (keine Anwendung der sogenannten 5/6-Methode nach R 4.9 Abs. 2 Satz 2 EStR 2005).

Die Gewinnauswirkungen sind anschließend außerbilanziell zu neutralisieren (§ 4 Abs. 5b EStG).

### Bürgerentlastungsgesetz: Änderungen bei der Zinsschranke und den Körperschaftsteuerlichen Verlustvorträgen

Der Finanzausschuss des Bundestages billigte am 27. Mai 2009 das sogenannte Bürgerentlastungsgesetz, das im Unternehmensbereich unter anderem folgende Änderungen vorsieht:

Die sogenannte Zinsschranke des § 4h EStG soll durch eine Anhebung der Freigrenze von einer Million Euro auf drei Millionen Euro entschärft werden. Die Erhöhung soll auf die Veranlagungszeiträume von 2008 bis 2010 begrenzt werden.

Daneben wird in § 8c Körperschaftsteuergesetz (KStG) eine Klausel eingefügt, wonach bei einem Beteiligungserwerb Verlustvorträge im Sanierungsfall erhalten bleiben. Eine Voraussetzung ist unter anderem, dass der Körperschaft innerhalb von zwölf Monaten nach dem Beteiligungserwerb 25 Prozent neues Betriebsvermögen zugeführt wird. Da diese Sanierungsklausel eine dringende Maßnahme zur Verhinderung von krisenverschärfenden Regelungen ist, soll sie zunächst nur befristet bis zum 31. Dezember 2010 anwendbar sein.

Weitere Informationen zum Bürgerentlastungsgesetz können Sie der nächsten Ausgabe des Newsletters „Gestaltungsberatung aktuell“ entnehmen.

> Kurzmittelungen > Konzernsteuerrecht >

### > Verfassungsmäßigkeit der Rentenbesteuerung auch für Freiberufler

**VON MELANIE ERHARDT** | Mit dem Urteil vom 26. November 2008 (Az.: X R 15/07) zur Besteuerung der Alterseinkünfte hat der Bundesfinanzhof die gesetzgeberische Entscheidung zum Übergang auf das System der nachgelagerten Besteuerung von Altersrenten grundsätzlich akzeptiert.

#### Systemwechsel zur nachgelagerten Besteuerung von Altersrenten

Kernpunkt der nachgelagerten Besteuerung, die seit 2005 gilt, ist folgender: Nach Ablauf einer Übergangsregelung, welche bis zum Jahr 2040 Anwendung findet, ist der steuerliche Abzug der vom Steuerpflichtigen geleisteten Altersvorsorgebeiträge bei aktiv Erwerbstätigen bis zu einem Höchstbetrag von 20.000 Euro möglich. Die Vorsorgebeiträge werden somit in der Ansparphase aus un versteuertem Einkommen geleistet. Im Gegenzug dazu werden die Alterseinkünfte in der Auszahlungsphase in voller Höhe der Besteuerung unterworfen.

Für den Gesetzgeber bestand ein besonderes Problem darin, Übergangsregelungen zu etablieren, die die bis 2004 geltenden unterschiedlichen Altersvorsorge- und Alterseinkünfte systeme in die nachgelagerte Besteuerung überführen, ohne gegen das Prinzip der Gleichheit der Besteuerung zu verstoßen. Denn bis 2004 war die steuerliche Entlastung der Vorsorgebeiträge von Selbständigen und Angestellten unterschiedlich hoch.

### Das Urteil des BFH

Thematisiert wurde im vorliegenden Urteil die Verfassungsmäßigkeit der Besteuerung der Renten während des Zeitraums der Übergangsregelung. Der BFH entschied, dass die Gleichbehandlung der Renteneinkünfte ehemals Selbständiger und ehemals Angestellter nach neuem System verfassungsrechtlich noch gerechtfertigt sei – trotz der unterschiedlich hohen steuerlichen Entlastung der korrespondierenden Altersvorsorgebeiträge in der Einzahlungsphase vor 2005.

Bezüglich der Übergangsregelung gewährt der BFH dem Gesetzgeber einen großen Gestaltungsspielraum, insbesondere was die steuerliche Gleichbehandlung jener Renten ehemaliger Selbständiger und ehemaliger Angestellter angeht. Laut Urteil ist die verfassungsrechtliche Grenze jedoch dann erreicht, wenn gegen das Verbot der Doppelbesteuerung verstoßen wird.

### Wann liegt eine Doppelbesteuerung vor?

Es ist bislang noch ungeklärt, wann von einer doppelten Besteuerung auszugehen ist. Grundsätzlich ist dies der Fall, wenn Renten(teile) der Besteuerung unterworfen werden, obwohl die diesbezüglichen Vorsorgebeiträge bereits aus versteuertem Einkommen gezahlt worden sind. Es besteht Einigkeit darüber, dass keine Barwertbetrachtung der Zahlungen vorzunehmen ist. Des Weiteren müsse der Arbeitgeberanteil bei der Berechnung der steuerlichen Belastung der Vorsorgeaufwendungen als steuerfrei angesehen werden. Offen bleibt aber, inwieweit der einkommensteuerliche Grundfreibetrag sowie andere Pauschbeträge und Sonderausgabenabzüge in die Berechnung einzubeziehen sind. Weitere Erkenntnisse dürften die Entscheidungen in den anhängigen Revisionsverfahren bringen (Az.: VIII R 23/08, X R 52/08, X R 53/08 und X R 58/08).

Nach neuem Recht steht der steuerfreie Teil der Rente spätestens mit Ablauf des Jahres nach Rentenbeginn fest. In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass bereits zu diesem Zeitpunkt beurteilt werden kann, ob über die Laufzeit der Rente eine Doppelbesteuerung vorliegt, indem dieser steuerfreie Teil – nach Abzug des Werbungskostenpauschbetrags – mit der statistischen Lebenserwartung multipliziert wird.

In der Fachliteratur tobt ein Meinungsstreit um den Begriff und den Umfang der Doppelbesteuerung: Bei den „Altrentnern“, also

jenen, die schon einige Jahre vor der Systemumstellung ab 2005 Rentner geworden sind, dürfe eine Doppelbesteuerung nicht anzunehmen sein. Für „normale“ Rentenfälle vertritt der Verband Deutscher Rentenversicherungsträger (VDR) die Auffassung, dass eine Doppelbesteuerung bei Selbständigen bereits ab dem Renteneintritt im Jahr 2005 und bei Arbeitnehmern ab dem Renteneintrittsjahrgang 2015 zu bejahen ist.

### Fazit

Steuerfestsetzungen sind bezüglich der Besteuerung der Einkünfte aus Leibrenten für Veranlagungszeiträume ab 2005 vorläufig. Wenn sich nach den vorstehenden Ausführungen eine Doppelbesteuerung ergeben könnte, sollte gegen Steuerbescheide trotzdem Einspruch eingelegt und ein Ruhen des Verfahrens beantragt werden.

#### Kontakt für weitere Informationen:

Melanie Erhardt

Steuerberaterin

Rödl & Partner Nürnberg

Tel.: +49 (9 11) 91 93 - 20 71

E-Mail: [melanie.erhardt@roedl.de](mailto:melanie.erhardt@roedl.de)



## > Strenge Anforderungen an die Anerkennung der Freiberuflichkeit von interprofessionellen Gesellschaften

**VON JAN BÖTTCHER** | Angehörige freier Berufe schließen sich häufig zusammen, sei es in Form von Kooperationsgemeinschaften, wie z. B. Apparate- und Laborgemeinschaften, oder in Form von Berufsausübungsgesellschaften, wie z. B. Gemeinschaftspraxen und Sozietäten. Diese verschiedenen Ausprägungen der Zusammenarbeit werden in der Regel in der Rechtsform einer GbR oder Partnerschaftsgesellschaft ausgeübt. Sind die Gesellschafter Berufsträger verschiedener freiberuflicher Berufe, wie z. B. Architekten und beratende Betriebswirte, spricht man von sogenannten interprofessionellen Gesellschaften.

### Aktuelle Rechtsprechung

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat in zwei aktuellen Entscheidungen vom jeweils 28. Oktober 2008 (Az.: VIII R 73/06 und VIII R 69/06) klargestellt, dass eine solche interprofessionelle Personengesellschaft nur dann insgesamt freiberufliche Einkünfte erzielt, wenn alle Gesellschafter die Voraussetzungen einer freiberuflichen Tätigkeit persönlich erfüllen. Die alleinige Eigenschaft als Berufsträger reicht hingegen nicht aus. Verwirklicht auch nur ein Gesellschafter Elemente einer nicht freiberuflichen

Tätigkeit, gilt dies als schädlich, und sämtliche Einkünfte der Personengesellschaft werden als gewerblich qualifiziert. In der Folge ist die Personengesellschaft insgesamt gewerbsteuerpflichtig.

Der BFH führt in seinen Entscheidungen aus, dass zu prüfen ist, ob jeder Gesellschafter auch tatsächlich aktiv freiberuflich tätig ist. Reine Innenleistungen reichen hierfür nicht aus, vielmehr muss die Tätigkeit gegenüber Dritten ausgeübt werden. Mit anderen Worten: Der Gesellschafter muss seine freiberufliche Tätigkeit auch tatsächlich entfalten. Will also etwa eine Sozietät ihre kaufmännische Leitung einem Betriebswirt überlassen, darf sie ihn nicht zum Gesellschafter machen, denn die Beratung im Innenverhältnis erfüllt nicht die Anforderungen einer freiberuflichen Beratung.

### Doppelstöckige interprofessionelle Gesellschaften

Größte Vorsicht ist bei doppelstöckigen Personengesellschaften geboten, da laut BFH alle Gesellschafter der Obergesellschaft auch in der Untergesellschaft selbst freiberuflich tätig werden müssen. Auch hier wäre dann eine freiberufliche Leistung an externe Auftraggeber notwendig. Ausgenommen sind die in der Praxis wohl bedeutsamsten Beiträge der Obergesellschaft, nämlich solche der Auftragsbeschaffung. Die Folge ist nicht zu unterschätzen: Erfüllen die Obergesellschaften die Anforderung der freiberuflichen Tätigkeit in der Untergesellschaft nicht, sind nicht nur die Einkünfte der Untergesellschaft als gewerblich zu qualifizieren, sondern gemäß § 15 Abs. 3 Einkommensteuergesetz (EStG) auch die Einkünfte der Obergesellschaft, da dieser nun Erträge aus einem Gewerbebetrieb zufließen.

### Fazit

Die Anforderungen, die der BFH an den Status der freiberuflichen Tätigkeit von interprofessionellen Personengesellschaften stellt, sind hoch. Im Falle einer doppelstöckigen Personengesellschaft dürfte diese Hürde nur schwer zu nehmen sein. Sicherheit in Bezug auf die Anforderungen an eine freiberufliche Tätigkeit ließe sich nur durch eine Gestaltung als Schwesterpersonengesellschaft erreichen. Nur die Gesellschafter der (eigentlichen) Obergesellschaft, welche auch in der anderen Gesellschaft tatsächlich freiberuflich tätig werden, beteiligen sich an beiden Gesellschaften. So lässt sich die Gefahr der gewerblichen Inflationierung der durch die Obergesellschaft erzielten Einkünfte ausschließen. Nachteilig an dieser Konstruktion wäre sicherlich, dass dann auch eine gewünschte echte Holdingkonstruktion nicht mehr erreicht werden könnte, wenn nicht alle Gesellschafter einer Obergesellschaft auch in der Untergesellschaft aktiv freiberuflich tätig sind. Auch nicht als Holding strukturierte interprofessionelle Gesellschaften sollten die Tätigkeit ihrer Gesellschafter auf deren Marktausrichtung prüfen. Ist eine tatsächliche freiberufliche Tätigkeit eines Gesellschafters aufgrund reiner Innen-

leistung nicht gegeben, droht auch hier die gewerbliche Inflationierung der Einkünfte der Gesellschaft.

Kontakt für weitere Informationen:

Jan Boettcher LL.M.

Rödl & Partner Nürnberg

Tel.: +49 (9 11) 91 93 - 12 41

E-Mail: [jan.boettcher@roedl.de](mailto:jan.boettcher@roedl.de)



## > Steuerermäßigung bei Doppelbelastung mit Einkommen- und Erbschaftsteuer

**VON CAROLA SEIFRIED** | Durch die Erbschaftsteuerreform ist ab 1. Januar 2009 eine Vorschrift zur Verminderung einer eventuellen Doppelbelastung mit Erbschaftsteuer und Einkommensteuer geschaffen worden. Durch die Heranziehung von Vermögen mit Verkehrswerten zur Erbschaft- und Schenkungsteuer werden solche Fälle einer Doppelbelastung künftig weit häufiger vorkommen als im alten Recht.

### Fälle der Doppelbelastung mit Erbschaft- und Einkommensteuer

Eine Doppelbelastung mit Erbschaft- und Schenkungsteuer einerseits sowie Einkommensteuer andererseits droht immer dann, wenn im Erbfall oder durch Schenkung Vermögen übergeht, das mit einer latenten Einkommensteuer belastet ist. Dies zeigt sich in nachfolgenden Beispielen:

- > Es wird ein Anteil an einer Kapitalgesellschaft mit einem Verkehrswert von 1.000.000 Euro vererbt. Die ursprünglichen Anschaffungskosten betragen 25.000 Euro. Der Anteil wird kurz nach dem Erbfall durch den Erben veräußert. Der Erbschaftsteuer unterliegt der Verkehrswert des Anteils in Höhe von 1.000.000 Euro. Einkommensteuerpflichtig sind nach dem Teileinkünfteverfahren 60 Prozent des Veräußerungsgewinns, somit 585.000 Euro.
- > Im Nachlass des Erblassers befindet sich eine Forderung aus einer Aufsichtsrats­tätigkeit in Höhe von 100.000 Euro, die erst kurz nach dem Erbfall beglichen wird. Diese unterliegt der Erbschaftsteuer. Die Zahlung auf die Forderung führt bei den Erben zu einkommensteuerpflichtigen Einkünften.

### Voraussetzungen einer Steuerermäßigung

Nach der neu geschaffenen Vorschrift des § 35b Einkommensteuergesetz (EStG) wird nun eine Einkommensteuerermäßigung

gewährt, wenn Einkünfte bzw. Vermögen sowohl mit Erbschaftsteuer als auch mit Einkommensteuer belastet werden. Der Anwendungsbereich beschränkt sich auf Erbfälle. Die Vorschrift findet keine Anwendung in Schenkungsfällen, in denen eine Doppelbelastung mit beiden Steuerarten ebenfalls grundsätzlich denkbar ist. Maßgeblich ist, dass der Erbfall ab 1. Januar 2009 eingetreten ist. Eine Steuerermäßigung wird nur gewährt, wenn die Einkommensteuerlast im Jahr des Erbfalls oder in einem der vier folgenden Jahre eintritt. Der Steuerpflichtige muss des Weiteren einen Antrag stellen, um die Steuerermäßigung zu erhalten.

### Wirkung der Steuerermäßigung

Die Wirkung der Steuerermäßigung soll folgendes Beispiel verdeutlichen:

Nach dem Tod des Erblassers erbt dessen Tochter eine Forderung aus der Aufsichtsratsstätigkeit ihres Vaters in Höhe von 100.000 Euro. Der persönliche Freibetrag der Tochter ist durch Vorschenkungen verbraucht, sodass eine Erbschaftsteuer auf den Erwerb von 7.000 Euro anfällt. Die bei der Tochter auf die Einkünfte anfallende Ertragsteuerlast (zur Vereinfachung ohne Kirchensteuer und Solidaritätszuschlag) beträgt vor Anwendung der Steuerermäßigung im Spitzensteuersatz 45.000 Euro. Diese ermäßigt sich nach § 35b EStG um 3.150 Euro (Ermäßigung um 7 Prozent entsprechend der Erbschaftsteuerbelastung). Der Tochter verbleiben somit von dem Erbe nach Steuern 51.150 Euro. Wäre die Aufsichtsratsvergütung noch zu Lebzeiten des Vaters zugeflossen und die Einkommensteuer noch bei ihm angefallen, hätte er nur den Betrag nach Steuern von 55.000 Euro vererben können. Die Erbschaftsteuerlast hierauf hätte 3.850 Euro betragen. Der Tochter wären nach Steuern ebenfalls 51.150 Euro verblieben.

Bei der Wirkungsweise der Vorschrift ist zu beachten, dass aufgrund der anzuwendenden Rechensystematik in vielen Fällen keine vollständige Beseitigung einer Doppelbelastung erfolgt. Auch bleibt eine Doppelbelastung von Erbschaftsteuer einerseits und Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer andererseits unberücksichtigt. Im Ergebnis wird der Steuerpflichtige, der Vermögen erbt, das mit einer latenten Einkommensteuer belastet ist, durch das geltende Steuersystem weiterhin benachteiligt sein.

Kontakt für weitere Informationen:

Carola Seifried

Steuerberaterin

Rödl & Partner Nürnberg

Tel.: +49 (9 11) 91 93 - 12 50

E-Mail: [carola.seifried@roedl.de](mailto:carola.seifried@roedl.de)



## Recht aktuell

> Kurzmitteilungen > Kurzmitteilungen >

### Klärung der Rechtswegeröffnung für Insolvenzanfechtungsklagen gegen Arbeitnehmer

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat am 2. April 2009 (IX ZB 182/08) entschieden, dem gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes die Rechtsfrage vorzulegen, ob der ordentliche Rechtsweg für die Klage des Insolvenzverwalters gegen einen Arbeitnehmer des Schuldners aus Insolvenzanfechtung auch dann möglich ist, wenn die Anfechtung eine vom Schuldner geleistete Vergütung betrifft. Der erkennende Senat des BGH möchte der Rechtsbeschwerde des Klägers, den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten für zulässig zu erklären, stattgeben. Er sieht sich jedoch an der beabsichtigten Entscheidung gehindert, weil er damit von der Rechtsprechung des 5. Senats des Bundesarbeitsgerichts (BAG, 27. Februar 2008, 5 AZB 43/07) abweiche. Für die Bestimmung des Rechtswegs sei die Natur des Rechtsverhältnisses entscheidend, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird, nicht hingegen die Art der anzufechtenden Forderung. Der Anfechtungsanspruch sei generell ein bürgerlich-rechtlicher Anspruch, der allgemeine Regelungen, wie etwa im Schuldrecht, Handels- oder Arbeitsrecht, verdränge. Das Bundesarbeitsgericht war in seiner Entscheidung vom 27. Februar 2008 von der sowohl für die Konkursordnung als auch für das neue Insolvenzrecht nahezu einhelligen Auffassung bezüglich der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte abgewichen und ist damit mehrheitlich auf Ablehnung gestoßen.

### Gesetzesnovelle zur Vereinfachung und Modernisierung des Patentrechts beschlossen

Am 28. Mai 2009 hat der deutsche Bundestag den Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Vereinfachung und Modernisierung des Patentrechts beschlossen. Durch das Gesetz wird die Anmeldung von Patenten vereinfacht und das Gerichtsverfahren beschleunigt. Im Fokus der Novelle stehen Verbesserungen im Nichtigkeitsverfahren, in dem die Rechtmäßigkeit der Erteilung eines Patents gerichtlich überprüft wird. Außerdem wird das Verfahren bei Arbeitnehmererfindungen vereinfacht: Arbeitnehmererfindungen gehen nunmehr vier Monate nach ihrer Meldung automatisch auf den Arbeitgeber über, wenn dieser die Erfindung nicht vorher freigibt. Ziel der Neuregelungen ist es, durch Einführung eines wirksamen und effektiven Rechtsschutzes der Wirtschaft zu helfen, ihr Innovationspotenzial voll auszuschöpfen und neue Arbeitsplätze zu schaffen. Darauf komme es gerade in wirtschaftlich schwierigen Zeiten an, so Bundesjustizministerin Brigitte Zypries.

> Kurzmitteilungen > Kurzmitteilungen >

## > Neuerungen im Kapitalerhöhungsrecht der GmbH seit MoMiG

**VON GERNOT GIESECKE** | Durch das im November 2008 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) haben sich im GmbH-Recht mannigfache, teilweise sehr grundlegende Änderungen und Neuerungen ergeben. Der Autor hat bereits in der Mandantenbrief-Ausgabe September 2008 einen Überblick über die wesentlichsten Änderungen gegeben. Der folgende Artikel beleuchtet nunmehr die durch das MoMiG eingetretenen Neuerungen im Recht der (Stamm-)Kapitalerhöhung bei der GmbH.

### Bisherige Möglichkeiten zur Kapitalerhöhung

Vor Inkrafttreten des MoMiG standen den Gesellschaftern einer GmbH folgende Möglichkeiten zur Durchführung einer Kapitalerhöhung zur Verfügung:

**Barkapitalerhöhung:** Die Einlageverpflichtung der an der Kapitalerhöhung teilnehmenden Gesellschafter oder Dritter auf die durch die Kapitalerhöhung neu geschaffenen Geschäftsanteile wird durch Zuführung von Barmitteln erfüllt.

**Sachkapitalerhöhung:** Die Einlageverpflichtung der an der Kapitalerhöhung teilnehmenden Gesellschafter oder Dritter auf die durch die Kapitalerhöhung neu geschaffenen Geschäftsanteile wird durch Zuführung von Sachmitteln (z. B. Grundstücke, Gebäude, Pkws, Patente etc.) erfüllt, sofern selbige den – belegt durch ein entsprechendes Wertgutachten – angegebenen Wert tatsächlich erreichen.

In beiden Fällen wird der Gesellschaft also effektiv neues Kapital, sei es in Bar- oder Sachmitteln, zugeführt (sogenannte effektive Kapitalerhöhung). Davon zu unterscheiden ist der Fall der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln: Dabei wird das Stammkapital der Gesellschaft durch Umwandlung frei verfügbarer Rücklagen nach § 272 Abs. 2, 3 HGB in Stammkapital erhöht, ohne dass sich das bilanzielle Eigenkapital der Gesellschaft verändert (sogenannte nominelle Kapitalerhöhung).

### Neue Möglichkeit: Genehmigtes Kapital

Durch das MoMiG ist den GmbH-Gesellschaftern eine weitere Möglichkeit zur Kapitalerhöhung an die Hand gegeben worden: die Schaffung von sogenanntem genehmigtem Kapital (Neueinführung des § 55a GmbHG). Diese Möglichkeit war bislang nur im Aktienrecht vorgesehen. Darunter versteht man eine in den Gesellschaftsvertrag der Gesellschaft aufzunehmende Ermächtigung der Geschäftsführer, für höchstens fünf Jahre nach entweder

- > erstmaliger Eintragung der Gesellschaft an sich oder
- > bei bereits bestehenden Gesellschaften
- > nach Eintragung selbiger Ermächtigung im Handelsregister

das Stammkapital bis zu einem bestimmten Nennbetrag durch Ausgabe neuer Geschäftsanteile gegen entsprechende Einlagen zu erhöhen. Es handelt sich mithin um eine Ermächtigung in der Geschäftsführung, durch welche die GmbH ausweislich der Begründung seitens des Bundesrates in die Lage versetzt werden soll, „flexibel und unkompliziert auf schnelle Weise neues Kapital zu beschaffen. Damit könnten für den Erwerb von Beteiligungen, Unternehmen oder zur Realisierung von Kapitalerhöhungen kurzfristig neue Anteile geschaffen werden. Bereits im Vorfeld einer solchen Transaktion könnten damit die formellen Voraussetzungen geschaffen werden, um im richtigen Moment rasch handeln zu können.“

Die Flexibilität, die durch die Einführung des genehmigten Kapitals bei der GmbH erreicht werden sollte, ist allerdings nur sehr eingeschränkt gegeben. Der Hintergrund ist die Tatsache, dass die Ermächtigung der Geschäftsführung, wie sie der Wortlaut des § 55a GmbHG nun vorsieht, nicht auch gleichzeitig die Ermächtigung zu der mit der Kapitalerhöhung zwingend einhergehenden Änderung des Gesellschaftsvertrags umfasst. Die Ermächtigung zur Änderung des Gesellschaftsvertrags bleibt auch weiterhin den Gesellschaftern vorbehalten, sodass die Geschäftsführung bei Ausnutzung des genehmigten Kapitals, d. h. bei Durchführung der eigentlichen Kapitalerhöhung, zusätzlich auf einen – möglicherweise genau dann nicht kurzfristig zu fassenden – Gesellschafterbeschluss angewiesen ist. In der Praxis empfiehlt es sich daher, die Ermächtigung der Geschäftsführung auch dahingehend zu erweitern, nicht nur das genehmigte Kapital auszunutzen, sondern auch die hierfür zwingend erforderliche Änderung des Gesellschaftsvertrags an Stelle der eigentlich zuständigen Gesellschafter vorzunehmen. Nur auf diesem Wege ist es möglich, den vom Bundesrat beschriebenen Gesetzeszweck zu erfüllen.

### Verdeckte Sacheinlage, Hin- und Herzahlen

Neben der Einführung des soeben beschriebenen genehmigten Kapitals hat das MoMiG eine weitere wesentliche Änderung gegenüber der bisherigen Gesetzeslage im Hinblick auf Fälle der sogenannten verdeckten oder auch verschleierte Sachkapitalerhöhungen sowie im Hinblick auf Fälle des sogenannten „Hin- und Herzahlens“ gebracht. Bei beiden Konstellationen handelt es sich um Umgehungstatbestände, zu denen sich Geschäftsführer von GmbHs in der Praxis (leider) immer wieder von ihren Gesellschaftern mangels Kenntnis der damit verbundenen Rechtsfolgen überreden lassen. Verschiedenste Fallkonstellationen sind denkbar. Eine Aufzählung aller bisher von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle würde den Rahmen dieses Artikels deutlich sprengen. Zwei einfach gehaltene Grundfälle sollen die Problematik nachfolgend beispielhaft verdeutlichen:

## 1. Verdeckte Sachkapitalerhöhung

Die Gesellschafter A, B und C der ABC-GmbH beschließen eine Barkapitalerhöhung, wobei jeder Gesellschafter eine Bareinlage in Höhe von 100.000 Euro erbringen soll. Da der Gesellschafter C jedoch nicht über Barmittel in entsprechender Höhe verfügt, vereinbaren die Gesellschafter und der Geschäftsführer, dass der Gesellschafter C das sich in seinem Eigentum befindliche Privatgrundstück (wirtschaftlicher Verkehrswert: 60.000 Euro) zu einem Kaufpreis von 100.000 Euro an die Gesellschaft übereignet und der Gesellschafter C sodann den von der Gesellschaft erhaltenen Kaufpreis der Gesellschaft wiederum zur Erfüllung seiner aus dem Kapitalerhöhungsbeschluss folgenden Einlageverpflichtung überweist. Entsprechend der in § 56 Abs. 2 i. V. m. § 19 Abs. 4 GmbHG enthaltenen Definition hat der Gesellschafter C bei wirtschaftlicher Betrachtung und unter Berücksichtigung der vorher erfolgten Abrede keine Bareinlage in Höhe von 100.000 Euro, sondern vielmehr eine Sacheinlage im Wege der Übertragung des Grundstücks an die Gesellschaft erbracht.

Die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in derartigen Fällen war äußerst strikt und konnte für den Gesellschafter unter Umständen zu dramatischen Konsequenzen führen. Der BGH sah die Einlageverpflichtung des Gesellschafters als gänzlich nicht erfüllt an, sodass die Einlageverpflichtung in voller Höhe erhalten blieb. Darüber hinaus wurde das Umgehungsgeschäft (im beschriebenen Beispielsfall der Grundstückskaufvertrag) als nichtig gewertet. Dies führte dazu, dass die Gesellschaft zusätzlich zur weiterbestehenden Einlageforderung gegenüber dem betroffenen Gesellschafter auch ihre in Erfüllung des Umgehungsgeschäfts an den Gesellschafter erbrachte Leistung (im beschriebenen Beispielsfall die Kaufpreiszahlung in Höhe von 100.000 Euro) zurückfordern konnte. Zwar konnte der Gesellschafter nach alter Rechtslage dementsprechend auch seine in Erfüllung des Umgehungsgeschäfts an die Gesellschaft erbrachte Leistung (im beschriebenen Beispielsfall das Grundstück) von der Gesellschaft zurückfordern; jedoch bestand bei Zugrundelegung des vorgenannten Beispielsfalls das Risiko, dass die Gesellschaft das Grundstück bereits wirksam weiterveräußert hatte und finanziell nicht in der Lage war, den daraus resultierenden Schadenersatzanspruch des Gesellschafters (welcher im beschriebenen Beispielsfall im Übrigen nur in Höhe des Verkehrswertes von 60.000 Euro hätte geltend gemacht werden können) zu erfüllen. Es bestand somit für den Gesellschafter die Gefahr, doppelt leisten zu müssen. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass der BGH dem Gesellschafter eine Aufrechnung mit seiner Rückübertragungsforderung bzw. seiner Schadenersatzforderung wegen § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG a. F. verwehrte.

## 2. Hin- und Herzahlen

Die Gesellschafter A, B und C der ABC-GmbH beschließen eine Barkapitalerhöhung, wobei jeder Gesellschafter eine Bareinlage

in Höhe von 100.000 Euro erbringen soll. Alle Gesellschafter erbringen ihre Bareinlage, dem Gesellschafter C wird jedoch im unmittelbaren Anschluss hieran von der Gesellschaft ein Darlehen in Höhe von 100.000 Euro gewährt. Auch in diesem Fall sah der Bundesgerichtshof die Einlageverpflichtung des Gesellschafters C als nicht erfüllt an, da sie aufgrund der unmittelbar zeitlich nachfolgenden Darlehensgewährung an den Gesellschafter C nicht endgültig zur freien Verfügung der Gesellschaft geleistet worden sei. Auch hier bestand somit für den Gesellschafter C die Gefahr, seine Einlageverpflichtung im schlimmsten Falle zwei Mal erbringen zu müssen.

Mit der Reform des GmbH-Rechts wurden diese von der Rechtsprechung aufgestellten Regelungen deutlich zugunsten der Gesellschafter entschärft. Zwar ist auch nach dem aktuellen Gesetzeswortlaut keine Möglichkeit für die Gesellschafter gegeben, ihre Einlageverpflichtungen wirksam im Wege verdeckter Sacheinlagen und/oder im Wege des beschriebenen Hin- und Herzahlens zu erfüllen. Sofern dies dennoch geschieht, hat das MoMiG jedoch die Möglichkeit geschaffen, den Wert der verdeckten Sacheinlage zumindest auf die noch bestehende Einlageforderung der Gesellschaft anzurechnen. In dem oben unter 1. beschriebenen Beispielsfall der verdeckten Einlage eines Grundstücks mit Verkehrswert von 60.000 Euro bei bestehender Einlageverpflichtung von 100.000 Euro bedeutet dies, dass der Gesellschafter C seine weiterhin bestehende Einlageverpflichtung in Höhe von insgesamt 100.000 Euro erbringen kann: durch Belassung des übertragenen Grundstücks zum Wert von 60.000 Euro bei der Gesellschaft sowie durch eine zusätzliche Bareinlageleistung in Höhe von 40.000 Euro. Das Registergericht, bei welchem die Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden ist, dürfte selbige Eintragung in diesem Fall – anders als nach alter Rechtslage – nicht verweigern. Zwingende Voraussetzung hierfür ist allerdings auch weiterhin, dass die Sacheinlage (im beschriebenen Beispielsfall das übertragene Grundstück des Gesellschafters C) nachweislich – am besten durch Vorlage eines Werthaltigkeitsgutachtens – den angegebenen Wert (im beschriebenen Beispielsfall also 60.000 Euro) besitzt, wofür die Geschäftsführer der GmbH im Zweifel haften. Ist die Werthaltigkeit gegeben, erlaubt das GmbH-Gesetz bei Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister nunmehr die soeben beschriebene Anrechnung des im Gesellschaftsvermögen verbleibenden Sachwertes auf die Einlageschuld des Gesellschafters.

## Fazit

Durch das MoMiG ist das Recht der Kapitalerhöhung bei der GmbH zum Teil deutlich verändert worden. Neben der Neueinführung des sogenannten genehmigten Kapitals haben sich insbesondere die Rechtsfolgen bei sogenannten verdeckten Sachkapitalerhöhungen und in den Fällen des sogenannten Hin- und Herzahlens ergeben. Wenngleich sich in letztgenannten Fällen vieles vermeintlich deutlich zugunsten der Gesellschafter ent-

spannt haben mag, bleibt es dennoch dabei, dass die Durchführung einer Kapitalerhöhung – sei es im Wege von Bar- oder Sacheinlagen – eines der komplexesten und fehlerträchtigsten Rechtsgebiete darstellt. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Geschäftsführer für die ordnungsgemäße Durchführung und die Werthaltigkeit der erbrachten Einlagen haften, sollte die Kapitalerhöhung nie ohne begleitende qualifizierte rechtliche und steuerliche Beratung durchgeführt werden.

**Kontakt für weitere Informationen:**  
Gernot Giesecke  
Rechtsanwalt  
Rödl & Partner Nürnberg  
Tel.: +49 (9 11) 91 93 - 16 09  
E-Mail: [gernot.giesecke@roedl.de](mailto:gernot.giesecke@roedl.de)



## > Urlaubsregelungen im Rahmen des internationalen Personaleinsatzes

**VON DARIA LEWCZUK** | Der Einsatz deutscher Arbeitnehmer im Ausland ebenso wie die Beschäftigung ausländischer Mitarbeiter im Inland gewinnen in Zeiten der Globalisierung immer mehr an Bedeutung. Während jedoch die sozialversicherungsrechtlichen und steuerrechtlichen Aspekte solcher internationaler Personaleinsätze mittlerweile in zunehmendem Maße berücksichtigt werden, findet die arbeitsrechtliche Komponente dieser Einsätze immer noch kaum Beachtung.

Der nachfolgende Beitrag zeigt am Beispiel von Urlaubsregelungen auf, dass auch die möglicherweise auf den ersten Blick kaum relevanten arbeitsrechtlichen Aspekte beim internationalen Mitarbeiterereinsatz durchaus eine Rolle spielen und daher nicht vernachlässigt werden sollten. Auch unter arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten sollte der internationale Mitarbeiterereinsatz gut geplant und vor allem geregelt werden.

### Anwendbares Recht bei Urlaubsregelungen

Grundsätzlich ergibt sich der Urlaubsanspruch eines inländischen Mitarbeiters aus dem zugrunde liegenden Arbeitsverhältnis, sprich aus den einzelvertraglichen bzw. kollektivvertraglichen Regelungen sowie dem Bundesurlaubsgesetz.

Fraglich ist aber, ob dies auch weiterhin für die Fälle zutrifft, in denen der Mitarbeiter für einen gewissen Zeitraum im Ausland tätig wird. Andere Länder kennen andere Urlaubsregelungen, sodass im Fall des Auslandseinsatzes genauso gut diese auf den Urlaub des Mitarbeiters anwendbar sein könnten.

### Rechtswahl

Welche Urlaubsregelungen für den jeweils im Ausland entsandten Mitarbeiter Anwendung finden, richtet sich grundsätzlich danach, welches Recht im Rahmen der Auslandstätigkeit als geltend vereinbart wurde.

Grundsätzlich besteht gemäß Art. 27 Abs. 1, Abs. 2 EGBGB freies Wahlrecht in Bezug auf das im Arbeitsverhältnis vereinbarte Recht.

Eine Einschränkung in Bezug auf die Rechtswahl enthält jedoch Art. 27 Abs. 3 EGBGB, wonach die Rechtswahl nicht gegen sogenannte zwingende Bestimmungen des deutschen Rechts verstoßen darf.

Des Weiteren verbietet die arbeitsrechtliche Vorschrift des Art. 30 Abs. 1 EGBGB, dass bei Arbeitsverhältnissen die getroffene Rechtswahl dazu führt, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm durch die zwingenden Bestimmungen des Rechts gewährt wird, das nach Art. 30 Abs. 2 EGBGB mangels einer Rechtswahl anzuwenden wäre. Es muss sich dabei um zwingende Bestimmungen handeln, die zum Schutz des Einzelnen erlassen werden. Eine solche zwingende Bestimmung stellt das „Bundesurlaubsgesetz“ dar.

Die deutschen Regelungen gelten jedoch nur in den Fällen, in denen sie für den Arbeitnehmer günstiger sind als die diesbezüglichen ausländischen Regelungen, anderenfalls greifen diese.

Fehlt es hingegen an einer Rechtswahl, muss das für den Auslandseinsatz geltende Recht im Wege einer objektiven Anknüpfung gemäß Art. 30 Abs. 2 EGBGB ermittelt werden.

In der Regel sollte die Anwendbarkeit deutschen Rechts vereinbart werden, da sich der deutsche Arbeitgeber mit diesem im Zweifelsfall besser auskennt.

### Individuelle Urlaubsregelungen

In Fällen, in denen deutsche Urlaubsregelungen gegenüber den ausländischen für den Arbeitnehmer günstiger sind (z. B. beträgt der Urlaubsanspruch in Deutschland 30 Tage, hingegen weitaus weniger in den USA), kann es dennoch sinnvoll sein, eine Zusatzvereinbarung zum Auslandseinsatz aufzunehmen. In einer solchen Zusatzvereinbarung könnte geregelt werden, dass sich der Arbeitnehmer verpflichtet, nur die im Urlaubsland üblichen Urlaubstage zu nehmen, um eine offensichtliche Andersbehandlung des entsandten Arbeitnehmers im Verhältnis zu den ausländischen Mitarbeitern und sich daraus möglicherweise ergebende Streitigkeiten zu vermeiden.

Aufgrund der Tatsache aber, dass diese Regelung, wie gerade dargestellt, nicht zu einer Verkürzung des nach deutschem Recht

zustehenden Urlaubsanspruchs führen darf, sollte zusätzlich vereinbart werden, dass eine eventuelle Differenz z. B. erst nach Rückkehr aus dem Ausland genommen oder über längere Heimataufenthalte im Zusammenhang mit Dienstreisen nach Deutschland kompensiert wird.

Zu beachten im Falle der Beanspruchung nach der Rückkehr aus dem Ausland ist jedoch, dass Urlaubsansprüche des vorigen Kalenderjahres nach deutschem Recht gemäß § 7 Abs. 3 Bundesurlaubsgesetz am 31. März des Folgejahres verfallen. Die Parteien sollten daher vereinbaren, dass ein Urlaubsanspruch aus verganginem Jahr auch über den 31. März des Folgejahres hinaus bestehen bleiben soll. Eine solche Vereinbarung ist gemäß § 13 Abs. 1 S. 3 Bundesurlaubsgesetz zulässig, da sie den Arbeitnehmer nicht benachteiligt.

### Urlaubsabgeltung

Nicht selten vereinbaren Arbeitgeber und Arbeitnehmer in der Entsendevereinbarung, dass ein über den im Entsendeland üblicherweise zu gewählender hinausgehender Urlaubsanspruch in Geld abgegolten werden soll. Eine solche Abgeltung ist gemäß § 7 Abs. 4 Bundesurlaubsgesetz grundsätzlich nur bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zulässig und wäre daher wegen Verstoßes gegen §§ 1, 13 Abs. 1 Bundesurlaubsgesetz gemäß § 134 BGB nichtig.

Zu berücksichtigen ist aber, dass ein Abgeltungsverbot nur im Falle des gesetzlichen Mindesturlaubs gemäß § 3 Abs. 1 Bundesurlaubsgesetz eingreift. Eventuell den Mindesturlaub übersteigende Urlaubstage können damit abgegolten werden.

Dies gilt jedoch nur, solange keine anderslautende Betriebsvereinbarung oder tarifvertragliche Regelung besteht.

### Sozialkassenverfahren bei Entsendung auf Baustellen in Deutschland

Abweichend vom Bundesurlaubsgesetz bestehen für die deutsche Bauwirtschaft gesonderte Urlaubsregelungen.

Hintergrund ist der Schutz des Arbeitnehmers im Baugewerbe, der – trotz seines Tätigwerdens für immer wieder wechselnde Arbeitgeber – einen Urlaubsanspruch erwerben soll.

Der Arbeitgeber muss den tarifvertraglich vereinbarten Urlaub gewähren und zahlt monatlich an die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft (ULAK) einen bestimmten Prozentsatz vom lohnsteuerpflichtigen Bruttolohn.

Das Arbeitnehmerentsendegesetz regelt zwingend, dass die für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge der Bauwirtschaft auch auf ein Arbeitsverhältnis zwischen einem ausländischen

Arbeitgeber und seinen in die Bundesrepublik Deutschland entsandten Arbeitnehmer Anwendung finden, d. h., dass dieser nicht schlechter gestellt werden darf als deutsche Arbeitnehmer in dieser Branche.

Aus § 1 Abs. 1 S. 2 Arbeitnehmerentsendegesetz folgt, dass tarifliche Regelungen in Bezug auf die Dauer des Urlaubs, die Höhe des Urlaubsentgelts und das möglicherweise zu gewählende Urlaubsgeld zwingend sind, egal welche Rechtswahl getroffen wurde.

Ausländische Arbeitgeber sind daher verpflichtet, ihren Mitarbeitern den in Deutschland laut Tarifvertrag vorgeschriebenen Mindesturlaub zu gewähren und am Sozialkassenverfahren teilzunehmen, sobald sie Mitarbeiter nach Deutschland auf Baustellen entsenden.

Eine Befreiung hinsichtlich der Urlaubskassenbeiträge kommt nur dann in Frage, wenn in dem Land, aus dem entsandt wird, eine ähnliche Einrichtung existiert und diese bescheinigt, dass Beträge in gleicher Höhe wie in der Bundesrepublik Deutschland vorgeschrieben an diese entrichtet werden. Sollten die Beiträge geringer sein, kommt allenfalls eine Anrechnung in Betracht.

### Fazit

Die Ausführungen ergeben, dass auch in Bezug auf das Arbeitsrecht vor einer Entsendung sowohl in den Fällen des Inbound- als auch des Outbound-Einsatzes eine genaue Prüfung und Beratung unerlässlich ist, um später auftretende Schwierigkeiten auf diesem Gebiet zu vermeiden.

#### Kontakt für weitere Informationen:

Daria Lewczuk  
Rechtsanwältin  
Rödl & Partner Nürnberg  
Tel.: +49 (9 11) 91 93 - 16 02  
E-Mail: [daria.lewczuk@roedl.de](mailto:daria.lewczuk@roedl.de)



### > Aktualisierung der Mitteilung „Neuregelung zur Kurzarbeit“ vom 30. Januar 2009

**VON ANDREA MÜLLER |** Die Bundesregierung hat am 20. Mai 2009 Verbesserungen beim Kurzarbeitergeld beschlossen:

Die Bezugsfrist wird von 18 auf 24 Monate verlängert. Die Verlängerung gilt für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, deren Anspruch auf Kurzarbeitergeld bis zum 31. Dezember 2009 entsteht.

Die Arbeitgeber übernehmen weiterhin die Kosten für die Urlaubs- und Feiertagsvergütung sowie die hälftigen Sozialversicherungsbeiträge. Außerdem wurde der Entwurf einer Formulierungshilfe für einen Änderungsantrag zur vollen Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge ab dem 7. Monat des Bezugs von Kurzarbeitergeld beschlossen.

Mit den Änderungen können Sozialversicherungsbeiträge für ab dem 1. Januar 2009 durchgeführte Kurzarbeit ab dem siebten Kalendermonat des Bezugs auf Antrag vollständig von der Bundesagentur für Arbeit erstattet werden. Für den Sechs-Monats-Zeitraum ist Voraussetzung, dass Kurzarbeit im Betrieb durchgeführt wurde. Damit ist eine volle Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge ab Juli 2009 möglich.

Zusätzlich zur vollen Erstattung wird geregelt, dass auf Antrag des Arbeitgebers bei einer Unterbrechung der Kurzarbeit von drei Monaten und mehr innerhalb der Bezugsfrist keine neue Anzeige des Arbeitsausfalls bei der Agentur für Arbeit erforderlich ist. Die Bezugsfrist läuft dann ohne Unterbrechung für den gesamten bewilligten Bezugszeitraum weiter.

Die Änderungen sollen ab dem 1. Juli 2009 in Kraft treten und sind befristet bis zum 31. Dezember 2010. Sie werden Bestandteil eines Änderungsantrags zum 3. SGB-IV-Änderungsgesetz sein; daher muss der Bundestag noch zustimmen. Der Zustimmung steht jedoch nichts im Wege.

Quelle: BMAS-Pressemitteilung vom 20. Mai 2009

Kontakt für weitere Informationen:  
Andrea Müller  
Rechtsanwältin  
Rödl & Partner München  
Tel.: +49 (89) 92 87 80 - 7 00  
E-Mail: [andrea.mueller@roedl.com](mailto:andrea.mueller@roedl.com)



## Wirtschaft aktuell

> Kurzmitteilungen > Kurzmitteilungen >

### Verkündung des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG)

Das BilMoG wurde im Bundesgesetzblatt Teil I Nr. 27 vom 28. Mai 2009 (Seite 1.102 bis 1.137) als Gesetz vom 25. Mai 2009 verkündet (siehe unter [www.bgbl.de](http://www.bgbl.de) im sogenannten Bürgerzugang).

### IASB veröffentlicht Standardentwurf Fair Value Measurement

Der International Accounting Standards Board (IASB) hat am 28. Mai 2009 den Standardentwurf zur Bewertung zum beizulegenden Zeitwert (ED 2009/5 Fair Value Measurement) veröffentlicht. Damit sollen zentrale und einheitliche Leitlinien für Fair-Value-Bewertungen geschaffen werden. Dieser Entwurf fokussiert darauf, wie Fair Values ermittelt werden, abstrahiert aber von der Frage, in welchen Zusammenhängen zu Fair Value bilanziert wird und wie Fair-Value-Schwankungen zu erfassen sind. Neben der Klärung der Fair-Value-Definition enthält der Entwurf Vorschläge zur Verbesserung entsprechender Anhangangaben (siehe die entsprechende Pressemitteilung in [www.iasb.org.uk](http://www.iasb.org.uk) unter News).

### Übernahme von IFRIC 16

Die Europäische Union hat im Amtsblatt vom 5. Juni 2009 die Verordnung (EG) Nr. 460/2009 der Kommission vom 4. Juni 2009 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1126/2008 betreffend die Übernahme bestimmter internationaler Rechnungslegungsstandards in Übereinstimmung mit der Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates veröffentlicht. Mit dieser wird „IFRIC-16-Absicherung einer Nettoinvestition in einem ausländischen Geschäftsbetrieb“ in Europäisches Recht übernommen.

> Kurzmitteilungen > Kurzmitteilungen >

### > Die Insolvenzantragspflicht bei Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens

**VON GEORG BEYER** | Die Zahlungsunfähigkeit ist weiterhin allgemeiner Eröffnungsgrund für das Insolvenzverfahren (§ 17 Abs. 1 InsO). Beantragt der Schuldner die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, so ist auch die drohende Zahlungsunfähigkeit Eröffnungsgrund (§ 18 Abs. 1 InsO). Die Überschuldung eines Unternehmens hingegen ist nur noch dann ein Eröffnungsgrund, wenn zusätzlich zur Überschuldung die Fortführung des Unternehmens nach den Umständen nicht mehr „überwiegend wahrscheinlich“ ist (Änderung des § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO).

In der vom Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V., Düsseldorf (IDW), neu gefassten Stellungnahme IDW PS 800 Beurteilung eingetretener oder drohender Zahlungsunfähigkeit bei Unternehmen vom 6. März 2009 wird ausführlich auf den aktuellen Stand der gesetzlichen Regelungen und der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit bei Unternehmen eingegangen.

## Insolvenzantragspflicht ohne schuldhaftes Zögern

Ist Zahlungsunfähigkeit gegeben, kann bzw. muss die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragt werden. Der Insolvenzantrag kann auch von Gläubigern gestellt werden. Sieht das Gesetz eine Insolvenzantragspflicht vor (neu eingefügter § 15a InsO: Antragspflicht bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit), ist die Eröffnung des Insolvenzverfahrens von den Verantwortlichen unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern zu beantragen. Die gesetzliche Frist von drei Wochen darf nur dann ausgeschöpft werden, wenn Maßnahmen zur Beseitigung der Insolvenzgründe eingeleitet sind oder werden, die mit hinreichender Wahrscheinlichkeit innerhalb der Dreiwochenfrist zum Erfolg führen.

## Pflicht zur laufenden Beurteilung der Zahlungsfähigkeit des Unternehmens

Die Verantwortlichen sind verpflichtet, sich laufend über die wirtschaftliche Lage des Unternehmens zu vergewissern. Hierzu gehört insbesondere die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit. Mit welcher Intensität diese Beurteilung vorgenommen werden muss, hängt von der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens ab. Die Verantwortlichen treffen die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass sie ihre Insolvenzantragspflicht nicht schuldhaft verletzt haben.

Die Dreiwochenfrist für die Stellung des Insolvenzantrags beginnt bei Vorliegen des Insolvenzgrundes; ein solcher liegt bei Zahlungsstockung noch nicht vor. Solange die ohne schuldhaftes Zögern eingeleitete Prüfung des Vorliegens von Insolvenzantragsgründen noch nicht zu einem eindeutigen Ergebnis geführt hat, ob noch eine Zahlungsstockung oder schon eine Zahlungsunfähigkeit vorliegt, beginnt der Fristlauf daher noch nicht. Ergeben sich Zweifelsfragen rechtlicher oder tatsächlicher Art, sollte der Verantwortliche unter umfassender Darstellung der Verhältnisse und unter Offenlegung der erforderlichen Unterlagen einen unabhängigen sachverständigen Dritten, in der Regel einen Wirtschaftsprüfer, hinzuziehen. Auch in diesem Fall darf er das Ergebnis der Beurteilung abwarten.

## Legaldefinition der Zahlungsunfähigkeit

Nach der Legaldefinition in § 17 Abs. 2 InsO ist ein Schuldner zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Auf die Dauer und Wesentlichkeit der Liquiditätslücke kommt es danach nicht an. Es soll hierdurch erreicht werden, dass ein Insolvenzverfahren möglichst frühzeitig beantragt wird.

## Zahlungsstockung versus Zahlungsunfähigkeit

Eine geringfügige Zahlungsstockung innerhalb eines absehbaren Zeitraumes von ebenfalls bis zu drei Wochen (in begründeten

Ausnahmefällen ist auch ein längerer Zeitraum denkbar) bedeutet gemäß der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) aus dem Jahr 2005 aber noch keine Zahlungsunfähigkeit.

## Höhe der Deckungslücke: Die 10-Prozent-Grenze

Beträgt die Deckungslücke am Ende des Zeitraums, den der BGH für die Feststellung der Zahlungsstockung zubilligt (also im Regelfall drei Wochen), 10 Prozent der fälligen Gesamtverbindlichkeiten oder mehr, ist nach der Rechtsprechung des BGH regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig geschlossen wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zumutbar ist. Beträgt die Deckungslücke dagegen weniger als 10 Prozent, ist regelmäßig zunächst von Zahlungsfähigkeit auszugehen, es sei denn, es ist bereits absehbar, dass die Lücke demnächst 10 Prozent oder mehr erreichen wird.

Auch bei kleineren Deckungslücken von bis zu 10 Prozent ist allerdings von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, wenn die Lücke im vom BGH zugestandenen Zeitraum nicht geschlossen wird. Ein Unternehmen, das dauerhaft eine – auch nur geringfügige – Liquiditätslücke aufweist, erscheint nicht erhaltungswürdig.

## 10-Prozent-Grenze als widerlegbare Beweislastregel

Es ist allerdings zu beachten, dass diese 10-Prozent-Grenze nur eine widerlegbare Beweislastregel und keine Entscheidungsregel für die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit darstellt.

## Zahlungseinstellung

Nach § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO ist Zahlungsunfähigkeit in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat. Zahlungseinstellung liegt vor, wenn der Schuldner wegen eines Mangels an Zahlungsmitteln aufhört, seine fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen, und dies für die beteiligten Verkehrskreise hinreichend erkennbar geworden ist. Eigene Erklärungen des Schuldners, seine fälligen Zahlungsverpflichtungen nicht begleichen zu können, deuten auf eine Zahlungseinstellung hin, auch wenn sie mit einer Stundungsbitte versehen sind. Zahlungseinstellung liegt bereits dann vor, wenn der Schuldner den wesentlichen Teil seiner fälligen Zahlungsverpflichtungen nicht bedient.

Die Zahlungseinstellung wird regelmäßig erst dann beseitigt, wenn der Schuldner nicht nur einzelne Zahlungen leistet, sondern seine Zahlungen an die Gesamtheit der Gläubiger wieder aufnimmt, und zwar auch an solche Gläubiger, deren Forderungen nach der Zahlungseinstellung fällig geworden sind.

Keine Zahlungseinstellung liegt demgegenüber vor, wenn der Schuldner keine Zahlung leistet, weil er das Bestehen der Verpflichtung dem Grunde oder der Höhe nach mit rechtserheblichen Einwendungen bestreitet. Bei Zahlungsunwilligkeit oder böswilliger Zahlungsverweigerung liegt eine Zahlungseinstellung nur dann nicht vor, wenn der Schuldner zur Zahlung in der Lage wäre.

### Drohende Zahlungsunfähigkeit

Neben der Zahlungsunfähigkeit ist nach § 18 InsO auch die drohende Zahlungsunfähigkeit Grund für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Dieser Insolvenzgrund begründet keine Antragspflicht, sondern gibt dem Schuldner das Recht, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen. Zahlungsunfähigkeit droht, wenn nach der Finanzplanung absehbar ist, dass die Zahlungsmittel zur Erfüllung der fällig werdenden Zahlungsverpflichtungen nicht mehr ausreichen und dies durch finanzpolitische Dispositionen und Kapitalbeschaffungsmaßnahmen nicht mehr ausgeglichen werden kann. Dem Schuldner ist es dadurch möglich, frühzeitig Maßnahmen zur Sanierung des Unternehmens im Rahmen eines Insolvenzverfahrens einzuleiten und insbesondere die drohende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen.

Den vollständigen Wortlaut der neu gefassten Stellungnahme IDW PS 800 Beurteilung eingetretener oder drohender Zahlungsunfähigkeit bei Unternehmen mit Angabe der entsprechenden BGH-Rechtsprechung finden Sie in den IDW Fachnachrichten, Heft 4/2009, Seiten 161 bis 169.

Kontakt für weitere Informationen:

Georg Beyer

Steuerberater

Rödl & Partner Nürnberg

Tel.: +49 (9 11) 5 98 14 - 2 31

E-Mail: [georg.beyer@roedl.de](mailto:georg.beyer@roedl.de)



## Rödl & Partner intern

### > Buchveröffentlichung „Mitarbeiterbeteiligung“

Mitarbeiterbeteiligung bezeichnet ein über das arbeitsrechtliche Verhältnis hinausgehendes partnerschaftliches Verhältnis zwischen



Mitarbeiter und Unternehmen. Die Einbeziehung kann auf der Ebene der Unternehmensführung ansetzen und sich bis zur Beteiligung der Mitarbeiter am Unternehmenskapital erstrecken. Bei der Einführung einer Mitarbeiterbeteiligung fallen zahlreiche rechtliche und steuerrechtliche Fragen an.

### Das Werk

- > beschreibt die Grundlagen der Mitarbeiterbeteiligung,
- > nennt praxisnahe Gestaltungsmöglichkeiten,
- > erläutert gesellschafts- und arbeitsrechtliche Folgen,
- > geht auf Fragen der bilanzrechtlichen Auswirkungen (HGB, IFRS) ein und
- > nennt die steuerlichen Vor- und Nachteile für Arbeitnehmer und Arbeitgeber.

Die Autoren widmen sich zudem der Mitarbeiterbeteiligung als Form der Altersvorsorge, sodass das Werk zu einem wertvollen Ratgeber in allen Praxisfragen wird.

### Inhalt

- > Grundlagen der Mitarbeiterbeteiligung
- > Gestaltungsmöglichkeiten
- > Mitarbeiterbeteiligung bei börsen- und nicht börsennotierten Unternehmen
- > Mitarbeiterbeteiligung bei gemeinnützigen Einrichtungen
- > Mitarbeiterbeteiligung bei den Freien Berufen
- > Gesellschafts- und arbeitsrechtliche Folgen
- > Bilanzrechtliche Auswirkungen (HGB, IFRS)
- > Steuerliche Relevanz bei Arbeitnehmer und Arbeitgeber
- > Mitarbeiterbeteiligung als Form der Altersvorsorge

Kontakt für weitere Informationen:

Dr. Rolf Leuner

Wirtschaftsprüfer, Steuerberater

Rödl & Partner Nürnberg

Tel.: +49 (9 11) 91 93-12 12

E-Mail: [rolf.leuner@roedl.de](mailto:rolf.leuner@roedl.de)



### Impressum Mandantenbrief Juli/August 2009

Herausgeber: Rödl & Partner GbR

90491 Nürnberg · Äußere Sulzbacher Straße 100

Telefon: +49 (9 11) 91 93 - 0 · Fax +49 (9 11) 91 93 - 19 00

ISSN 1613 - 6802

Verantwortlich für den Inhalt: Jan Böttcher, Horst Grätz, Georg Beyer

Koordination: Emel Kabakci

Weitere Informationen erhalten Sie im Internet unter: [www.roedl.de](http://www.roedl.de)

Der gesamte Inhalt der Newsletter und der fachlichen Informationen im Internet ist geistiges Eigentum von Rödl & Partner und steht unter Urheberrechtsschutz. Nutzer dürfen den Inhalt der Newsletter und der fachlichen Informationen im Internet nur für den eigenen Bedarf laden, ausdrucken oder kopieren. Jegliche Veränderung, Vervielfältigung, Verbreitung oder öffentliche Wiedergabe des Inhalts oder von Teilen hiervon, egal ob on- oder offline, bedarf der vorherigen schriftlichen Genehmigung von Rödl & Partner.

## Haftung

Die genannten Informationen wurden bfd mit freundlicher Unterstützung von Rödl & Partner zur Verfügung gestellt.

Der gesamte Inhalt der Newsletter ist geistiges Eigentum der Rödl & Partner GbR und steht unter Urheberschutz. Nutzer dürfen den Inhalt nur für den eigenen Bedarf laden, ausdrucken oder kopieren. Jegliche Änderung, Vervielfältigung, Verbreitung oder öffentliche Wiedergabe des Inhalts oder von Teilen hiervon, egal ob on- oder offline, bedarf der vorherigen schriftlichen Genehmigung von Rödl & Partner.

Für die genannten Inhalte kann keine Gewähr für die Korrektheit, Vollständigkeit und Aktualität übernommen werden.

## Kontakt

### **buchholz-fachinformationsdienst gmbh**

Rodweg 1 · 66450 Bexbach

Telefon (0 68 26) 93 43-0

E-Mail: [info@bfd.de](mailto:info@bfd.de)

Internet: [www.bfd.de](http://www.bfd.de)