

März 2008

Corporate Newsletter

In dieser Ausgabe

- 2 Tracking Stocks - Ein innovatives Finanzierungsprodukt auch für den deutschen Markt
- 5 Das unvermeidliche Ende der „Goldenen Aktien“ in der EU
- 10 Risikobegrenzungsgesetz - Neue Unterrichtsrechte
von Arbeitnehmern beim Unternehmenskauf
- 14 Referentenentwurf zum internationalen Gesellschaftsrecht
- 16 Risiken bei der Vereinbarung eines Aufgeldes (Agio) in der GmbH
- 18 Ein Blick in das Steuerrecht: Änderung des § 42 AO - Auswirkungen
auf steueroptimierte Gestaltungen

Der Lovells Corporate Newsletter informiert in kompakter Form über Trends und aktuelle Ereignisse in allen Bereichen des Gesellschaftsrechts und M&A.

Dieser Newsletter ersetzt keine rechtliche Beratung im Einzelfall. Für Ihre konkreten Fälle dürfen Sie sich nicht auf die hier enthaltenen Angaben verlassen, da wir insoweit keine Haftung übernehmen.

Wenn Sie nähere Informationen zu den behandelten Fragen benötigen, so erhalten Sie diese von Ihrem Lovells-Anwalt, der Sie berät, oder bei den auf der letzten Seite genannten Ansprechpartnern.

Wenn Sie uns noch nicht kennen: Testen Sie uns!
Wir freuen uns auf Sie.

Ihre Corporate-Redaktion
CorporateNewsletterGermany@lovells.com

Der Corporate Newsletter ist auch als E-Mail-Newsletter erhältlich. Falls Sie den Newsletter nicht mehr erhalten möchten, teilen Sie uns dies bitte mit.

Der Corporate Newsletter wird herausgegeben von Lovells LLP, Praxisgruppe Corporate Deutschland.
Praxisgruppenleiter:
Dr. Michael Witzel,
München
Redaktion und Vi.S.d.P.:
Dr. Michael Witzel,
Lovells LLP
Karl-Scharnagl-Ring 5, 80539 München
Produktion: Tramsen Media - www.tramsen.de

Editorial

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser,

Tracking Stocks gewinnen als innovatives Finanzierungsprodukt immer mehr an Attraktivität.

Unser Kollege Dr. Franz-Josef Schöne stellt Ihnen diese spezielle Form der Aktien vor.

Stehen die „Goldenen Aktien“ in der Europäischen Union vor dem Aus? Violetta Pudell fasst den Stand der Rechtsprechung zusammen.

Mit dem Risikobegrenzungsgesetz sollen neue Unterrichtsrechte für Arbeitnehmervertretungen beim Unternehmenskauf geschaffen werden.

Dr. Kerstin Schmidt gibt Ihnen einen Überblick.

Der Anfang dieses Jahres vorgelegte Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht wird von Michael Stein näher beleuchtet.

Daneben gibt es eine Urteilsbesprechung zu Vereinbarung von Aufgeldern bei einer GmbH sowie ein Blick in das Steuerrecht zur Änderung des § 42 AO.

Sofern Sie an weiteren, kostenlosen e-Newslettern der Praxisgruppen Arbeitsrecht, Energy, Financial Services, Immobilienrecht, Intellectual Property / Technologie / Medien / Telekommunikation (IPMT) von Lovells interessiert sind, nutzen Sie bitte das entsprechende Formular.

Wir wünschen eine anregende Lektüre.

Ihr Lovells Corporate Team

Tracking Stocks - Ein innovatives Finanzierungs- produkt auch für den deutschen Markt

Tracking Stocks entstammen dem US-amerikanischen Rechtskreis, wo sie in den 80er-Jahren entwickelt wurden. Seitdem hat sich dort eine stattliche Zahl von Gesellschaften Tracking Stocks bedient, um sich am Kapitalmarkt mit Finanzmitteln zu versorgen. Aber auch an den internationalen Kapitalmärkten gewinnt dieses innovative Finanzierungsprodukt zunehmend an Bedeutung. Nachdem die aktienrechtliche Zulässigkeit von Tracking Stocks weitgehend aufgearbeitet ist, werden auch in Deutschland von Aktiengesellschaften zunehmend Tracking Stocks im engeren Sinne ausgegeben - Tracking Stocks an Gesellschaften mit anderer Rechtsform (etwa GmbH, KG) und auf schuldrechtlicher Basis begründete Tracking Stocks (etwa stille Beteiligungen, Schuldverschreibungen) bleiben hier unberücksichtigt.

BETEILIGUNG AN SPARTENERGEBNIS

Tracking Stocks, in Deutschland auch „Spartenaktien“, „Geschäftsbereichsaktien“ oder „divisionalisierte Aktien“ genannt, meinen Aktien, die nicht an dem wirtschaftlichen Erfolg des gesamten Unternehmens, sondern nur an dem wirtschaftlichen Ergebnis eines bestimmten Teils des Unternehmens, der sog. „Tracked Unit“ partizipieren. Eine solche Tracked Unit kann etwa aus einer operativen Geschäftseinheit, einer Gruppe bestimmter Vermögensgegenstände, einem bestimmten Investitionsprojekt oder einer Tochtergesellschaft bestehen. So können dem Investor, der sich vermögensmäßig lediglich an der Sparte A und nicht an den weiteren operativen Geschäftseinheiten B und C der diversifiziert aufgestellten Y-Aktiengesellschaft beteiligen will, sich auf die Sparte A beziehende sog. „Divisional Tracking Stocks“ eingeräumt werden. Ebenso können dem Investor sog. „Subsidiary Tracking Stocks“ gewährt werden, die sich vermögensmäßig nur auf die Tochtergesellschaft T der

Y-Aktiengesellschaft beziehen. Diese Aktien vermitteln ihm zwar die volle Mitgliedschaft mit sämtlichen Verwaltungsrechten, insbesondere Stimmrechten, in der Y-Aktiengesellschaft. Sie gewähren dem Investor die Rechte an der Ausschüttung des Gewinns und des Liquidationserlöses aber nicht aller drei Sparten, sondern nur der Sparte A (so im Beispiel die Divisional Tracking Stocks) bzw. der Tochtergesellschaft T (so im Beispiel die Subsidiary Tracking Stocks).

VORTEILE VON TRACKING STOCKS

Soweit ersichtlich, werden in Deutschland Tracking Stocks derzeit zumeist von nicht börsennotierten Aktiengesellschaften ausgegeben, um für einen bestimmten Unternehmensbereich neue Investoren und frische Finanzmittel zu gewinnen. Zwar kann im Zusammenhang mit der spartenbezogenen Beteiligung des Investors oder mit einem beabsichtigten Börsengang der Sparte alternativ auch eine Abspaltung/Ausgliederung in Betracht gezogen werden. Gegenüber dieser herkömmlichen gesellschaftsrechtlichen Gestaltung bieten Tracking Stocks aber den Vorteil, dass das Unternehmen in seinem rechtlichen Bestand als Ganzes erhalten bleibt. Dies ist oftmals notwendig oder gewünscht.

Häufig stehen einem Spin-Off der Geschäftseinheit wirtschaftliche, rechtliche oder steuerliche Gründe entgegen. So kann etwa im Falle der Ausgliederung des relevanten Geschäftsbereiches auf eine eigenständige Tochtergesellschaft die Möglichkeit ganz oder teilweise verloren gehen, steuerliche Verluste einer Geschäftssparte mit Gewinnen der anderen Geschäftssparte auszugleichen. Zudem besitzt das Unternehmen eine breitere Asset-Basis, die zur Besicherung von Krediten herangezogen werden kann. Dies versetzt alle Geschäftseinheiten in die Lage, notwendiges Fremdkapital zu entsprechend günstigeren Konditionen zu

generieren. Da die Kontrolle über die Tracked Unit bestehen bleibt, können außerdem bestehende Synergieeffekte eines Konzernverbundes zwischen den verschiedenen operativen Einheiten weiter genutzt und insbesondere die Verwaltungskosten gebündelt werden. Zudem mag auch der Umstand, dass diese wesentlich einfacher als eine gesellschaftsrechtliche Ausgliederung/Abspaltung rückgängig gemacht werden kann, im Einzelfall die Einführung von Tracking Stocks motivieren.

Diversifiziert aufgestellte börsennotierte Aktiengesellschaften werden von den Kapitalmärkten infolge der heterogenen Erwartungen der Investoren zumeist mit einem Holding- oder Konglomeratsabschlag versehen. Für solche Gesellschaften und deren Aktionäre können Tracking Stocks überaus wertvoll sein. Infolge der spartenbezogenen Rechnungslegung, Buchführung und Bilanzierung und der damit gegebenen höheren Transparenz ermöglichen es Tracking Stocks den Kapitalmärkten, das Unternehmen quantitativ und qualitativ besser zu analysieren und die einzelnen Unternehmensbereiche genauer zu bewerten. Zudem kommen Tracking Stocks vielfach dem Bedürfnis von Investoren nach einer maßgeschneiderten Anlagemöglichkeit entgegen, wodurch sich zumeist die Nachfrage und infolgedessen der Marktpreis erhöhen dürfte.

SCHRANKEN FÜR GEWINNAUSSCHÜTTUNG

Bei der Einführung von Tracking Stock-Modellen ergeben sich einige Problemstellungen, die zum Teil aus dem deutschen Aktienrecht resultieren. Im Gegensatz zu dem Gesellschaftsrecht etwa einiger amerikanischer Bundesstaaten steht dieses nur sehr eingeschränkt zur Disposition und kann von diesem nur ausnahmsweise, wenn das Gesetz dieses zulässt, abgewichen werden. So darf beispielsweise nach den Vorschriften des Aktiengesetzes vor Auflösung der Gesellschaft nur der Bilanzgewinn der Gesellschaft unter den Aktionären verteilt werden. Falls die Gesamtbilanz keinen Gewinn ausweist, kann keine Dividende ausgezahlt werden, und zwar selbst dann nicht, wenn einzelne Geschäftsbereiche der Gesellschaft ein positives Ergebnis erarbeiten.

Im Rahmen der Einführung eines Tracking Stock-Modells ist daher durch eine entsprechende rechtliche Gestaltung sicherzustellen, dass – falls die Sparte A, an welcher der Investor mit Tracking Stocks vermögensmäßig beteiligt ist, einen Gewinn, die Sparte B

aber einen Verlust erwirtschaftet – dem Investor trotz des negativen Gesamtergebnisses der Gesellschaft der Gewinn der Sparte A zufließt. Dies kann je nach Einzelfall etwa dadurch erreicht werden, dass (außerhalb der Satzung) eine Nachschussverpflichtung der Aktionäre, die Spartenaktien der verlustreichen Sparte B halten, zugunsten der Aktionäre der gewinnbringenden Sparte A vorgesehen wird, dass freie Rücklagen aufgelöst werden oder dass ein nicht ausgezahlter Gewinn der Sparte A bei positivem Gesamtergebnis in der Folgejahren vorzugsweise an die Tracking Stock-Aktionäre der Sparte A ausgezahlt wird.

SONDERREGELUNGEN FÜR STIMMRECHTE

Nach den Vorschriften des Aktiengesetzes stehen den Weiteren die Stimmrechte den Aktionären aller Sparten im Hinblick auf sämtliche Beschlussgegenstände, mithin die gesamte Gesellschaft zu. Sie werden in einer einheitlichen Hauptversammlung ausgeübt, in der sämtliche Aktionäre vertreten sind. Falls in einer Tracking Stock-Gesellschaft keine stimmrechtslosen Tracking Stocks geschaffen sind und daher sämtliche Aktien Stimmrechte in Bezug auf die gesamte Gesellschaft vermitteln, können sich bei einzelnen Beschlussgegenständen Spannungsfelder zwischen den einzelnen Aktionärsgruppen ergeben. So ist etwa denkbar, dass sich verschiedene Beschlussgegenstände nur auf die Tracking Unit „Sparte A“ beziehen, über die die Tracking Stock-Aktionäre dieser Sparte unter Ausschluss der anderen Aktionäre allein bestimmen wollen. Auch in diesem Fall ist durch eine entsprechende Gestaltung des Tracking Stocks-Modells sicherzustellen, dass den berechtigten Interessen der Tracking Stock-Aktionäre der Sparte A an einem Alleinentscheidungsrecht Rechnung getragen wird. Zwar ist ein Stimmrechtsausschluss der übrigen Aktionäre nach deutschem Aktienrecht nicht umsetzbar. Denkbar wäre aber etwa eine Stimmbindungsvereinbarung zwischen den verschiedenen Aktionären, wonach diese sich zur Stimmenthaltung in Fragen verpflichten, die nicht den eigenen Geschäftsbereich, sondern eine andere Tracked Unit betreffen.

EINGEHENDE RECHTLICHE ANALYSE ERFORDERLICH

Neben diesen Fragestellungen stellen sich bei der Einführung von Tracking Stock-Modellen im Einzelfall durchaus komplexe, weitere Problemstellungen. So sind im Rahmen von Tracking Stock-Modellen im

Einzelfall Schutzmechanismen gegen einseitige Veränderungen der Sparten vorzusehen, sind Loyalitätskonflikte des Vorstandes bei unternehmerischen Entscheidungen, die sich zu Gunsten und zu Lasten verschiedener Sparten auswirken können, zu entschärfen oder sind die Interessen der Aktionäre der verschiedenen Aktiengattungen bei Kapitalmaßnahmen, insbesondere bei Kapitalerhöhungen, auszubalancieren. Die Einführung von Tracking Stocks erfordert daher eine eingehende Analyse und sorgfältige Gestaltung. Zumeist lassen sich für die Beteiligten interessengerechte Ergebnisse erzielen, so dass dieses innovative Finanzierungsprodukt trotz des einengenden deutschen Aktienrechtes auch auf dem deutschen Markt einsetzbar ist und den Beteiligten im Einzelfall wesentliche Vorteile verschaffen kann.



Dr. Franz-Josef Schöne
franz-josef.schoene@lovells.com

Das unvermeidliche Ende der „Goldenen Aktien“ in der EU

Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft (EuGH) hat jüngst in zwei Entscheidungen erneut bestätigt, dass Sonderrechte, die der öffentlichen Hand einen im Verhältnis zu ihrer kapitalmäßigen Beteiligung überproportionalen Einfluss in Organen einer Aktiengesellschaft sichern, grundsätzlich gegen die Kapitalverkehrsfreiheit gemäß Art. 56 Abs. 1 EG-Vertrag verstoßen (Urt. v. 06.12.2007, verbundene Rs. C-463/04 und C-464/04 – „Comune di Milano“; Urt. v. 23.10.2007, Rs. C-112/05 – „VW-Gesetz“). Der EuGH bekräftigt damit seine Rechtsprechung zur grundsätzlichen Unzulässigkeit von sog. „Goldenen Aktien“ in der EU und baut sie weiter aus.

EINLEITUNG

In den vergangenen Jahren hatte sich der EuGH schon häufiger mit der Frage auseinander zu setzen, ob in Unternehmen staatlich veranlasste Privilegierungen zugunsten der öffentlichen Hand als Gesellschafter mit der europarechtlichen Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 Abs.1 EG-Vertrag) zu vereinbaren sind. Öffentlichen Quellen zufolge soll es in der Europäischen Union 161 solcher Fälle geben, für die sich als Sammelbegriff die Bezeichnung „Goldene Aktien“ eingebürgert hat. Eine „Goldene Aktie“ verschafft dem Staat eine Sonderstellung, die es ihm ermöglicht, eine Gesellschaft in besonderer Weise zu kontrollieren, sei es über spezielle Bestimmungs- oder Vetorechte, Stimmrechtsprivilegierungen oder Entsenderechte in ihre Organe. Diesen Sonderrechten ist in aller Regel gemein, dass sie dem Prinzip der Proportionalität von Anteilsbesitz und Stimmrechten (one share, one vote) widersprechen. Zwar hat die Europäische Kommission bislang nur einen Bruchteil solcher Sonderregelungen unter die „Lupe des Europarechts“ gelegt. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs hierzu ist jedoch eindeutig: Kann ein Staat „Goldene Aktien“ nicht ausnahmsweise mit zwingenden Gründen des Allgemeininteresses rechtfertigen, verstoßen sie regelmäßig gegen höherrangiges Gemeinschaftsrecht und dürften nicht ausgeübt werden.

Die beiden jüngsten Entscheidungen des Gerichtshofs geben Anlass, den Stand der Rechtsprechung zu „Goldenen Aktien“ noch einmal im Überblick zusammen zu fassen.

„COMUNE DI MILANO“

Im Fall „Comune di Milano“ war der EuGH von einem italienischen Verwaltungsgericht im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens angerufen worden (verbundene Rs. C-463/04 und C-464/04). Gegenstand des Verfahrens war ein für „Goldene Aktien“ typischer Privatisierungssachverhalt: Im Zuge der Privatisierung des städtischen Energieversorgers der Stadt Mailand, der AEM SpA, hatte die Stadt ihre Beteiligung stufenweise auf 33,4% reduziert. Dies tat sie unter der Bedingung, dass die Gesellschafter einer Satzungsänderung zustimmen, die im Wesentlichen die Bestellung der Mitglieder des Verwaltungsrates betraf. Danach erhielt die Stadt Mailand - und nur sie - das Recht, bis zu einem Viertel der Mitglieder des Verwaltungsrates unmittelbar zu bestellen. Das italienische Gesellschaftsrecht erlaubt die Aufnahme eines solchen Sonderrechts in die Satzung einer Aktiengesellschaft nur zugunsten der öffentlichen Hand (Art. 2449 des Codice civile). Darüber hinaus durfte die Stadt Mailand - wie alle anderen Gesellschafter auch - an der allgemeinen Listenwahl von Verwaltungsratsmitgliedern teilnehmen. Die Kombination dieser beiden Rechte sicherte der Stadt im Ergebnis auch künftig die absolute Mehrheit im Verwaltungsrat der AEM SpA, obwohl sie nach dem Verkauf eines Teiles ihrer Aktien nur noch eine relative Mehrheit an der Gesellschaft hielt.

Das vorliegende italienische Gericht bezweifelte, dass eine solche Privilegierung mit der Kapitalverkehrsfreiheit im Einklang steht und legte die Frage dem EuGH vor. Der Gerichtshof bestätigte diese Bedenken und stellte mit Urteil vom 6. Dezember 2007 einen Verstoß gegen höherrangiges Gemeinschaftsrecht fest. Nach Auffassung des EuGH verschaffen die

beschriebenen Rechte der Stadt Mailand eine Kontrolle über die AEM SpA, die außer Verhältnis zu ihrem Anteil am Kapital der Gesellschaft steht. Sie stellen daher ein Sonderrecht dar, das von den allgemeinen Regelungen des italienischen Gesellschaftsrechts abweiche und zudem dem Prinzip der Proportionalität von Anteilsbesitz und Stimmrechten (one share, one vote) widerspreche. Da hierdurch Investoren anderer Mitgliedsstaaten abgeschreckt werden könnten, sei die Kapitalverkehrsfreiheit verletzt.

Den Einwand der italienischen Regierung, es handele sich um keine staatliche Maßnahme, da das betreffende Sonderrecht in der Satzung vereinbart wurde (und dort auch jederzeit wieder mit der entsprechenden Stimmenmehrheit geändert werden könnte), verwarf der EuGH. Zum einen beruhe das fragliche Satzungsrecht auf Art. 2449 des Codice civile. Diese Norm gehöre zwar durchaus zum italienischen Gesellschaftsrecht. Sie räume aber ausschließlich öffentlichen Anteilseignern die Möglichkeit ein, sich stärker an der Tätigkeit des Verwaltungsrates zu beteiligen, als es ihr Aktionärsstatus normalerweise zuließe. Dem öffentlichen Aktionär werde damit ein Instrument bereit gestellt, das es ihm ermögliche, einen Einfluss auszuüben, der über seine Investition hinausgeht. Für private Aktionäre gebe es keine vergleichbare Möglichkeit. Zum anderen wäre ein Investor gezwungen, eine Beteiligung in einer Höhe zu erwerben, die ihm die erforderliche qualifizierte Mehrheit für eine Satzungsänderung verschaffe. Dies sei hinreichend abschreckend, um in den Tatbestand der Kapitalverkehrsfreiheit einzugreifen.

DAS VW-GESETZ

Bereits am 23. Oktober 2007 hatte die Große Kammer des EuGH nach Anrufung durch die Europäische Kommission im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens das sog. VW-Gesetz „gekippt“. Das VW-Gesetz trat 1960 mit der Privatisierung des Automobilherstellers Volkswagen GmbH in Kraft und hatte die Umwandlung in eine Aktiengesellschaft (VW AG) zum Ziel, an der Bund und Land jeweils 20% halten sollten, während die weiteren 60% an Kleinaktionäre ausgegeben wurden. Das VW-Gesetz weicht in dreifacher Hinsicht von den allgemeinen Regelungen des deutschen Aktienrechts ab:

Zum einen beschränkt es das Stimmrecht jedes einzelnen Aktionärs auf maximal 20% des Grundkapitals, gleich wie hoch seine tatsächliche Beteiligung ist. Zum anderen räumt es der Bundesrepublik Deutschland und dem Land Niedersachsen ein Entsenderecht für je zwei Mitglieder des Aufsichtsrates der VW AG ein, jedenfalls solange diese überhaupt Aktien an der VW AG halten. Schließlich bedürfen Beschlüsse der Hauptversammlung der VW AG, für die nach dem Aktiengesetz eine Mehrheit von 75% des bei Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals erforderlich ist, einer Mehrheit von mehr als 80% des vertretenen Grundkapitals.

Der EuGH sah sowohl in dem Entsendungsrecht von Bund und Land als auch in dem Zusammenspiel von Höchststimmrecht und erhöhter Hauptversammlungsmehrheit von 80% einen Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit. Mit seinem Aktienanteil erreiche das Land Niedersachsen bei Hauptversammlungen, bei denen üblicherweise das stimmberechtigte Kapital nicht vollständig vertreten sei, jene Sperrminorität von 20% der Stimmen, die notwendig sei, um wichtige Beschlüsse, die eine Mehrheit von mehr als 80% des vertretenen Kapitals benötigen, zu blockieren. Dies ermögliche es dem Land (der Bund hält keine Aktien mehr an der VW AG), unerwünschte Änderungen des status quo zu verhindern. Das von der jeweiligen Beteiligungshöhe unabhängige Entsenderecht der öffentlichen Hand beschränke zudem das Recht der anderen Aktionäre auf angemessene Vertretung im Aufsichtsrat der Gesellschaft. Die genannten Regelungen des VW-Gesetzes begründen nach Auffassung des EuGH indirekte Erwerbsbeschränkung für Investoren und verletzen daher die Kapitalverkehrsfreiheit.

Den Einwand der Bundesregierung, das VW-Gesetz gelte gleichermaßen für alle Gesellschafter und nicht nur zugunsten der öffentlichen Hand, ließ der EuGH nicht gelten. Das VW-Gesetz sei ein hoheitlicher Akt und damit in jedem Fall eine Maßnahme, die dem Staat zuzurechnen ist. Dies gehe über eine bloße Befugnis zugunsten der Aktionäre, von der diese Gebrauch machen können oder nicht, hinaus. Ebenso verwarf der EuGH das Argument, dass entsprechende Regelungen auch durch Hauptversammlungsbeschlüsse eingeführt werden könnten, da dies nichts an der Beschränkungswirkung durch das Gesetz ändere.

KAPITALVERKEHRSFREIHEIT

Der EuGH hat die Kapitalverkehrsfreiheit in den vergangenen Jahren zu einem sehr effizienten Schutzrecht zugunsten von Investoren ausgebaut, die in vormals staatliche Unternehmen investieren wollen. Der Begriff des „Kapitalverkehrs“ erfasst vorrangig strategische Investitionen (Direktinvestoren), ist aber auch auf reine Finanzbeteiligungen anwendbar (Portfolioinvestoren). Obwohl die bislang entschiedenen Fälle - soweit ersichtlich - nur Aktiengesellschaften betrafen, dürfte die Rechtsprechung auch auf Geschäftsanteile an GmbHs übertragbar sein. Die Kapitalverkehrsfreiheit schützt nach Ansicht des EuGH grundsätzlich das Recht, Anteile von Unternehmen zu erwerben und in der Folge effektiv an ihrer Leitung mitzuwirken.

Adressat der Kapitalverkehrsfreiheit ist der Staat. Sie erfasst staatliche Eingriffe jeder Art. Der Staat muss demnach keineswegs hoheitlich (etwa in Form von Gesetzen) tätig werden, wie es in den Fällen „VW-Gesetz“ und „Comune di Milano“ der Fall war. Dies verdeutlicht insbesondere die Entscheidung des Gerichtshofs zur Privatisierung des niederländischen Post- und Telekommunikationsunternehmens PTT (Urt. v. 28.09.2006, Rs. C-282/04). Dort hatte der niederländische Staat die fraglichen Sonderrechte nicht per Gesetz erlassen, sondern mit Hilfe seiner Stimmrechtsmehrheit in der Hauptversammlung satzungsmäßig verankert. Den Einwand der niederländischen Regierung, es liege keine staatliche Maßnahme vor, da der Staat rein privatrechtlich gehandelt und seine normalen Gesellschafterrechte ausgeübt habe, ließ der EuGH nicht zu. Verfügt der Staat in einem Unternehmen über Sonderbefugnisse, so ist für deren Prüfung am Maßstab der Kapitalverkehrsfreiheit grundsätzlich unerheblich, wie diese Befugnisse verliehen wurden oder welche rechtliche Form sie annehmen.

Der Gerichtshof interpretiert den Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit äußerst weit. Erfasst sind nicht mehr nur Diskriminierungen zulasten von ausländischen Investoren (Diskriminierungsverbot), sondern auch Beschränkungen jedweder Art (Beschränkungsverbot). Eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit liegt nach der Rechtsprechung schon dann vor, wenn eine staatliche Maßnahme bloß (potenziell) geeignet ist, einen Beteiligungserwerb zu verhindern oder zu beschränken, oder auch nur

Investoren davon abhalten könnte, zu investieren. Die rein abschreckende Wirkung einer staatlichen Maßnahme reicht also bereits aus. Ob tatsächlich Investoren von einer Beteiligung abgehalten werden oder nicht, spielt keine Rolle. Der EuGH zieht damit den Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit ähnlich weit, wie den der Warenverkehrsfreiheit in seiner berühmten „Dassonville“-Entscheidung (nach der die Warenverkehrsfreiheit jedwede Beschränkung erfasst, gleich ob aktuell oder potentiell, direkt oder indirekt). Dies ist nicht unproblematisch, da er bislang keine Bereitschaft zur Einschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit auf Tatbestandsebene – wie bei der Warenverkehrsfreiheit durch die „Keck“-Entscheidung geschehen – gezeigt hat.

Bei den „Golden Share“-Konstellationen mag ein Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit noch nahe liegen. Das Kriterium der abschreckenden Wirkung ist aber so weit und unklar, dass eine Vielzahl mitgliedstaatlicher Gesetze auf dem Prüfstand der Kapitalverkehrsfreiheit stehen könnten. So wird in der Fachliteratur diskutiert, ob nicht sogar Vorschriften des allgemeinen Gesellschaftsrechts, die gleichermaßen für alle Gesellschafter gelten, gegen die Kapitalverkehrsfreiheit verstoßen könnten. Der EuGH musste dies bislang noch nicht entscheiden und hat die Frage in der „Comune di Milano“-Entscheidung ausdrücklich offen gelassen.

Man denke etwa an die deutschen Vorschriften des Kapitalersatzrechtes, die durchaus einen ausländischen Investor von dem Erwerb einer Beteiligung an einer deutschen Gesellschaft abhalten könnten. Eine derart weite Interpretation der Kapitalverkehrsfreiheit, die gewissermaßen zu einer Rechtsangleichung der nationalen Gesellschaftsrechte führen würde, ist aber abzulehnen.

Dafür lässt sich mittelbar sogar die Rechtsprechung des Gerichtshofs selbst anführen. In der Entscheidung zum „VW-Gesetz“ spricht er sich nicht gegen das Institut des Höchststimmrechtes als solches aus (obwohl im Prinzip jedes Höchststimmrecht Investoren abschrecken könnte), sondern nur gegen dessen gesetzliche Festschreibung. Es steht daher zu vermuten, dass der EuGH die Privatautonomie der Gesellschafter als inhärente Grenze seines eigenen Prüfungsmaßstabes akzeptieren könnte. Der EuGH lässt erkennen, dass wohl auch künftig Höchststimmrechte zulässig sein können

(jedenfalls bei nicht-börsennotierten Aktiengesellschaften, vgl. § 134 Abs. 1 S. 2 AktG). Dies aber nur dann, wenn diese Höchststimmrechte satzungsförmiger Ausdruck der Selbstbestimmung der Gesellschafter sind, nicht hingegen, wenn sie der Staat den Gesellschaftern aufzwingt. Vereinbaren die Gesellschafter selbst ein Höchststimmrecht, so nutzen sie lediglich die Befugnisse, die ihnen das allgemeine Gesellschaftsrecht einräumt.

Es bleibt daher fraglich, ob die jüngsten Pläne der Justizministerin Zypriens für ein neues VW-Gesetz, nach denen für bedeutsame Beschlüsse der Hauptversammlung weiterhin eine Mehrheit von 80% plus einer Aktie notwendig sein sollen, den Vorgaben des Gerichtshofes genügen. Eine solche Regelung wäre vielleicht EU-rechtskonform, wenn sie auf den Willen der Aktionäre zurückginge. Wird sie dagegen durch staatlichen Zwang in Form eines Gesetzes erlassen, sind Zweifel mit Blick auf die Kapitalverkehrsfreiheit angebracht.

RECHTFERTIGUNGSEBENE

Angesichts des denkbar weiten Schutzbereichs der Kapitalverkehrsfreiheit fragt sich, unter welchen Voraussetzungen eine Beschränkung derselben gerechtfertigt sein kann. Art. 58 des EG-Vertrages lässt hierfür lediglich Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung genügen. Der EuGH akzeptiert zudem zwingende Gründe des Allgemeinwohls als Rechtfertigung. Hierzu zählen bspw. die Sicherung der Aufrechterhaltung von wichtigen Schlüsselindustrien, wie etwa Telekommunikation, Energieversorgung, Rüstung oder Flughäfen. Die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Rechtfertigung sind aber eng. Der EuGH hat mehrfach betont, dass eine Rechtfertigung nur ausnahmsweise in Betracht kommen kann. Insbesondere müsse die betreffende staatliche Maßnahme strikt auf die Sicherung des Allgemeinwohlbelangs beschränkt bleiben und dürfe keinesfalls über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist (Übermaßverbot). Der belgischen Regierung ist eine solche Rechtfertigung bei der belgischen Gasversorgungsgesellschaft geglückt (Urt. V. 4.06.2002, Rs. C-503/99), indem sie auf die Sicherstellung der nationalen Energieversorgung im Krisenfall verwies. Allerdings hatte der belgische Staat sich bei der Ausübung der Sonderrechte lediglich ein Widerspruchsrecht (und kein Entscheidungsrecht) ausbedungen und dieses sachlich auf spezielle Einzelmaßnahmen

beschränkt. Zudem wurde das Widerspruchsrecht einer ausdrücklichen Zweckbindung unterworfen.

Im Fall „PTT“ (Urt. v. 28.09.2006, Rs. C-282/04) verneinte der EuGH hingegen eine Rechtfertigung, obwohl die Gewährleistung des postalischen Universaldienstes in den Niederlanden grundsätzlich einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen könne. Die betreffende „Goldene Aktie“ war aber nicht auf dieses Ziel beschränkt und unterlag zudem keinerlei Beschränkungen bei der Ausübung. Auch handelte es sich nicht um ein bloßes Vetorecht, sondern um ein originäres Gestaltungsrecht zugunsten des niederländischen Staates. Eine zulässige „Goldene Aktie“ muss folglich auf das unbedingt erforderliche Maß beschränkt sein, um europarechtlichen Maßstäben zu genügen.

AUSBLICK

Die dargestellten Entscheidungen zeigen, dass der EuGH bei der Durchsetzung der Kapitalverkehrsfreiheit entschieden vorgeht. Die zahllosen Regelungen zu „Goldenen Aktien“ in den Mitgliedstaaten dürften es schwer haben, den hohen Standards des Gerichtshofs zu genügen.

Es mag daher erstaunen, dass ausgerechnet der EU-Handelskommissar Peter Mandelson kürzlich den Vorschlag unterbreitet hat, europäische Unternehmen in politisch sensiblen Schlüsselindustrien durch „Goldene Aktien“ vor ausländischen Staatsfonds zu schützen. Der Europäischen Kommission bereiten insbesondere die Staatsfonds aus China, Singapur, Russland oder dem Nahen Osten Sorgen, die mit ihren Finanzmitteln in der Lage sind, Kontrolle über wichtige europäische Schlüsselindustrien zu erlangen. Der Vorstoß der Kommission erscheint auf den ersten Blick widersprüchlich: Die EU selbst erwägt die Einführung „Goldener Aktien“, während der EuGH sie den Mitgliedstaaten weitestgehend verboten hat. Darin liegt nicht zwingend ein Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH, solange sich der Vorschlag auf die Abwehr von ausländischen Investoren aus Nicht-EU-Staaten beschränkt (die Diskussion wurde bereits auf die Abwehr „unerwünschter“ privater Investoren ausgedehnt). Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass die betreffenden „Goldenen Aktien“ nach den Vorstellungen der Kommission nicht die Mitgliedstaaten alleine berechtigen, sondern von ihr zumindest mit kontrolliert werden sollen. Ein

Beigeschmack bleibt gleichwohl. Es bleibt abzuwarten, wie die konkreten Vorschläge aus Brüssel – sie werden im Herbst erwartet – hierzu aussehen.



Violetta Pudell
violetta.pudell@lovells.com

Risikobegrenzungs-gesetz – Neue Unterrichtsrechte von Arbeitnehmervertretungen beim Unternehmensverkauf

Im Dezember 2007 hat die Bundesregierung dem Bundestag einen Gesetzentwurf zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (kurz: „Risikobegrenzungs-gesetz“) vorgelegt (BT-Ds. 16/7438). Über das Gesetz wird zurzeit in den entsprechenden Fachausschüssen beraten.

Ein wesentliches Ziel der Gesetzesinitiative ist die Erhöhung der Transparenz bei Unternehmenskäufen durch Finanzinvestoren und die Erschwerung unerwünschter Aktivitäten von Finanzinvestoren. Tritt das Gesetz in der jetzigen Entwurfsfassung in Kraft, werden der Tatbestand des „acting in concert“ und die Meldepflichten beim Anteilserwerb an börsennotierten Unternehmen verschärft. Ferner sollen dem Wirtschaftsausschuss bzw. dem Betriebsrat des Zielunternehmens im Vorfeld eines Unternehmensverkaufs neue bzw. weitere Unterrichtsrechte eingeräumt werden. Letzteres wird zukünftige Transaktionen maßgeblich beeinflussen können.

INFORMATIONS- UND BERATUNGSRECHTE DER ARBEITNEHMERVERTRETUNGEN NACH HEUTIGER GESETZESLAGE

Das Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG) sieht schon heute für börsennotierte Unternehmen Informationspflichten im Rahmen von Unternehmensverkäufen vor. So sind die Betriebsräte der Zielgesellschaft und des Bieters über die Entscheidung zur Abgabe eines Übernahmeangebots oder einen Kontrollerwerb zu unterrichten. Auch die Angebotsunterlage für das Übernahme- bzw. Pflichtangebot muss an die Betriebsräte weitergeleitet werden. Die Unterrichtung muss aber erst erfolgen, wenn diese Vorgänge bereits öffentlich bekannt gemacht worden sind. Existiert kein Betriebsrat, bestehen die Informationspflichten der Zielgesellschaft bzw. des Bieters unmittelbar gegenüber ihren Arbeitnehmern.

Für nicht-börsennotierte Unternehmen gibt es derartige Informationspflichten bisher nicht. Aus § 106 BetrVG folgt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts lediglich, dass der Wirtschaftsausschuss der Zielgesellschaft nach Abschluss des Kaufvertrages über die Person des Erwerbers und ggf. über die im Zusammenhang mit der Abtretung der Geschäftsanteile erfolgten Absprachen über die künftige Geschäftsführung und Geschäftspolitik unterrichtet werden muss. Die Vorlage des Kaufvertrages selbst kann der Wirtschaftsausschuss nicht verlangen.

Von diesen Informationsrechten zu unterscheiden sind die echten Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei Veränderungen auf betrieblicher Ebene. Bei Betriebsänderungen im Sinne des § 111 BetrVG (z.B. die Einschränkung, Stilllegung oder Verlegung von Betrieben oder wesentlichen Betriebsteilen) sind in Unternehmen mit in der Regel mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern Verhandlungen mit dem Betriebsrat über einen Interessenausgleich und Sozialplan unumgänglich. Gelingt eine Einigung zwischen Unternehmer und Betriebsrat nicht, kann jede Seite die Einigungsstelle anrufen, die dann – von Ausnahmefällen abgesehen – verbindlich über die Aufstellung des Sozialplans entscheidet.

GEPLANTE NEUREGELUNGEN DURCH DAS RISIKOBEGRENZUNGS-GESETZ

Durch das geplante Risikobegrenzungs-gesetz sollen die bestehenden Unterrichtungspflichten nunmehr erheblich ausgeweitet werden. Ein Informationsanspruch des Wirtschaftsausschusses besteht nach § 106 Abs. 3 Nr. 9 a BetrVG n.F. künftig auch im Falle der Unternehmensübernahme, wenn hiermit der Erwerb der Kontrolle verbunden ist. In diesem Fall ist

der Wirtschaftsausschuss des Zielunternehmens gemäß § 106 Abs. 2 Satz 2 BetrVG n.F. über

- den potentiellen Erwerber,
- dessen Absichten im Hinblick auf die künftige Geschäftstätigkeit des Unternehmens sowie
- die sich daraus ergebenden Auswirkungen auf die Arbeitnehmer

zu informieren. Dies gilt auch, wenn im Vorfeld der Übernahme des Unternehmens ein Bieterverfahren durchgeführt wird.

Zum anderen soll ein neuer § 109a BetrVG eingefügt werden, der die o.g. Informationsansprüche auf den Betriebsrat überleitet, soweit ein Wirtschaftsausschuss im betroffenen Unternehmen nicht vorhanden ist. Da die Errichtung eines Wirtschaftsausschusses in Unternehmen mit in der Regel mehr als 100 ständig beschäftigten Arbeitnehmern obligatorisch ist, wird dies in erster Linie kleinere Unternehmen betreffen.

WANN LIEGT EIN KONTROLLERWERB VOR?

Nach der Begründung zum Gesetzesentwurf soll eine Kontrolle des Unternehmens in Anlehnung an § 29 Abs. 2 WpÜG insbesondere dann zu bejahen sein, wenn 30 % der Stimmrechte an dem Unternehmen gehalten werden.

Aus der Verwendung des Begriffs „insbesondere“ kann man nur folgern, dass der Verweis auf § 29 Abs. 2 WpÜG nicht erschöpfend ist und dass auch andere Fallgestaltungen zur Annahme eines Kontrollerwerbs und damit zur Auslösung der Unterrichtungspflichten führen können. In Betracht kommen hier vor allem ein indirekter Kontrollwechsel (§ 35 Abs. 1 Satz 1 WpÜG) oder ein Asset Deal. Ob und in welchem Umfang diese Arten der Kontrollübernahme ausreichen, wird – vorbehaltlich einer Klarstellung des Gesetzgebers – wohl erst durch die Arbeitsgerichte entschieden. Diese werden sich zu gegebener Zeit dann auch mit der Frage auseinandersetzen, ob § 106 Abs. 3 Nr. 9a BetrVG in Fällen eines weit entfernten Kontrollwechsels zur Anwendung kommt, bei dem das deutsche Unternehmen als Teil eines internationalen Konzerns mit einer ausländischen Konzernmuttergesellschaft

veräußert wird.

RECHTZEITIGE UNTERRICHTUNG

Nach § 106 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 Nr. 9a BetrVG n.F. muss der Unternehmer den Wirtschaftsausschuss bzw. Betriebsrat „rechtzeitig“ über die Übernahme des Unternehmens informieren. Generell sieht die Rechtsprechung dieses Erfordernis als erfüllt an, wenn die Information so frühzeitig erfolgt, dass die Arbeitnehmervertretungen durch ihre Stellungnahmen noch Einfluss auf die Gesamtplanung nehmen können.

Besonders konfliktträchtig ist an der geplanten Neuregelung durch das RisikobegrenzungsGesetz, dass die Unterrichtung nach dem Willen des Gesetzgebers nunmehr bereits im Rahmen eines Bieterverfahrens zu erfolgen hat und dass in diesem Fall über die potentiellen Erwerber und ihre Absichten zu unterrichten ist. Der Gesetzgeber scheint der Auffassung zu sein, dass für eine rechtzeitige Unterrichtung nicht gewartet werden soll, bis der Kaufvertrag ausverhandelt ist und ein bestimmter Erwerber feststeht. Zu welchem Zeitpunkt des Verkaufsprozesses ein bloßer Interessent jedoch zum „potentiellen Erwerber“ wird, ergibt sich weder aus dem Gesetzesentwurf noch aus der Gesetzesbegründung.

Sinnvollerweise wird die Unterrichtung nicht vor einem positiven Abschluss der Due Diligence durch die möglichen Investoren in Betracht kommen, weil diese erst zu diesem Zeitpunkt eine hinreichend konkrete Erwerbsabsicht entwickelt haben werden. Zudem wird ein potentieller Investor erstmals in diesem Stadium Aussagen zu seinen Absichten in Bezug auf die Belegschaft des Targets treffen können. Aus Sicht des verkaufenden Gesellschafters wird sich darüber hinaus erst nach dem Beginn der eigentlichen Vertragsverhandlungen über den endgültigen Kaufvertrag herausstellen, bei welchem Bieter eine Annäherung der Verhandlungspositionen überhaupt denkbar ist und welcher Bieter damit tatsächlich als „potentieller Erwerber“ in Betracht kommt.

In der Praxis steigt durch die Vorverlagerung des Informationszeitpunkts gegenüber der derzeitigen Rechtslage in jedem Fall das Risiko, dass die für die Vertragsverhandlungen notwendige Vertraulichkeit nicht mehr ausreichend gesichert ist. Es ist nicht

auszuschließen, dass Arbeitnehmervertretungen, die zu einem frühen Zeitpunkt erfahren, welche strategischen Investoren und/oder Finanzinvestoren für das Unternehmen bieten und wie diese nach dem Erwerb mit dem Target weiter verfahren wollen, versucht sein könnten, die Vertragsverhandlungen (vermeintlich) im Sinne der Belegschaft zu torpedieren oder zu manipulieren.

UMFANG DER UNTERRICHTUNG

Am Umfang der Unterrichtung wird sich neben den neuen Pflichtangaben zum potentiellen Erwerber und dessen im Hinblick auf die Arbeitnehmer relevanten Absichten nichts Wesentliches ändern. Auch nach Inkrafttreten des geplanten Risikobegrenzungsgesetzes werden Angaben zum Kaufpreis oder zu sonstigen Vertragskonditionen, soweit sie keine Auswirkungen auf die Arbeitnehmer haben können, nicht erforderlich sein. Es bleibt ferner dabei, dass der Vertragstext nicht vorgelegt werden muss.

Eine andere Frage ist, ob sich die Geschäftsführung des Targets darauf berufen kann, dass Angaben zu den potentiellen Erwerbern und deren Absichten in Bezug auf die Arbeitnehmer als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht offenbart werden müssen. Diese in § 106 Abs. 2 BetrVG vorgesehene Einschränkung der Unterrichtungspflicht wird allerdings schon in der geltenden Fassung des Gesetzes eng ausgelegt. Zum einen sind sowohl die Mitglieder des Wirtschaftsausschusses als auch des Betriebsrats gem. § 79 BetrVG ohnehin zur Geheimhaltung verpflichtet, so dass die Unterrichtung nicht unter pauschalem Hinweis auf die Vertraulichkeit der Daten verweigert werden kann. Eine Einschränkung der Informationspflicht kommt allenfalls bei besonderer Bedeutung der Angelegenheit für den Bestand oder die Entwicklung des Unternehmens oder wegen besonderer persönlicher Umstände eines Mitglieds des Wirtschaftsausschusses oder des Betriebsrats in Betracht. Hierbei ist – auch unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung zu § 106 BetrVG – ein strenger Maßstab anzulegen. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass der mit der Neuregelung der §§ 106, 109a BetrVG verfolgte Gesetzeszweck leer liefe, wenn jede Information zum Bieterverfahren oder zum Verkaufsprozess gleichzeitig als Geschäftsgeheimnis des Targets deklariert werden könnte.

PFLICHT ZUR INFORMATIONSBESCHAFFUNG?

Darüber hinaus stellt sich die Frage, inwieweit die Geschäftsführung des Targets zukünftig eine Beschaffungspflicht für die vom Gesetz verlangten Informationen trifft. Besonders offensichtlich wird dieses Problem bei der Information über die Absichten des potentiellen Erwerbers im Hinblick auf die künftige Geschäftstätigkeit des Unternehmers sowie die sich daraus ergebenden Auswirkungen auf die Arbeitnehmer.

Bislang herrschte weitgehend Einigkeit darüber, dass der Unternehmer Informationen, über die er selbst nicht verfügt, nicht erst beschaffen oder produzieren muss, um seinen Unterrichtungspflichten zu genügen. In Konzernstrukturen wird konzernangehörigen Unternehmen von der Rechtsprechung jedoch in zunehmendem Maße verweigert, sich darauf zu berufen, dass die Entscheidungen letztlich von der Muttergesellschaft getroffen werden. Danach stehen Unterlagen dem Arbeitgeber auch dann zur Verfügung, wenn sie lediglich den Gesellschaftern und nicht den Geschäftsführern bzw. Vorständen der Gesellschaft zur Verfügung stehen.

Beim Verkauf eines Konzerns werden die einzelnen Unternehmen ebenfalls über die von § 106 BetrVG verlangten Informationen ganz oder teilweise nicht verfügen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Rechtsprechung auch hier eine Pflicht der einzelnen Unternehmensführungen zur Einholung der Informationen bei der Konzernspitze annehmen wird. Eine zwischen einzelnen Targets abgestimmte, widerspruchsfreie Kommunikation wird für den Erfolg der Transaktion dann unerlässlich sein.

FOLGEN EINES VERSTOSSES GEGEN DIE UNTERRICHTUNGSPFLICHT

Eine unterbliebene, verspätete, wahrheitswidrige oder unzureichende Information des Wirtschaftsausschusses stellt gemäß § 121 BetrVG eine Ordnungswidrigkeit dar, die mit einer Geldbuße von bis zu € 10.000 geahndet werden kann.

Fühlt sich der Wirtschaftsausschuss nicht, nicht rechtzeitig oder nur unzureichend informiert, kann der Betriebsrat darüber hinaus die Einigungsstelle anrufen, die dann verbindlich über die Verpflichtung zur

Erteilung der gewünschten Information oder zur Vorlage der geforderten Unterlagen entscheidet. Der Spruch der Einigungsstelle – einschließlich der Frage, ob die Gefährdung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen einer Auskunft durch das Unternehmen entgegensteht – ist vom Arbeitsgericht im vollen Umfang rechtlich überprüfbar.



Dr. Kerstin Schmidt
kerstin.schmidt@lovells.com

Bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über den Umfang und den richtigen Zeitpunkt der Unterrichtung wird der Transaktionsprozess jedoch in aller Regel beendet sein, so dass sich ein Großteil der eingeleiteten Einigungsstellen- und Beschlussverfahren durch Zeitablauf erledigen wird. Eine einstweilige Verfügung, gerichtet auf die Offenlegung vorenthaltener Informationen, kommt – zumindest nach bisheriger Rechtsprechung – in aller Regel nicht in Betracht. Dies gilt jedenfalls dann, wenn das Unternehmen die Offenlegung unter Hinweis auf das Vorliegen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen verweigert hat.

FAZIT

In seiner derzeitigen Form wirft der Entwurf des Risikobegrenzungsgesetzes eine Vielzahl von Einzelfragen auf, deren Beantwortung der Gesetzgeber bislang schuldig geblieben ist. Nach jüngsten Informationen ist eine Überarbeitung und Präzisierung des Entwurfs – zumindest im Hinblick auf die §§ 106, 109a BetrVG – auch nicht mehr zu erwarten. Die Folge wird eine steigende Zahl von Einigungsstellen- und Beschlussverfahren sein.

Letztlich werden die Arbeitnehmervertretungen aber auch nach Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes den Verkauf des Unternehmens weder verhindern noch verzögern können. Ein echtes Mitbestimmungsrecht wird durch das Risikobegrenzungsgesetz nämlich nicht geschaffen. Auch wird der Verkauf bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über den Umfang des Informationsanspruchs in den meisten Fällen bereits zu einem endgültigen Ergebnis gelangt sein.

Nimmt man die geplante Änderung des § 106 Abs. 2 und 3 BetrVG und die Einführung des § 109a BetrVG jedoch ernst, wird im Transaktionsprozess ein geändertes Verhalten gegenüber den Arbeitnehmervertretungen und womöglich auch gegenüber den Kaufinteressenten unumgänglich.

Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht

Das Bundesjustizministerium hat am 7. Januar 2008 einen Referentenentwurf eines „Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen“ vorgelegt. Geregelt werden soll mit dem geplanten Gesetz (i) das auf eine Gesellschaft anwendbare nationale Recht, (ii) das auf Umwandlungen von Gesellschaften anwendbare Recht sowie (iii) der Wechsel des anwendbaren Rechts (grenzüberschreitender Rechtsformwechsel).

HINTERGRUND

Trotz der zentralen Bedeutung gibt es derzeit im deutschen internationalen Privatrecht keine geschriebenen Regelungen für die Frage, welches Recht auf Gesellschaften, Vereine und juristische Personen des Privatrechts anzuwenden ist. Daraus resultieren Unsicherheiten bei der Frage des anzuwendenden Rechts, wenn Gesellschaften grenzüberschreitend tätig sind. Die beabsichtigten Neuregelungen sollen künftig eine eindeutige Bestimmung des jeweils anwendbaren Rechts zulassen.

In der deutschen Rechtspraxis wurde lange Zeit an den tatsächlichen Verwaltungssitz der Gesellschaft und das dort geltende Recht angeknüpft (sog. Sitztheorie). Der Verwaltungssitz ist derjenige Ort, an welchem sich die Hauptverwaltung der Gesellschaft befindet, wo mithin nach außen erkennbar die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden. Auf das Recht, nach dem die Gesellschaft gegründet wurde (sog. Gründungstheorie), kam es dagegen nicht an. Dies hatte zur Folge, dass eine nach ausländischem Recht errichtete Gesellschaft mit Hauptsitz in Deutschland nicht wirksam am Rechtsverkehr teilnehmen konnte, wenn sie nicht gleichzeitig auch die deutschen gesellschaftsrechtlichen Vorgaben einhielt. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) sieht darin einen Widerspruch zu der innerhalb der EU gewährleisteten Niederlassungsfreiheit (Artikel 43 und 48 EG-Vertrag) und hat diese mit zwei Urteilen aus den Jahren 2002 („Überseering“) und 2003 („Inspire Art“)

für Gesellschaften innerhalb der EU neu definiert. Gegenstand der Entscheidungen war der Zuzug von Gesellschaften aus dem EU-Ausland. Der EuGH hat sich in beiden Urteilen für ein weites Verständnis der primären Niederlassungsfreiheit ausgesprochen und jede Beschränkung des Zuzugs durch nationales Recht für unwirksam erklärt (mit der Ausnahme von Beschränkungen aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls). Damit sind Gesellschaften aus dem EU-Ausland beim Zuzug nach Deutschland als solche rechts- und parteifähig. Der EuGH hat jedoch deutlich gemacht, dass er an seiner Rechtsprechung zu Wegzugsbeschränkungen („Daily Mail“, 1988) festhält. Bei solchen Wegzugsbeschränkungen handelt es sich um Fälle der Inländerdiskriminierung, die von den Diskriminierungsverboten des EG-Vertrages grundsätzlich nicht erfasst werden. Damit gilt für deutsche Kapitalgesellschaften immer noch, dass bereits der Beschluss, den tatsächlichen Verwaltungssitz ins Ausland zu verlegen, einen Auflösungsbeschluss darstellt, an den sich die Abwicklung der Gesellschaft anschließt.

UMSETZUNG EUROPARECHTLICHER VORGABEN

Der Referentenentwurf greift diese europarechtlichen Vorgaben auf. Dadurch könne die nötige Flexibilität und Mobilität der Unternehmen bei der Gestaltung ihrer gesellschaftsrechtlichen Strukturen künftig gewährleistet werden, zudem leiste man gleichzeitig einen wichtigen Beitrag zur Rechtssicherheit bei grenzüberschreitenden Handels- und Wirtschaftsbeziehungen. Im Hinblick auf die oben erwähnte Wegzugsbeschränkung deutscher Gesellschaften ist ergänzend zu bemerken, dass der Regierungsentwurf eines „Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)“ vom 23. Mai 2007 vorsieht, dass deutsche GmbHs und Aktiengesellschaften ihren Verwaltungssitz ins Ausland verlegen können, ohne ihre Rechtsfähigkeit zu verlieren. Die Wettbewerbsfähigkeit der Rechtsformen

GmbH und AG kann damit parallel entsprechend gestärkt werden.

Die vorgesehenen Regelungen des Referentenentwurfs zum internationalen Gesellschaftsrecht erstrecken die Anwendbarkeit des Gründungsrechts auch auf Gesellschaften, Vereine und juristische Personen, die nicht der EU oder dem Europäischen Wirtschaftsraum angehören. Dies soll die Rechtsanwendung weiter erleichtern und eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung von Gesellschaften aus verschiedenen Staaten vermeiden.

KERNELEMENTE DES REFERENTENENTWURFS

Der Referentenentwurf enthält folgende Kernelemente:

- Gesellschaften, Vereine und juristische Personen unterliegen dem Recht des Staates, in dem sie in ein öffentliches Register eingetragen sind (Gesellschaftsstatut). So ist auf eine englische Limited grundsätzlich englisches Recht anwendbar, auch wenn diese ausschließlich in Deutschland geschäftlich tätig ist.
- Das Gesellschaftsstatut gilt insbesondere für Fragen der inneren Verfassung der Gesellschaft und ihres Auftretens im Rechtsverkehr sowie für die Haftung der Gesellschaft und ihrer Mitglieder.
- Die Voraussetzungen, das Verfahren und die Wirkungen der Umwandlung einer Gesellschaft, eines Vereins oder einer juristischen Person richten sich für jeden der beteiligten Rechtsträger künftig nach dem Recht des Gründungsstaates. Die Kumulation der beteiligten Rechtsordnungen entspricht den Regelungen der EU-Verschmelzungsrichtlinie, in deren Umsetzung Vorschriften über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften im Jahre 2007 in das Umwandlungsgesetz eingefügt wurden.
- Die Gesellschaft kann unter Wahrung ihrer Identität dem Recht eines anderen Staates unterstellt werden (grenzüberschreitender Rechtsformwechsel). So könne beispielsweise eine deutsche GmbH unter bestimmten Voraussetzungen ihren Sitz nach Frankreich verlegen, indem sie sich als „Société à

responsabilité limitée“ (S.à r.l.) in das französische Register eintragen und im deutschen Handelsregister löschen lässt. Eine der Voraussetzungen ist dabei allerdings immer, dass die beiden beteiligten Rechtsordnungen den Rechtswechsel zulassen. Ist dies nicht der Fall, so bleiben nur die Auflösung der Gesellschaft und die Neugründung nach den Vorschriften des anderen Staates. Weitere Voraussetzungen können beispielsweise auch die Einhaltung bestimmter Vorschriften zum Schutz von Gläubigern oder Minderheitsgesellschaftern sein.

AUSBLICK UND FAZIT

Die vorgesehenen Regelungen beruhen in wesentlichen Teilen auf Vorarbeiten der Kommission „Internationales Gesellschaftsrecht“ des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht, die vom Bundesministerium der Justiz eingesetzt wurde. Der Referentenentwurf wurde den Ländern, Fachkreisen und Verbänden zur Stellungnahme übersandt. Eine Beschlussfassung im Kabinett ist für das Frühjahr 2008 beabsichtigt. Die geplanten Neuregelungen des Referentenentwurfs schaffen ein wünschenswertes Maß an Rechtssicherheit bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, dies gilt insbesondere im Zusammenspiel mit dem ebenfalls geplanten Wegfall der Wegzugsbeschränkungen für deutsche GmbHs und Aktiengesellschaften durch das MoMiG.



Michael Stein
michael.stein@lovells.com

Risiken bei der Vereinbarung eines Aufgeldes (Agios) in der GmbH

Wer bei Kapitalerhöhungen zusätzlich zur Stammeinlage die Zahlung eines Aufgeldes übernimmt, kann nach einem aktuellen Urteil des BGH unangenehm überrascht werden. Bei der Vereinbarung von Aufgeldern bei einer GmbH sollten der Kapitalerhebungsbeschluss und die Verpflichtung zur Zahlung des Aufgeldes strikt in separaten Urkunden getrennt werden. Andernfalls droht nach dem Urteil des BGH im Falle der Insolvenz der Gesellschaft die Gefahr, dass der Insolvenzverwalter Aufgelder wie ausstehende Stammeinlagen ohne weiteres einfordern kann.

SACHVERHALT

Der Entscheidung (BGH II ZR 216/06 vom 15. Oktober 2007) lag – verkürzt – folgender Sachverhalt zu Grunde: Im Mai 1999 beschlossen die Gesellschafter einer GmbH zu notarieller Niederschrift eine Kapitalerhöhung. In derselben notariellen Urkunde verpflichteten sich die Gesellschafter neben der Übernahme der Stammeinlage jeweils zur Zahlung eines Agios in Höhe von DM 200 je DM 100 übernommener Stammeinlage. Das Agio sollte zu etwa 20 Prozent zusammen mit den Stammeinlagen, darüber hinaus nur nach Anforderung der Geschäftsführung zu zahlen sein. Die Geschäftsführung sollte das Agio nur auf Grund eines entsprechenden Gesellschafterbeschlusses einfordern können. Die Erklärungen, mit der die Gesellschafter die Stammeinlagen übernahmen, enthielten einen Verweis auf die in der notariellen Urkunde vereinbarten Aufgelder. In der Folgezeit zahlten die Gesellschafter die Stammeinlage und die vereinbarten etwa 20 Prozent des Agios ein. Die Kapitalerhöhung wurde in das Handelsregister eingetragen. Im Jahre 2000 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH eröffnet. Der Insolvenzverwalter nahm sodann die Gesellschafter jeweils auf Zahlung des restlichen Agios in Anspruch. Sie verweigerten die Zahlung unter Hinweis auf den fehlenden Gesellschafterbeschluss.

Darüber hinaus erklärten sie in Bezug auf die Vereinbarung des Aufgeldes die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung; sie seien über den Wert der Gesellschaft arglistig getäuscht worden.

„KORPORATIVES AGIO“ VS. „SCHULDRECHTLICHES AGIO“

Der BGH stellte zunächst fest, dass die Aufnahme der Verpflichtung zur Zahlung eines Agios in dieselbe Urkunde, die auch den Kapitalerhebungsbeschluss enthielt, dazu führt, dass das Agio nicht als schuldrechtliches, sondern als korporatives Agio zu behandeln ist. Die Verpflichtung zur Zahlung des korporativen Agios wird mit Eintragung der Kapitalerhöhung verbindlich und kann vom verpflichteten Gesellschafter nicht mehr einseitig beseitigt werden. Insbesondere kann die Verpflichtung nicht mehr angefochten werden. Insoweit orientiert sich der BGH an den Regeln über das in Vollzug gesetzte fehlerhafte Gesellschaftsverhältnis.

Anders als das schuldrechtliche Agio teilt das korporative Aufgeld das Schicksal der Verpflichtung zur Aufbringung der Stammeinlage. Für die Einforderung ausstehender Stammeinlagen gilt schon nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts (ihm folgt der BGH) § 46 Nr. 2 GmbHG im Fall der Insolvenz der Gesellschaft nicht. Durch § 46 Nr. 2 GmbHG, nach dem für die Einforderung ausstehender Stammeinlagen ein Gesellschafterbeschluss erforderlich ist, werden die Gesellschafter grundsätzlich geschützt. Im Fall der Insolvenz wird dieser Schutz außer Kraft gesetzt; eines Gesellschafterbeschlusses bedarf es nicht. Gleiches soll nach Auffassung des BGH für das korporative Agio gelten. Der Insolvenzverwalter bedurfte zur Einforderung des ausstehenden Agios mithin keines Gesellschafterbeschlusses.

FAZIT

Die Entscheidung des BGH überrascht. Die Vorinstanz (OLG Köln 18 U 175/05 vom 17. August 2006, NZG 2007, 108 ff.) hatte das Aufgeld noch als schuldrechtlich qualifiziert und die Klage des Insolvenzverwalters unter Hinweis auf den fehlenden Gesellschafterbeschluss abgewiesen. Die Insolvenz der Gesellschaft hätte anders als im Fall des kooperativen Aufgeldes nicht die Fälligkeit des Aufgeldes herbeigeführt. § 41 Abs. 1 Insolvenzordnung, nach dem (noch) nicht fällige Insolvenzforderungen als fällig behandelt werden, gilt für den umgekehrten Fall (Gesellschaft ist Gläubiger) nicht. Kann der Insolvenzverwalter die Fälligkeitsvoraussetzungen im Falle eines schuldrechtlichen Agios (wie z.B. einen Einforderungsbeschluss der Gesellschafter) nicht herbeiführen, kann er die Gesellschafter aus dem Aufgeld nicht in Anspruch nehmen.

Angesichts der Tragweite der Qualifizierung des Aufgeldes als schuldrechtlich oder kooperativ überrascht es, dass der BGH maßgeblich auf die Form(!) (Aufnahme der Aufgeldverpflichtung in dieselbe Urkunde, in der auch der Kapitalerhöhungsbeschluss enthalten ist) abstellt. Bei allen Investments (insbesondere Venture Capital-Transaktionen), bei denen ein nicht sofort zu zahlendes Aufgeld vereinbart wird, wird daher in der Zukunft darauf zu achten sein, dass die "Form gewahrt" und das Aufgeld in einer anderen Urkunde geregelt wird als Kapitalerhöhungsbeschluss und Übernahmeerklärung. Das Aufgeld wird dann regelmäßig als schuldrechtlich zu qualifizieren sein, so dass der Insolvenzverwalter das Aufgeld nicht ohne Herbeiführung der Fälligkeitsvoraussetzungen einfordern kann.



Holger Stabenau
holger.stabenau@lovells.com

Ein Blick in das Steuerrecht: Änderung des § 42 AO – Auswirkungen auf steuer- optimierte Gestaltungen

Das Jahressteuergesetz 2008 (JStG 2008) wurde am 28. Dezember 2007 im Bundesgesetzblatt verkündet. Damit ist die intendierte „Präzisierung“ der Vorschrift zur Vermeidung rechtlichen Gestaltungsmissbrauchs pünktlich zum 1. Januar 2008 anwendbar. Dies ist bedeutsam für steueroptimierte Gestaltungen, welche sich an § 42 AO messen lassen müssen. Insbesondere für die gesellschaftsrechtliche Gestaltungspraxis ist die Neuregelung von § 42 AO von Bedeutung. Welche Änderungen sich im Vergleich zur Altregelung ergeben und wie sich diese Änderungen in der Rechtspraxis auswirken können, soll im Folgenden dargestellt werden.

EINLEITUNG

Einer der wichtigsten Bestandteile des JStG 2008 ist die Änderung des § 42 AO, des allgemeinen steuerlichen Missbrauchstatbestands. Das Ziel dieser Änderung ist es, durch eine Verschärfung der Missbrauchsregelung mehr Steuereinnahmen zu erzielen.

In seiner bisherigen Fassung verfügte § 42 AO (a.F.) über einen relativ einfach gefassten Tatbestand. In § 42 Abs. 1 AO a.F. war bisher geregelt, dass bei einem Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten der Steueranspruch so wie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entsteht. Damit war die Rechtsfolge klar, nämlich die Neutralisierung der Umgehung. Eine nähere tatbestandliche Konkretisierung enthielt § 42 AO nicht. Dies war gesetzgeberische Absicht. Der Blankettcharakter sollte die Norm flexibel halten, damit die immer neuen Gestaltungen unter § 42 AO subsumiert werden konnten. Die nähere Ausgestaltung des Tatbestandes überließ der Gesetzgeber daher der Rechtsprechung. In einer Vielzahl von Entscheidungen hat sich der BFH dieser Aufgabe angenommen und im Laufe

der Zeit einige klare Maßgaben entwickelt. Diese werden nun in das Gesetz mit aufgenommen, wobei die Neuregelung teilweise aber auch eine Verschärfung gegenüber der bisherigen Rechtsprechung darstellt.

DIE NEUREGELUNG

Inhaltlich enthält die Neufassung gegenüber der bisherigen Rechtsprechung drei wesentliche Änderungen: Der Gesetzgeber regelt das Verhältnis zu den speziellen Missbrauchsregelungen neu. Zudem wird erstmalig der Begriff des Missbrauchs definiert. Schließlich enthält die Neufassung eine Umkehr der Beweislast für das Vorliegen beachtlicher außersteuerlicher Gründe für die gewählte Gestaltung.

Im Hinblick auf die Rechtsfolgende bleibt alles beim Alten: Wie bisher wird bei Vorliegen einer missbräuchlichen Rechtsgestaltung der Steueranspruch fingiert, „wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entsteht“.

Im Folgenden werden die drei wichtigsten neuen Elemente der Regelung näher dargestellt und analysiert.

1. VERHÄLTNIS ZU SPEZIELLEN MISSBRAUCHSREGELN

Bislang wendete der BFH den § 42 AO auch beim Vorhandensein spezieller Missbrauchsregelungen an. Er ließ aber deren Wertungen einfließen, so dass sich aus § 42 AO keine weitergehenden Rechtsfolgen ergaben („Wertungsvorrang der Spezialnorm“). Die Neufassung bestimmt nunmehr, dass bei Erfüllung des Tatbestands einer speziellen Missbrauchsnorm sich die Rechtsfolgen aus dieser speziellen Regelung ergeben. Das bedeutet, dass entsprechend der bisherigen Rechtsprechung spezielle Missbrauchsnormen

vorrangig anzuwenden sind. Ist der Tatbestand der speziellen Missbrauchsnorm erfüllt, treten die dort genannten Rechtsfolgen ein. Anderenfalls sind die Voraussetzungen von § 42 AO zu prüfen, mit der möglichen Auslösung der dort bestimmten Rechtsfolge. Aus dem Wort „anderenfalls“ ergibt sich, dass die Anwendbarkeit von § 42 AO gesperrt ist, wenn der Tatbestand der speziellen Missbrauchsbe-kämpfungsvorschrift erfüllt ist. Das bedeutet aber auch, dass § 42 AO nicht nur dann anwendbar sein soll, wenn gar keine spezielle Missbrauchsvorschrift vorhanden ist, sondern auch dann, wenn eine solche zwar vorhanden und prinzipiell einschlägig ist, aber in ihrem Tatbestand nicht erfüllt ist.

Fraglich ist, ob bei einer solchen Anwendung des § 42 AO weiterhin der vom BFH entwickelte Wertungsvorrang der speziellen Norm gelten wird. Der neue Wortlaut des § 42 AO ist insofern nicht eindeutig. U.E. verpflichtet der neue Wortlaut den BFH nicht dazu, von seinem bisherigen Verständnis bezüglich des Verhältnisses von § 42 AO zu Spezialregelungen abzuweichen. Dies ist auch sachgerecht, denn spezielle Missbrauchsvorschriften in Einzelsteuergesetzen sind auf ihr jeweiliges Regelungsumfeld abgestimmt und tragen den Besonderheiten des Einzelsteuergesetzes Rechnung. Aufgrund ihrer größeren Sachnähe gebührt ihnen der Vorrang gegenüber der allgemeinen Norm (*lex specialis derogat legi generali*). Wenn der Steuerpflichtige mit seinem Verhalten den Tatbestand dieser speziellen Missbrauchsnorm nicht erfüllt, indiziert dies, dass die gewählte Gestaltung nach dem Regelungskonzept des betreffenden Einzelsteuergesetzes eben nicht als missbräuchlich anzusehen ist. Es käme zu einem Wertungswiderspruch, wenn dieses Ergebnis durch Anwendung des groben Kamms des allgemein gehaltenen § 42 AO wieder relativiert würde. Dies würde zudem zu Rechtsunsicherheit führen.

2. DEFINITION DES MISSBRAUCHS

Die bisherige Vorschrift enthielt keine Definition des Missbrauchs und war daher stark von der Kasuistik geprägt. In § 42 AO ist nunmehr erstmals der Begriff des Missbrauchs legaldefiniert, wenngleich er sich stark an die Rechtsprechung des BFH anlehnt. Dieses Tatbestandsmerkmal ist von zentraler Bedeutung für § 42 AO, weil durch das Konzept des Missbrauchs die tolerierte von der unerwünschten

Steuergestaltung unterschieden wird.

Das Vorliegen des Missbrauchs bestimmt sich ausschließlich nach den Voraussetzungen des § 42 AO. Im Einzelnen sind dies die folgenden Merkmale:

- die Wahl einer unangemessenen rechtlichen Gestaltung,
- die kausal ist für
- einen im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil
- beim Steuerpflichtigen oder einem Dritten, und
- der Steuerpflichtige kann hierfür keine beachtlichen außersteuerlichen Gründe nachweisen.

Dabei ist auf folgende Aspekte hinzuweisen:

UNANGEMESSENE RECHTSGESTALTUNG

Da der BFH bereits unter der Altregelung den Missbrauch nach der Angemessenheit der rechtlichen Gestaltung bestimmt hat, tritt im Ergebnis kein Unterschied zur früheren Rechtslage ein: Nach ständiger Rechtsprechung ist eine rechtliche Gestaltung dann unangemessen, „wenn der Steuerpflichtige die vom Gesetzgeber vorausgesetzte Gestaltung zur Erreichung eines bestimmten wirtschaftlichen Ziels nicht gebraucht, sondern dafür einen ungewöhnlichen Weg wählt, auf dem nach den Wertungen des Gesetzgebers das Ziel nicht erreichbar sein soll.“ (vgl. BFH v. 18. März 2004, II R 25/02, BStBl II 2004, 787). Es ist zu begrüßen, dass es weiterhin auf die Unangemessenheit der Gestaltung ankommen wird. Der Regierungsentwurf hatte nämlich noch vorgesehen, zukünftig auf die Ungewöhnlichkeit der Gestaltung abzustellen. Bei einer solchen Neufassung hätte die Gefahr bestanden, dass allein schon die Neuheit oder Originalität einer Gestaltung den Missbrauchsverdacht auslösen würde. Innovationen wären also in sachwidriger Weise pönalisiert worden. Bei grenz-überschreitenden Sachverhalten innerhalb der EU sind zudem die vom EuGH entwickelten spezifischen Anforderungen zu beachten, wie auch die Gesetzesbegründung mit Hinweis auf die EuGH-Entscheidung *Cadbury Schweppes* anerkennt.

GESETZLICH NICHT VORGESEHENER STEUERVORTEIL NACH VERGLEICH

Der Steuervorteil muss entweder beim Steuerpflichtigen (eigennütziger Vorteil) oder einem Dritten (fremdnütziger Vorteil) anfallen. Erwähnenswert ist, dass der fremdnützige Steuervorteil bisher nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt war. Ausgehend vom Gesetzeswortlaut wird nicht nochmals differenziert, ob der Dritte eine nahe stehende Person des Steuerpflichtigen ist oder nicht. Die sich aufdrängende Frage, ob damit eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Vorschrift in der Rechtspraxis einhergeht, dürfte jedoch zu verneinen sein. Schon bisher wurden insbesondere die Fälle der missbräuchlichen Einkünfteverlagerung auf andere Personen zur Erreichung steuerlicher Vorteile (etwa zwischen Angehörigen) als Umgehungen erfasst. Wäre eine Änderung zur bisherigen Rechtslage beabsichtigt gewesen, hätte man überdies eine entsprechende Aussage in der Gesetzesbegründung können.

3. UMKEHR DER BEWEISLAST

Dem Steuerpflichtigen wird die Beweislast dafür auferlegt, dass seiner Gestaltung beachtliche außersteuerliche Gründe zugrunde liegen. Neu ist, dass hiermit für einen Teil des Tatbestands die Beweislast auf den Steuerpflichtigen übertragen wird. Dies wird damit gerechtfertigt, dass die Gründe für die Gestaltung aus der Sphäre des Steuerpflichtigen stammen und damit von der Finanzverwaltung schwierig zu ermitteln sind.

Diese Beweislastumkehr ist für den Steuerpflichtigen gegenüber der bisherigen Rechtslage nachteilig, denn nunmehr enthält das Gesetz eine widerlegbare gesetzliche Vermutung für das Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs. Bislang oblag es aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes der Finanzverwaltung, den Sachverhalt vollständig aufzuklären, auch hinsichtlich der Gründe für die Wahl der Gestaltung. Allerdings verschlechtert sich die Rechtslage für den Steuerpflichtigen de facto in einem geringeren Maße, als dies auf den ersten Blick der Fall ist. Zum einen wird ihm die Beweislast nicht für den ganzen Tatbestand des § 42 AO aufgebürdet, sondern nur für das Tatbestandsmerkmal der beachtlichen außersteuerlichen Gründe. Zum anderen gab es hinsichtlich dieses Tatbestandsmerkmals bei häufig wiederkehrenden, typischen Gestaltungen schon nach bisheriger Recht-

sprechung des BFH eine Vermutung zu Lasten des Steuerpflichtigen. Konnte der Steuerpflichtige keine derartigen Gründe nennen, durfte die Finanzverwaltung zu seinen Ungunsten von deren Fehlen ausgehen. Sofern eine solche Vermutung bislang aber nicht bestand, handelt es sich in der Tat um eine Verschärfung gegenüber der bisherigen Rechtslage.

FAZIT UND AUSBLICK

Gemessen an den kühnen Reformplänen im Referentenentwurf und auch noch im Regierungsentwurf ist § 42 AO vergleichsweise maßvoll geändert worden. Der Spielraum für steueroptimierte Gestaltungen hat sich deshalb nicht wesentlich verringert. Die wichtigste „echte“ Neuerung ist die partielle Umkehr der Beweislast. Die inhaltliche Präzisierung des Missbrauchsbegriffs hingegen orientiert sich an der Rechtsprechung des BFH und wird deswegen in der Praxis keine großen Auswirkungen haben. Auch das Verhältnis des § 42 AO zu speziellen Missbrauchsbekämpfungsregeln in den steuerlichen Einzelgesetzen wird sich durch die Neufassung in der Praxis vermutlich nicht ändern, wenn der BFH bei den von ihm entwickelten Grundsätzen bleibt (was ihm die gesetzliche Neufassung ermöglicht). Gleichwohl zeigt sich das grundsätzliche Bestreben des Fiskus, in Zukunft stärker gegen Steuergestaltungen vorzugehen. Bedeutsam wäre in dem Zusammenhang die Einführung einer Anzeigepflicht für bestimmte grenzüberschreitende Steuergestaltungen. Über diese war auch im Gesetzgebungsverfahren zum JStG 2008 nachgedacht worden. Es bleibt abzuwarten, ob der Gesetzgeber dieses Thema, mit dem er die ganze Beraterzunft gegen sich aufbrächte, in einem späteren Gesetzgebungsverfahren noch aufgreifen wird.



Dr. Ingmar Dörr
ingmar.doerr@lovells.com



Dr. Daniel Fehling
daniel.fehling@lovells.com

Bei weiterführenden Fragen steht Ihnen unsere Praxisgruppe Tax gerne zur Verfügung.

Kontakt:

Stephan Geibel
stephan.geibel@lovells.com

Lovells Deal News

LOVELLS BERIET EXXONMOBIL BEIM VERKAUF IHRES DEUTSCHEN GASNETZES

Lovells hat ExxonMobil beim Verkauf des deutschen Gasnetzes beraten, das ExxonMobil gemeinsam mit ihrem Joint Venture Partner Shell betreibt. Erworben wurde das Erdgastransportgeschäft der gemeinsamen Tochter BEB Erdgas und Erdöl GmbH von der NV Nederlandse Gasunie. Bedingt durch die zentrale geographische Lage des Gasnetzes in Norddeutschland kommt dem Netz die Funktion einer Drehscheibe im europäischen Erdgastransport zu.

Das Netz der BEB Erdgas und Erdöl GmbH umfasst ca. 3.100 km Hochdruckleitungen und transportiert ein Volumen von ca. 30 Mrd. Kubikmetern Erdgas.

BEB Erdgas und Erdöl GmbH ist einer der größten deutschen Erdgasproduzenten und betreibt auch weiterhin das Explorations-, Produktions- und Speichergeschäft.

Federführung bei Lovells:

Matthias Hirschmann, LL.M. (L.S.E.),
matthias.hirschmann@lovells.com

LOVELLS BERIET BROSE BEIM ERWERB DER ELEKTROMOTOREN-SPARTE DER CONTINENTAL AG

Lovells hat den Coburger Autozulieferer Brose beim Erwerb der Elektromotoren-Sparte der Continental AG juristisch begleitet. Die Akquisition erfolgte im Rahmen eines Asset Deals sowie partiell in Form eines Share Deals. Über den Kaufpreis wurde Stillschweigen vereinbart. Der Zusammenschluss steht noch unter dem Vorbehalt der Freigabe durch die EU-Kommission und verschiedener nationaler Kartellbehörden.

Die Transaktion umfasst die bisherige Siemens-VDO-Sparte Electric Motor Drives und das Kühlerlüftungsgeschäft der Continental AG. Brose übernimmt damit die Aktivitäten der Business Unit Electric Motor Drives an den Standorten Würzburg und Berlin sowie die Entwicklungsbüros in Nürnberg sowie den Standort Oldenburg. Hinzukommen weitere sechs Werke in Frankreich, den USA, Mexiko und China.

Zudem gehen einzelne Produktionslinien an den Standorten in Tschechien, Ungarn und Brasilien an Brose über. Insgesamt werden rund 4200 Mitarbeiter der Elektromotoren-Sparte übernommen.

Mit diesem Erwerb führte Brose die bislang größte Transaktion ihrer Unternehmensgeschichte durch.

Federführung bei Lovells:

Dr. Wolfgang Hess, *wolfgang.hess@lovells.com*

LOVELLS BERIET DEN SÜDDEUTSCHEN VERLAG BEI DESSEN VERKAUF

Lovells hat den Süddeutschen Verlag bei dessen Verkauf beraten. Die schon zuvor beteiligte Südwestdeutsche Medienholding (SWMH) setzte sich gegenüber verschiedenen Bietern durch. Pressemitteilungen war bereits zu entnehmen, dass die Verlage Dumont Schauberg, Holtzbrinck, die WAZ-Gruppe und auch Investoren wie Goldman Sachs, Veronis Suhler Stevenson und 3i zum Bieterkreis gehört haben.

Der Verkauf zog sich über Monate hin. Grund hierfür war die Auseinandersetzung zwischen Gesellschaftergruppen über den Fortgang des Verkaufsprozesses, was unter anderem einen (letztlich erfolglosen) Versuch der SWMH beinhaltete, im Wege der einstweiligen Verfügung die Durchführung einer Vendor Due Diligence zu verhindern.

Die noch laufenden Gerichtsverfahren sollen nach Vollzug der Transaktion, die bis Ende Februar erwartet wird, erledigt werden.

Federführung bei Lovells:

Dr. Michael Witzel, *michael.witzel@lovells.com*
Andreas Thun, *andreas.thun@lovells.com*

LOVELLS BERIET INTERSEROH BEIM KAUF DER MEHRHEIT AN EUROPE METALS

Lovells hat den Stahlschrott-Recycler Interseroh beim Kauf der Mehrheit an dem niederländischen Metallhändler Europe Metals sowie dessen Hongkonger Tochtergesellschaft Euro Metal Asia beraten. Die beiden übernommenen Gesellschaften erwirt-

schafteten im vergangenen Jahr einen Umsatz von rund € 200 Millionen.

Federführung bei Lovells:

Dr. Christoph Louven, christoph.louven@lovells.com
Dr. Tobias Böckmann, tobias.boeckmann@lovells.com

LOVELLS BERIET DIE NOVELL GROUP BEIM SPIN-OFF VON CAMBRIDGE TECHNOLOGY PARTNERS (SWITZERLAND) SA

Novell, das an der amerikanischen NASDAQ gelistete Technologie-Unternehmen, hat im Zuge des strategischen Rückzugs aus dem Beratungsgeschäft die Cambridge Technology Partners (Switzerland) SA, eines der führenden IT-Beratungsunternehmen auf dem Schweizer Markt, veräußert. Novell hatte das Unternehmen 2001 erworben.

Federführung bei Lovells:

Dr. Christoph Louven, christoph.louven@lovells.com
Dr. Tobias Böckmann, tobias.boeckmann@lovells.com

LOVELLS BERIET DIE ROSENTHAL AG BEI IHRER KAPITALERHÖHUNG

Die Rosenthal AG hat zur nachhaltigen Sicherung der Ertragskraft das Grundkapital von € 24.542.010,30 um € 2.454.175,47 auf € 26.996.185,77 durch Ausgabe von 95.999 neuen, auf den Namen lautenden Stückaktien mit voller Gewinnanteilsberechtigung für das Geschäftsjahr 2007/2008 gegen Bareinlagen erhöht. Die neuen Aktien wurden den Aktionären der Gesellschaft zum Ausgabepreis von € 104,00 zum Bezug im Verhältnis 10:1 (nach teilweise Bezugsrechtsverzicht der Muttergesellschaft Waterford Wedgwood) angeboten. Die Kapitalerhöhung wurde von der Waterford Wedgwood garantiert und von ihr auch fast vollständig übernommen.

Federführung bei Lovells:

Rainer Süßmann, rainer.suessmann@lovells.com

LOVELLS BERIET DIE FRISÖR KLIER GRUPPE BEIM PFLICHTANGEBOT AN DIE AKTIONÄRE DER ESSANELLE HAIR GROUP AG

Die Saxonia Holding, Muttergesellschaft der Frisör Klier hielt nach börslichen Zuerwerben zusammen mit den von der Frisör Klier GmbH gehaltenen Aktien 33% des Grundkapitals der ESSANELLE HAIR GROUP AG, der einzigen börsennotierten Friseurgesellschaft. Das am 14. Februar 2008 endende Pflichtangebot der Saxonia Holding wurde mit ca. 54% des Grundkapitals angenommen, so dass die Saxonia Holding mit den Aktien der Tochtergesellschaft nunmehr ca. 90% des Grundkapitals der ESSANELLE HAIR GROUP AG hält.

Federführung bei Lovells:

Rainer Süßmann, rainer.suessmann@lovells.com

e-Newsletter

Lovells LLP
Janek Weigl

Telefax: +49 89 29012 222
janek.weigl@lovells.com

Wenn Sie oder Mitarbeiter anderer Fachabteilungen an weiteren, kostenlosen e-Newslettern von Lovells interessiert sind, bitten wir unter Nutzung dieses Formulars um kurze Mitteilung oder einen Hinweis per E-Mail an janek.weigl@lovells.com.

Bitte senden Sie mir den e-Newsletter*

- Arbeitsrecht
- E-Commerce
- Energy
- Financial Services
- Immobilienrecht
- Intellectual Property (IP)
- IT
- Medien

in Zukunft per E-Mail an:

Firma _____

Name _____

Position _____

Straße _____

PLZ/Ort _____

E-Mail (zwingend) _____ @ _____

*Diese e-Newsletter von Lovells LLP erscheinen kostenlos in regelmäßigen Abständen per E-Mail in deutscher Sprache. Wenn Sie am Weiterbezug eines e-Newsletters nicht mehr interessiert sein sollten, können Sie jederzeit eine E-Mail an Ihren Ansprechpartner bei Lovells oder die Absenderadresse des jeweiligen Newsletterversenders schicken. Sie werden dann umgehend aus den Verteilerlisten genommen.

Ihre Ansprechpartner

DÜSSELDORF

Kennedydamm 17

40476 Düsseldorf

Tel: +49 211 13 68-0

Fax: +49 211 13 68-100

Kontakt: Dr. Christoph Louven

Email: christoph.louven@lovells.com

FRANKFURT

Untermainanlage 1

60329 Frankfurt am Main

Tel: +49 69 962 36-0

Fax: +49 69 962 36-100

Kontakt: Dr. Tim Oliver Brandi

Email: tim.brandi@lovells.com

HAMBURG

Alstertor 21

20095 Hamburg

Tel: +49 40 419 93-0

Fax: +49 40 419 93-200

Kontakt: Dr. Andreas H. Meyer

Email: andreas.meyer@lovells.com

MÜNCHEN

Karl-Schornagl-Ring 5

80539 München

Tel: +49 89 290 12-0

Fax: +49 89 290 12-222

Kontakt: Dr. Michael Witzel

Email: michael.witzel@lovells.com

Lovells Büros weltweit

EUROPE

ALICANTE

Lovells (Alicante)
Limited & Cia
Tel: +34 965 1383 00
Fax: +34 965 1383 03

MADRID

Lovells LLP
Tel: +34 91 349 82 00
Fax: +34 91 349 82 01

ZAGREB*

Bogdanovic, Dolicki
& Partners
Tel: +385 1 6 00 56 56
Fax: +385 1 6 00 56 57

PEKING

Lovells
Tel: +86 10 8518 4000
Fax: +86 10 8518 1656

AMSTERDAM

Lovells LLP
Tel: +31 20 55 33 600
Fax: +31 20 55 33 777

MAILAND

Lovells Studio Legale
Tel: +39 02 7202521
Fax: +39 02 72025252

UNITED STATES

SCHANGHAI

Lovells
Tel: +86 21 6138 1688
Fax: +86 21 6279 2695

BRÜSSEL

Lovells LLP
Tel: +32 2 647 06 60
Fax: +32 2 647 11 24

MOSKAU

Lovells CIS
Tel: +7 495 933 3000
Fax: +7 495 933 3001

CHICAGO

Lovells LLP
Tel: +1 312 832 4400
Fax: +1 312 832 4444

SINGAPUR

Lovells
Tel: +65 6538 0900
Fax: +65 6538 7077

BUDAPEST*

Partos & Noblet
Tel: +36 1 505 4480
Fax: +36 1 505 4485

MÜNCHEN

Lovells LLP
Tel: +49 89 290 12 0
Fax: +49 89 290 12 222

NEW YORK

Lovells LLP
Tel: +1 212 909 0600
Fax: +1 212 909 0660

TOKIO

Lovells Horitsu Jimusho
Gaikokuho Kyodo Jigyo
Tel: +81 3 5157 8200
Fax: +81 3 5157 8210

DÜSSELDORF

Lovells LLP
Tel: +49 211 13 68 0
Fax: +49 211 13 68 100

PARIS

Lovells LLP
Tel: +33 1 53 67 47 47
Fax: +33 1 53 67 47 48

ASIEN

FRANKFURT AM MAIN

Lovells LLP
Tel: +49 69 962 36 0
Fax: +49 69 962 36 100

PRAG

Lovells (Prague) LLP
Tel: +420 221 411 700
Fax: +420 224 210 004

DUBAI

Lovells (Middle East) LLP
Tel: +971 4 304 5555
Fax: +971 4 304 5550

HAMBURG

Lovells LLP
Tel: +49 40 419 93 0
Fax: +49 40 419 93 200

ROM

Lovells Studio Legale
Tel: +39 06 6758231
Fax: +39 06 67582323

HO-CHI-MINH-STADT

Lovells LLP
Tel: +84 8 829 5100
Fax: +84 8 829 5101

LONDON

Lovells LLP
Tel: +44 20 7296 2000
Fax: +44 20 7296 2001

WARSCHAU

Lovells H Seisler sp.k.
Tel: +48 22 529 29 00
Fax: +48 22 529 29 01

HONGKONG

Lovells
Tel: +852 2219 0888
Fax: +852 2219 0222

