

## **Brief für GmbH-GF/-Gesellschafter** (HaufeIndex: 1491234)

### **GmbH-GF/-Gesellschafter-Brief des Monats Oktober 2011**

[Anrede]

Sehr geehrte Damen und Herren,

[Einführung - Standard]

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

Bitte lesen Sie im Einzelnen:

#### **Inhalt**

1. Geschäftsführer muss geprüften Jahresabschluss vorlegen; bei Unterlassen droht Abberufung
2. Herrschender Gesellschafter darf bei Kündigung des EAV mitstimmen
3. Kriterien für Schätzungen bei Steuerhinterziehung
4. Betriebsaufspaltung aufgrund alleiniger Geschäftsführungsbefugnis
5. Kein Vorsteuerabzug für innergemeinschaftliche Erwerbe?
6. HIV Infektion ist (für sich genommen) keine Behinderung
7. Zugang der Amtsniederlegungserklärung des Geschäftsführers an ausländische Gesellschafter

#### **1. Geschäftsführer muss geprüften Jahresabschluss vorlegen; bei Unterlassen droht Abberufung**

##### **Rechtslage**

Geschäftsführer mittlerer oder großer GmbHs müssen den Jahresabschluss für 2010 bis spätestens zum 31.8.2011 durch die Gesellschafterversammlung feststellen lassen. Kleine GmbHs haben hierfür noch bis zum 30.11.2011 Zeit. Missachtet der Geschäftsführer diese Fristen zur Aufstellung, stellt dies einen wichtigen Grund für seine Abberufung selbst dann dar, wenn die Gesellschafter Unterlagen für die Aufstellung nicht rechtzeitig einreichen.

##### **Sachverhalt**

Der alleinige GmbH-Geschäftsführer wurde auf der Gesellschafterversammlung vom 7.2.2011 mit den Stimmen der Mehrheitsgesellschafterin der GmbH mit sofortiger Wirkung abberufen. Zur Begründung wurde dargelegt, er habe den Jahresabschluss 2009 noch nicht vorgelegt. Zudem habe er der Mehrheitsgesellschafterin zuvor mehrfach die begehrte Einsicht in die Geschäftsunterlagen verwehrt. Die Minderheitsgesellschafterin stimmte gegen die Abberufung. Ein Antrag der GmbH auf Bestellung eines Notgeschäftsführers wurde vom Registergericht zurückgewiesen. Die GmbH begehrte im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes, dem Geschäftsführer vorläufig zu untersagen, die Geschäfte zu führen. Das Landgericht wies den Antrag zurück.

##### **Entscheidung**

Die Berufung vor dem Kammergericht Berlin hatte Erfolg. Die Abberufung des Geschäftsführers war durch wichtigen Grund gerechtfertigt und das beantragte Unterlassungsverbot erforderlich, um Schaden von der GmbH abzuwenden. Der Geschäftsführer hatte seine Pflichten grob verletzt, indem er bis zur Abberufung den Jahresabschluss 2009 nicht aufgestellt und den Gesellschaftern zur Beschlussfassung vorgelegt hatte. Die Tatsache, dass die Gesell-

schafter die erforderlichen Unterlagen für die Aufstellung nicht übergeben hatten, vermochte den Geschäftsführer nicht zu entlasten. Als Adressat der Buchführungspflicht ist dem Geschäftsführer eine Untätigkeit bei der Aufstellung nicht erlaubt. Auch obliegt ihm die Pflicht, jedem Gesellschafter auf Verlangen unverzüglich Auskunft über Angelegenheiten der Gesellschaft zu erteilen und Einsicht in die Bücher zu gewähren. Eine diesbezügliche Weigerung stellt eine grobe Pflichtverletzung dar.

#### **Konsequenz**

Der Widerruf der Geschäftsführerbestellung ist grundsätzlich ohne wichtigen Grund möglich. Allerdings kann der Gesellschaftsvertrag die Zulässigkeit der Abberufung an einen wichtigen Grund koppeln. Die Verletzung von Geschäftsführerpflichten ist zur Stützung des wichtigen Abberufungs-Grundes nur begrenzt nutzbar und erfährt durch diese Entscheidung eine Erweiterung.

### **2. Herrschender Gesellschafter darf bei Kündigung des EAV mitstimmen**

#### **Rechtslage**

Bislang war streitig, in wessen Kompetenzbereich die Kündigung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags fällt. Die überwiegende Literaturauffassung stufte sie als Geschäftsführungsmaßnahme in Form eines ungewöhnlichen Geschäfts mit dem herrschenden Gesellschafter ein, wobei dieser im Rahmen des Zustimmungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung einem Stimmrechtsverbot unterliegen sollte. Nach Ansicht der Rechtsprechung fiel die Maßnahme als innergesellschaftlicher Organakt in den Kompetenzbereich der Gesellschafterversammlung, so dass der herrschende Gesellschafter keinem Stimmrechtsverbot unterlag. Der Bundesgerichtshof (BGH) schloss sich dieser Auffassung nunmehr an.

#### **Sachverhalt**

An dem Stammkapital der beklagten GmbH sind 2 GmbHs zu 90 % und zu 10 % beteiligt. Im Juli 1999 schloss die Beklagte als beherrschtes Unternehmen mit der Mehrheitsgesellschafterin einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag ab. Der Vertrag war bei Vorliegen eines wichtigen Grundes fristlos, im Übrigen nach Ablauf von 5 Jahren, mit einer Frist von 6 Monaten zum jeweiligen Jahresende kündbar. Nachdem über das Vermögen der Minderheitsgesellschafterin im Jahr 2007 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, beantragte der Insolvenzverwalter in der Gesellschafterversammlung der Beklagten, über die fristlose Kündigung des Unternehmensvertrages zu beschließen. Der Antrag wurde mit Stimmen der Mehrheitsgesellschafterin abgelehnt. Hiergegen richtet sich die Klage.

#### **Entscheidung**

Der BGH wies die Anfechtungsklage als unbegründet zurück. Die Stimmen der Mehrheitsgesellschafterin waren mitzuzählen, denn sie unterlag keinem Stimmrechtsverbot und war nicht aufgrund der gesellschaftlichen Treuepflicht verpflichtet, für die Kündigung zu stimmen. Der Beschluss über die Kündigung betrifft einen sog. körperchaftlichen Sozialakt, der neben den inneren Angelegenheiten der Gesellschaft zugleich den persönlichen Rechtskreis des Gesellschafters betrifft. Bei solchen inneren Angelegenheiten ist dem Gesellschafter die Mitwirkung nur zu versagen, wenn es gerade um die Billigung oder Missbilligung seines Verhaltens als Gesellschafter oder Geschäftsführer geht und er dadurch Richter in eigener Sache wird. Die Kündigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages hingegen betrifft vorwiegend die inneren Angelegenheiten der Gesellschaft und verändert ihre Organisationsstruktur.

#### **Konsequenz**

Die Entscheidung verdient Zustimmung und ist konsequent, da auch der Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages als gesellschaftsrechtlicher Organisationsakt qualifiziert wird. Der Minderheitsgesellschafter sollte sich bereits bei Abschluss des Vertrages über die Beschränkung der Rechte bewusst sein.

### **3. Kriterien für Schätzungen bei Steuerhinterziehung**

**Kernaussage**

Wird eine Anklage wegen Steuerhinterziehung auf eine Schätzung gestützt, obwohl eine exaktere Berechnung nach weiteren Ermittlungen möglich ist, so rechtfertigt dies die Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens mangels hinreichenden Tatverdachts. Dies entschied kürzlich das Oberlandesgericht Celle.

**Sachverhalt**

Den Angeschuldigten wurde seitens der Staatsanwaltschaft u. a. Verkürzung von Umsatzsteuer, Lohnsteuer und Solidaritätszuschlag sowie Einkommensteuer in mehreren Fällen vorgeworfen. Ihnen wurde zur Last gelegt, gemeinschaftlich als Verantwortliche einer GmbH 179 als "geringfügig beschäftigt" gemeldete Arbeitnehmer als Reinigungskräfte an Autobahnraststätten in größerem Maße beschäftigt und dadurch Sozialversicherungsbeiträge in Millionenhöhe vorenthalten zu haben. Zudem sollen die Angeschuldigten Einnahmen aus Tellergeldern nicht verbucht und dadurch Umsatzsteuer von rd. 58.000 EUR hinterzogen sowie aus diesen Tellergeldern verdeckte Lohnzahlungen geleistet und dadurch Lohnsteuer und Solidaritätszuschlag von rd. 24.000 EUR hinterzogen haben. Mit der Begründung, die Anklage stütze sich auf unzulässige Schätzungen, lehnte das Landgericht die Eröffnung des Hauptverfahrens ab. Die Beschwerde der Staatsanwaltschaft blieb erfolglos.

**Entscheidung**

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) ist dem Tatrichter eine Schätzung hinterzogener Steuern und vorenthaltener Sozialversicherungsbeiträge nur in folgenden Fällen gestattet: Für eine annähernd genaue Berechnung fehlen aussagekräftige Beweismittel (Belege und Aufzeichnungen), die Parameter der Schätzgrundlage sind tragfähig, die Schätzung ist aus verfahrenswirtschaftlichen Gründen angezeigt (z. B., wenn eine exakte Berechnung einen unangemessenen Aufklärungsaufwand erfordert und bei exakter Berechnung für den Schuldumfang nur vernachlässigbare Abweichungen zu erwarten sind). Schließlich ist im Rahmen der Gesamtwürdigung des Schätzergebnisses der Zweifelssatz zu beachten und die Grundlagen der Schätzung müssen im tatrichterlichen Urteil für das Revisionsgericht nachvollziehbar dargestellt werden. Hier waren die Berechnungen zwar tatsachenfundiert, eine genauere Ermittlung wäre indes durch Vernehmung der Arbeitnehmer mit verhältnismäßigem Aufwand möglich gewesen. Damit war eine Schätzung der Schwarzlohnsumme nicht zulässig.

**Konsequenz**

Bei der Ermittlung von Schwarzlohnsummen darf nicht vorschnell auf Schätzungen ausgewichen werden, wenn eine tatsachenfundierte Berechnung anhand der vorliegenden Beweismittel möglich erscheint.

**4. Betriebsaufspaltung aufgrund alleiniger Geschäftsführungsbefugnis****Rechtslage**

Eine Betriebsaufspaltung liegt vor, wenn die an eine Kapitalgesellschaft vermieteten oder verpachteten Vermögensgegenstände zu den wesentlichen Grundlagen der Betriebsgesellschaft gehören (sachliche Verflechtung) und eine enge personelle Verflechtung zwischen Besitz- und Betriebsunternehmen besteht (personelle Verflechtung). Dann unterscheidet sich die Betätigung des Besitzunternehmens von der Tätigkeit eines gewöhnlichen Vermieters. Die Annahme einer personellen Verflechtung setzt voraus, dass eine Person oder Personengruppe sowohl das Betriebs- als auch das Besitzunternehmen in der Weise beherrscht, dass sie in der Lage ist, in beiden Unternehmen einen einheitlichen Geschäfts- und Betätigungswillen durchzusetzen. Die Einkünfte aus dem Besitzunternehmen sind als gewerblich zu qualifizieren.

**Sachverhalt**

Die Klägerin ist eine Grundstücks-GbR, an der 2 Gesellschafter beteiligt sind. Das Grundstück der GbR ist bebaut mit einem Verwaltungs- und Betriebsgebäude und war an 3 verschiedene Mietparteien vermietet (an eine GmbH, eine weitere GmbH und eine dritte Firma). Geschäftsführer der GmbH und der weiteren GmbH war einer der beiden Gesellschafter, der zugleich 80 % der Anteile an der GmbH und 50 % der Anteile an der weiteren GmbH hielt.

Das Finanzamt war der Ansicht, dass zwischen der Klägerin und der GmbH eine Betriebsaufspaltung bestehe und qualifizierte die Einkünfte der GbR als gewerbliche Einkünfte.

#### **Entscheidung**

Das Finanzgericht (FG) Schleswig-Holstein bestätigte die Auffassung des Finanzamts. Eine Beherrschungsidentität liegt grundsätzlich dann vor, wenn der Gesellschafter, der die Betriebsgesellschaft beherrscht, bei dem als GbR organisierten Besitzunternehmen ebenfalls über die Mehrheit der Stimmen verfügt, sofern bei letzterem wenigstens für die sogenannten "Geschäfte des täglichen Lebens" das Mehrheitsprinzip maßgeblich ist. Da der geschäftsführende Gesellschafter über die alleinige Befugnis zur Führung der laufenden Geschäfte des täglichen Lebens bei der GbR verfügte, hielt das FG die Betriebsaufspaltung für rechthens.

#### **Konsequenz**

Sofern eine Betriebsaufspaltung vermieden werden soll, sollte bei einer Besitz-GbR für alle Geschäfte ein Einstimmigkeitserfordernis vereinbart werden, sofern dies in der Praxis durchführbar ist.

### **5. Kein Vorsteuerabzug für innergemeinschaftliche Erwerbe?**

#### **Rechtslage**

Erwirbt ein deutscher Unternehmer Waren aus der übrigen EU, so hat er einen innergemeinschaftlichen Erwerb zu versteuern. Bisher berechnete dieser Erwerb grundsätzlich zum Vorsteuerabzug. Dies ist nun durch 2 Urteile des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) sowie des Bundesfinanzhofs (BFH) in Frage gestellt worden.

#### **Sachverhalt**

Der innergemeinschaftliche Erwerb ist grundsätzlich in dem Land zu besteuern, in dem sich die Ware am Ende der Beförderung befindet. Teilt der Erwerber dem Lieferer jedoch eine andere USt-IDNr. mit, als die des Bestimmungslandes, so wird hiervon abweichend der innergemeinschaftliche Erwerb im Land der verwendeten USt-ID-Nr. besteuert. Dies gilt wiederum nicht, wenn der Erwerber nachweist, dass der Erwerb im Bestimmungsland besteuert wurde. Bisher stand dem Erwerber in beiden Fällen der Vorsteuerabzug aus dem Erwerb zu. EuGH und BFH haben aber nun den Vorsteuerabzug nur noch zugelassen, wenn der Erwerb im Bestimmungsland versteuert wird.

#### **Neue Verwaltungsanweisung**

Das BMF folgt nunmehr dieser Rechtsauffassung und wendet sie in allen offenen Fällen an. Bis zum 31.12.2011 soll es allerdings ausreichen, dass der Erwerb im Bestimmungsland glaubhaft gemacht wird, um eine Besteuerung in Deutschland, ohne das Recht auf Vorsteuerabzug, zu verhindern.

#### **Konsequenzen**

International handelnde Unternehmen wird die neue Rechtslage wenig erfreuen. Ein Beispielsfall soll dies verdeutlichen: Ein deutscher Unternehmer lässt sich Waren von Frankreich nach Belgien liefern. Grundsätzlich hätte er einen innergemeinschaftlichen Erwerb in Belgien zu versteuern. Hierzu müsste er sich in Belgien registrieren und Umsatzsteuererklärungen abgeben. Um diesen Aufwand zu vermeiden, konnte der Unternehmer bisher problemlos seine deutsche USt-IDNr. angeben und den innergemeinschaftlichen Erwerb in Deutschland versteuern, da ihm bislang hieraus der Vorsteuerabzug zustand. Da ihm nach neuer Rechtslage nun der Vorsteuerabzug in Deutschland verwehrt wird, ist er gezwungen, den Erwerb im EU-Ausland zu deklarieren, sofern er nicht auf den Vorsteuerabzug verzichten will. Betroffene Unternehmen sind daher gezwungen, ihre bisherigen Verfahrensweisen im internationalen Handel zu überprüfen, und, falls erforderlich, an die neue Rechtslage anzupassen.

### **6. HIV Infektion ist (für sich genommen) keine Behinderung**

#### **Rechtslage**

Auch wenn es im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) ausdrücklich anders geregelt ist, ist inzwischen

mit der Rechtsprechung unstreitig, dass die Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes aufgrund europäischer Vorschriften auch auf Kündigungen anwendbar sind. Danach sind unter anderem diskriminierende Kündigungen wegen einer Behinderung untersagt. Das Arbeitsgericht Berlin hat jetzt darüber entschieden, ob eine HIV Infektion eine Behinderung darstellt oder nicht.

#### **Sachverhalt**

Der HIV-infizierte Kläger war vom Arbeitgeber, einem Pharmaunternehmen, in der Probezeit wegen seiner HIV-Infektion gekündigt worden. Hiergegen wehrte sich der Kläger mit dem Argument, die HIV-Infektion stelle eine Behinderung dar, aufgrund derer er diskriminiert worden sei und verlangte die Zahlung einer Entschädigung. Daraufhin führte der Arbeitgeber arbeitssicherheitstechnische Gründe für die Kündigung ins Feld. Das Arbeitsgericht Berlin wies die Klage ab.

#### **Entscheidung**

Ungeachtet der Tatsache, dass das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung fand, weil der Kläger noch keine 6 Monate beschäftigt gewesen war, urteilte das Gericht im Hinblick auf die Entschädigung, dass die bloße Infektion mit dem HIV-Virus (noch) keine Behinderung darstelle. Insbesondere sei der Kläger zwar infiziert, aber (noch) nicht in seiner Erwerbstätigkeit eingeschränkt gewesen.

#### **Konsequenz**

Die Entscheidung kann noch mit Berufung angegriffen werden; der weitere Verfahrensverlauf wird mit Spannung abzuwarten sein. Jedenfalls dann, wenn die Grenze der bloßen Infizierung überschritten wird und die Krankheit ausbricht, dürfte eine andere Haltung der Arbeitsgerichte zu erwarten sein. Dann wird sich zeigen, ob in diesem Fall die Arbeitssicherheit Rechtfertigung für ein gegebenenfalls diskriminierendes Verhalten sein kann.

### **7. Zugang der Amtsniederlegungserklärung des Geschäftsführers an ausländische Gesellschafter**

#### **Kernaussage**

Ob eine Willenserklärung einem Empfänger mit Sitz im Ausland zugegangen ist, beurteilt sich nach dem Ortsrecht des Abgabeorts. Das Registergericht ist nur dann zur Amtsermittlung verpflichtet, wenn entweder die formalen Mindestanforderungen für eine Eintragung nicht erfüllt sind oder wenn begründete Zweifel an der Wirksamkeit der angemeldeten Erklärungen oder der Richtigkeit der mitgeteilten Tatsachen bestehen.

#### **Sachverhalt**

Der Antragsteller ist im Handelsregister als alleiniger Geschäftsführer einer GmbH eingetragen. Sämtliche Geschäftsanteile werden von einer amerikanischen Gesellschaft gehalten. Mit Telefaxschreiben vom 25.11.2009 erklärte der Antragsteller, sein Amt als Geschäftsführer mit Wirkung ab Eintragung im Handelsregister niederzulegen. Mit Faxschreiben vom 8.12.2009 bestätigte ein Mitarbeiter der Gesellschafterin unter deren Firma den Zugang der Erklärung. Das Handelsregister lehnte die Eintragung der Niederlegung ab und verlangte die Vorlage einer Urkunde zum Nachweis des Zugangs der Amtsniederlegungserklärung bei einem Vertretungsberechtigten der Gesellschafterin. Die hiergegen gerichtete Beschwerde hatte keinen Erfolg.

#### **Entscheidung**

Der Bundesgerichtshof (BGH) gab jedoch dem Antragsteller Recht und wies das Untergericht an, die Amtsniederlegung antragsgemäß ins Handelsregister einzutragen. Die Vorgerichte hatten an den Zugang der Amtsniederlegung ebenso wie an dessen Nachweis zu hohe Anforderungen gestellt. Das Registergericht hat grundsätzlich nur darüber zu wachen, dass die Eintragungen den gesetzlichen Erfordernissen und der tatsächlichen Rechtslage entsprechen. Die Niederlegung des Amtes eines GmbH-Geschäftsführers ist dann wirksam, wenn sie mindestens einem Gesellschafter zugegangen ist. Ob eine Willenserklärung einem Empfänger mit Sitz im Ausland zugeht, beurteilt sich nach dem Ortsrecht des Abgabeorts. Für die Amtsniederlegungserklärung gelten somit die allgemeinen Regeln über den Zugang von Willenserklärungen. Wird die Amtsniederlegungserklärung unter Abwesenden abgege-

ben, wird sie mit ihrem Zugang wirksam. Bei einer Übermittlung der Erklärung über Telefax ist sie zugegangen, wenn der Druckvorgang am Empfängergerät abgeschlossen ist und dem Empfänger eine Kenntnisnahme möglich ist.

**Konsequenz**

Der Anmeldung der Niederlegung des Geschäftsführeramts sind die Urkunden über die Beendigung in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen. Die streitige Frage, ob der Zugang der Amtsniederlegung urkundlich nachzuweisen ist, bleibt auch nach dieser Entscheidung weiterhin ungeklärt.

[Schlussformel]

Für Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen