

Februar 2013



IN DIESER AUSGABE

Intro	S. 1
OLG Stuttgart zum Umfang der Überwachungspflichten eines Aufsichtsratsmitglieds	S. 1
BGH: Keine Gleichsetzung des übernahmerechtlichen Kontrollbegriffs mit dem aktienrechtlichen Begriff der Abhängigkeit	S. 2
BGH: Einbringung einer Bereicherungsforderung aus fehlender Kapitalerhöhung erfüllt Voraussetzungen einer verdeckten Sacheinlage	S. 3
OLG Düsseldorf zur Haftung des Verkäufers einer Vorratsgesellschaft bei wirtschaftlicher Neugründung	S. 5
BAG: Betriebsübergang bereits bei Übernahme von mehr als der Hälfte der Belegschaft	S. 6
Modernisierung in Permanenz – Der Aktionsplan Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance	S. 7
Staatsfonds: Neue Entwicklungen und Strategien	S. 8
BMJ ebnet den Weg zu einem Insolvenzrecht für Konzerne	S. 10
Update: Umsetzung der AIFM-Richtlinie	S. 11
Änderungen bei der ertragsteuerlichen Organschaft	S. 12
Ihre Ansprechpartner	S. 14

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich freue mich Ihnen die erste Ausgabe unseres Newsletters in 2013 präsentieren zu dürfen. Wie gewohnt erwartet Sie ein breites Spektrum an praxisrelevanten Themen aus dem Bereich M&A / Gesellschaftsrecht.

Hinweisen möchte ich Sie zunächst auf den Aktionsplan "Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance". Er bietet Anlass, die von der Europäischen Kommission für 2013 angekündigten Initiativen in dieser Ausgabe des Newsletters einem ersten Praxistest zu unterziehen. Hervorheben möchte ich auch die Besprechung einer Entscheidung zum transaktionsbezogenen Arbeitsrecht, in der das Bundesarbeitsgericht den Zusammenhang zwischen dem Qualifikationsniveau der Belegschaft und einem Betriebsübergang präzisiert hat.

In der Hoffnung, dass auch die aktuelle Ausgabe unseres Newsletters Ihr Interesse findet,

verbleibe ich mit den besten Grüßen
Ihr Alfred Kossmann



OLG Stuttgart zum Umfang der Überwachungspflichten eines Aufsichtsratsmitglieds

Das OLG Stuttgart hat mit Beschluss vom 19. Juni 2012 (Az.: 20 W 1/12) entschieden, dass von einem Aufsichtsrat grundsätzlich nicht die Überwachung des Vorstands in allen Einzelheiten zu erwarten ist. In Krisenzeiten oder bei neu gegründeten Gesellschaften können die Überwachungspflichten aber gesteigert sein.

Sachverhalt

Der Insolvenzverwalter einer AG verlangt Prozesskostenhilfe. Er will für die AG gegen ehemalige Aufsichtsratsmitglieder auf Schadensersatz klagen. Die AG sollte das Unternehmen eines Einzelkaufmanns übernehmen. Ende Januar 2008 wurde die AG eingetragen und meldete Ende August Insolvenz an. Der Kaufmann war der Vorstand der AG. Der Insolvenzverwalter warf den Aufsichtsräten u.a. vor, verschiedene Zahlungen der AG nicht verhindert und Ansprüche gegen den Vorstand als Vertragspartner der AG (§ 112 AktG) nicht verfolgt zu haben. Der Antrag des Insolvenzverwalters auf Prozesskostenhilfe wurde vom LG Tübingen zurückgewiesen. Die gegen diesen Beschluss eingelegte sofortige Beschwerde des Antragstellers blieb ebenfalls erfolglos. Die Rechtsbeschwerde wurde vom OLG Stuttgart nicht zugelassen. Damit ist der Beschluss rechtskräftig geworden, denn – anders als bei der Revision – ist eine Nichtzulassungsbeschwerde im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht vorgesehen.

Keine Überwachung in allen Einzelheiten

Nach Ansicht des Senats ist es grundsätzlich weder zulässig noch zu erwarten, dass der Aufsichtsrat alle Einzelheiten der Geschäftsführung überwacht. Er muss einzelne Forderungen, Zahlungseingänge oder die Buchhaltung nicht im Detail prüfen. Berichte anfordern und an dem Vorstand vorbei Nachforschungen anstellen muss er nur, wenn die vorhandenen Berichte unklar, offenbar unvollständig oder unrichtig sind oder wenn der Aufsichtsrat einen begründeten Verdacht auf ein Fehlverhalten des Vorstands hat.

In Krisenzeiten oder bei Anhaltspunkten für Pflichtverletzungen, insbesondere bei existenzgefährdenden Geschäftsführungsmaßnahmen, muss aber intensiver kontrolliert werden. Dies trifft auch bei neu gegründeten Gesellschaften zu. Nach Ansicht des OLG Stuttgart kann daher bei einer (drohenden) Krise und insbesondere einer (drohenden) Zahlungsunfähigkeit Anlass bestehen, auch einzelne Maßnahmen, wie z.B. Zahlungseingänge, zu prüfen und nachzuhalten.

Beweislastverteilung für Schadensersatzansprüche

Das OLG Stuttgart hält fest, dass den Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast dafür trifft, dass und inwieweit der AG durch ein möglicherweise pflichtwidriges Verhalten des Aufsichtsratsmitglieds in dessen Pflichten-



kreis ein Schaden entstanden ist. Demgegenüber hat das Aufsichtsratsmitglied darzulegen und zu beweisen, dass es seinen Sorgfaltspflichten genügt hat oder es kein Verschulden trifft (§§ 116 Satz 1, 93 Abs. 2 Satz 2 AktG) oder dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Alternativverhalten eingetreten wäre. Dies gilt auch, wenn der Vorwurf im Unterlassen einer Maßnahme liegt.

Bewertung und Bedeutung für die Praxis

Das OLG Stuttgart setzt im Hinblick auf die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast den von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung eingeschlagenen Weg konsequent fort. Der Insolvenzverwalter hätte daher darlegen und

beweisen müssen, dass pflichtwidrige Handlungen der früheren Aufsichtsratsmitglieder der Insolvenzschuldnerin kausal für den geltend gemachten Schaden waren.

Für eine Anwendung der Beweislastumkehr nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG zulasten des Aufsichtsrats sah der erkennende Senat keinen Anlass. Zwar wird in den Entscheidungsgründen betont, dass grundsätzlich lediglich ein "möglicherweise" pflichtwidriges Verhalten vom Antragsteller darzulegen und zu beweisen sei. Letztlich ließ der Senat den Schadensersatzanspruch hier jedoch bereits daran scheitern, dass der Insolvenzverwalter die Anspruchsvoraussetzungen nicht lückenlos darlegen und beweisen konnte. Der Beweislastumkehr nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG kommt daher nach der Entscheidung des OLG Stuttgart nur eine geringe praktische Bedeutung zu.

Zu begrüßen ist die Klarstellung des OLG, dass der Aufsichtsrat im Normalfall nicht dazu verpflichtet ist, die gesamte Geschäftsführung des Vorstands bis ins letzte Detail zu überwachen. Für den Krisenfall deutet das OLG Stuttgart hingegen an, dass der Aufsichtsrat auch vor der Prüfung einzelner Buchungs- und Zahlungsvergänge – ggf. auch am Vorstand vorbei – nicht Halt machen darf. In der Krise wird auch nach dieser Entscheidung der Aufsichtsrat immer stärker dem Vorstand angenähert.

BGH: Keine Gleichsetzung des übernahmerechtlichen Kontrollbegriffs mit dem aktienrechtlichen Begriff der Abhängigkeit

Der BGH hat mit Urteil vom 15. Dezember 2011 (Az.: I ZR 129/10) erstmalig den in § 29 Abs. 2 WpÜG geregelten formalen Kontrollbegriff gegenüber dem konzernrechtlichen Begriff der Abhängigkeit i.S.d. § 17 AktG abgegrenzt.

Sachverhalt

Die beklagte Deutsche Post AG verteilt jede Woche über ihre Zusteller die Postwurfsendung "Einkauf Aktuell". Darin sind neben Werbung auch redaktionelle Beiträge enthalten. Größter Einzelaktionär der Beklagten ist mit einem Anteil von 30,5% die Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW), an der der Bund zu 80% und die Länder zu 20% beteiligt sind. Aufgrund dieser Eigentümerstruktur gehen die Kläger, bei denen es sich um die Interessenverbände der Zeitungsverleger und Anzeigenblätter handelt, von einer Verletzung des Gebots der Staatsferne der Presse aus. Sie nahmen daher die Beklagte wegen Verstoßes gegen eine Marktverhaltensregelung i.S.d. § 4 Nr. 11 UWG in Anspruch und verlangten die Untersagung der

Verbreitung diverser redaktioneller Rubriken der "Einkauf Aktuell". In den Vorinstanzen sind die Kläger erfolglos geblieben.

Grundaussagen des Gerichts

Der BGH wies die Revision ebenfalls zurück. Abweichend vom Berufungsgericht stellte der erkennende Senat zwar klar, dass das aus Art. 5 Abs. 2 Satz 1 GG abzuleitende Gebot der Staatsferne der Presse eine Marktverhaltensregelung i.S.d. § 4 Nr. 11 UWG darstelle. Jedoch scheiterte der von den Klägern geltend gemachte Unterlassungsanspruch daran, dass die Beklagte nicht Adressatin dieses Gebots sei, da Bund und Länder mit ihrem Anteil von 30,5% die Beklagte nicht beherrschen. Die Herausgabe und Gestaltung der "Einkauf Aktuell" stelle daher kein staatliches Handeln dar.

Zur Begründung führte der BGH an, dass ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen dann von seinen öffentli-

chen Anteilseignern beherrscht werde, wenn die öffentliche Hand mehr als die Hälfte seiner Anteile hält. Nach der Rechtsprechung des BVerfG habe sich die Grundrechtsverpflichtung dabei nach den entsprechenden zivilrechtlichen Wertungen der §§ 16, 17 AktG zu richten. Der Abhängigkeitstatbestand werde nach § 17 Abs. 2 AktG vermutet, wenn ein Unternehmen im Mehrheitsbesitz eines anderen Unternehmens steht. Dies sei vorliegend unstrittig nicht der Fall.

Zwar könne auch eine Beteiligung unter 50% eine Abhängigkeit i.S.d. § 17 AktG begründen, sofern die abstrakte Möglichkeit einer beständigen, gesellschaftsrechtlich vermittelten Einflussnahme besteht. Dies könne etwa der Fall sein, wenn die Hauptversammlung einer AG aufgrund von Streubesitz erfahrungsgemäß so schlecht besucht ist, dass eine unter 50% liegende Beteiligung ausreicht, um für einen längeren Zeitraum Beschlüsse mit einfacher Mehrheit durchzusetzen. Da die Präsenz bei Hauptversammlungen der Beklagten in den vergangenen Jahren aber immer mindestens 67% betrug, war eine faktische Hauptversammlungsmehrheit für die KfW mit ihrer Beteiligung von 30,5% unerreichbar.

Zudem könne die Abhängigkeit durch die Möglichkeit tatsächlicher Einflussnahme auf den Vorstand und seine Geschäftspolitik verstärkt werden, die ein Großaktionär bei einer Gesellschaft, an der überwiegend Kleinaktionäre beteiligt sind, in hohem Maße ausüben kann. Dies komme etwa in Betracht, wenn der Großaktionär ein oder sogar mehrere Mandate im Aufsichtsrat besetzen kann. Hingegen hielt der BGH den Umstand, dass sich ein Staatssekretär oder ein Vorstandsmitglied der KfW im Aufsichtsrat der Beklagten befindet, nicht für geeignet, eine Beherrschung zu begründen.

Des Weiteren stellt der BGH klar, dass sich eine Beherrschung der Beklagten durch ihre öffentlichen Anteilseig-



ner auch nicht aus § 29 Abs. 2 WpÜG ergebe. Der dort geregelte formale Begriff, wonach Kontrolle das Halten von mindestens 30% der Stimmrechte an der Zielgesellschaft ist, könne nicht mit der Abhängigkeit i.S.d. § 17 AktG oder anderer Bestimmungen gleichgesetzt werden, die an die materielle Beherrschung anknüpfen. § 29 Abs. 2 WpÜG enthalte eine eigenständige, an den Zwecken des WpÜG ausgerichtete Begriffsbestimmung, welche die in anderen Gesetzen verwendeten Kontrollbegriffe unberührt lasse und umgekehrt auch nicht mit den Begriff der konzernrechtlichen Abhängigkeit gleichgesetzt werden könne.

Bedeutung der Entscheidung für die Praxis

Die vom BGH vorgenommene Klarstellung, dass der in § 29 Abs. 2 WpÜG geregelte formale Kontrollbegriff und der Begriff der Abhängigkeit i.S.d. § 17 AktG getrennt voneinander zu beurteilen sind, sorgt für Rechtsicherheit und ist daher zu begrüßen. Dies gilt umso mehr, als allein diese Interpretation auch der Intention des Gesetzgebers entspricht. Darüber hinaus ist die Entscheidung für die gesellschaftsrechtliche Praxis insoweit bedeutsam, als nunmehr feststeht, dass die Beteiligung der öffentlichen Hand an einem Presseunternehmen nicht zu beanstanden ist, solange keine Beherrschung i.S. der zivilrechtlichen Wertungen vorliegt.

BGH: Einbringung einer Bereicherungsforderung aus fehlender Kapitalerhöhung erfüllt Voraussetzungen einer verdeckten Sacheinlage

Der BGH hat mit Beschluss vom 10. Juli 2012 (Az.: II ZR 212/10) klargestellt, dass die erneute Zahlung des Einlagebetrages eines Gesellschafters aus einer Kapitalerhöhung nach Fassung des Kapitalerhebungsbeschlusses verbunden mit der Anweisung, die Zahlung an ihn zur Tilgung seiner Bereicherungsforderung aus einem ersten, fehlgeschlagenen Erfüllungsversuch zurück zu überweisen, eine

verdeckte Sacheinlage in Form des Hin- und Herzählens i.S.d. § 19 Abs. 4 Satz 1 GmbHG darstellt.

Sachverhalt

Die Beklagten sind Alleingesellschafter einer GbR, die alleinige Gesellschafterin einer GmbH war. Mit Beschluss wurde das Stammkapital der GmbH erhöht und die GbR

zur Übernahme des Erhöhungsbetrages zugelassen. Zuvor hatte die GbR ein Darlehen in Höhe von DM 2 Mio. aufgenommen, dessen Betrag sie auf das Konto der GmbH mit dem Vermerk "Stammkapitalerhöhung" eingezahlt hatte. Zum Zeitpunkt des Kapitalerhöhungsbeschlusses war dieser Betrag bereits größtenteils aufgebraucht. Die GbR leistete erneut einen Betrag von DM 2 Mio. mit dem Verwendungszweck "Finanzierung Gesellschaftereinlagen" an die GmbH, der noch am selben Tag an die Darlehensgeberin weitergeleitet wurde, um deren Forderung gegen die GbR zu begleichen. Nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH begehrte der klagende Insolvenzverwalter die nochmalige Zahlung der Einlagen aus der Kapitalerhöhung. Das LG Nürnberg-Fürth wies die Klage ab, das OLG Nürnberg gab ihr statt. Die Nichtzulassungsbeschwerden führten zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückweisung an das OLG Nürnberg.

Grundaussagen des Gerichts

Zur Begründung führte der BGH an, dass die Voreinzahlung der GbR auf die Kapitalerhöhung nicht zum Erlöschen der Einlageforderung führt. Hat der Gesellschafter auf eine geplante Kapitalerhöhung gezahlt, ist aber eine Tilgung seiner Einlageschuld – wie vorliegend – nicht eingetreten, kann er seinen daraus resultierenden Bereicherungsanspruch als (offene) Sacheinlage einbringen. Geschieht dies nicht, liegt eine verdeckte Sacheinlage gem. § 19 Abs. 4 Satz 1 GmbHG vor. Denn bei wirtschaftlicher Betrachtung wird die Einlage nicht durch Geldleistung, sondern durch Einbringen der Bereicherungsforderung erfüllt.

Auch die zweite Zahlung der Einlageverbindlichkeit brachte die Forderung nicht zum Erlöschen. Denn diese ist am selben Tag auf Anweisung der GbR zurückgefließen, um ihren Bereicherungsanspruch gegen die GmbH aus der ersten Zahlung zu erfüllen. Dabei ist unerheblich, dass die GmbH den Betrag nicht unmittelbar an die GbR, sondern an die Darlehensgeberin gezahlt hat.

Diese Art der gegenläufigen Überweisung stellt keinen Fall des Hin- und Herzahlens nach § 19 Abs. 5 GmbHG, sondern eine verdeckte Sacheinlage nach § 19 Abs. 4 GmbHG dar. § 19 Abs. 5 GmbHG betrifft nicht alle Fälle gegenläufiger Zahlungen, sondern nur solche, bei denen die Gesellschaft mit der Rücküberweisung einen vollwertigen und liquiden Anspruch gegen die Gesellschafter erwirbt, was vorliegend nicht der Fall war. Denn die GmbH tilgte durch die Zahlung eine bereits bestehende Verbindlichkeit,

nämlich den Bereicherungsanspruch der GbR, und erwarb gerade keine neue Forderung. Die GbR wollte ihrerseits mit der erneuten Zahlung keine neue Verbindlichkeit eingehen, sondern von ihrer Einlagepflicht befreit werden.



Die Erfüllung der fortbestehenden Geldeinlagepflicht kann bei der vorliegenden "verdeckt verdeckten Sacheinlage" nur nach Maßgabe von § 19 Abs. 4 Satz 3 und 5, § 56 GmbHG gelingen, wenn die GbR nachweist, dass ihre Bereicherungsforderung gegen die Gesellschaft im Zeitpunkt der Anmeldung der Kapitalerhöhung vollwertig, also durch entsprechendes Vermögen der Gesellschaft vollständig abgedeckt war. Dem wird das Berufungsgericht nach Zurückverweisung nachgehen müssen.

Bewertung der Entscheidung

Die Entscheidung des BGH ist zu begrüßen. Sie entspricht der Intention des MoMiG, die Rechtsfolgen verdeckter Sacheinlagen zu entschärfen und setzt die Rechtsprechung des BGH zu Voreinzahlungen auf künftige Kapitalerhöhungen fort. Von hoher praktischer Relevanz ist wegen der unterschiedlichen Anrechnungs- bzw. Befreiungsvoraussetzungen in der vorliegenden Entscheidung die Abgrenzung zwischen § 19 Abs. 4 und § 19 Abs. 5 GmbHG. Während nach § 19 Abs. 4 Satz 3 GmbHG auf die fortbestehende Einlagepflicht der Wert des Vermögensgegenstandes angerechnet wird, stellt § 19 Abs. 5 Satz 1 GmbHG für die Befreiung von der Einlagepflicht auf einen vollwertigen Rückgewähranspruch der Gesellschaft ab. Der Anwendungsbereich des § 19 Abs. 5 GmbHG ist bei einem Hin- und Herzahlen nur dann eröffnet, wenn die Gesellschaft mit der Überweisung an den Gesellschafter einen Anspruch auf Rückzahlung erwirbt. Anderenfalls liegt eine verdeckte Sacheinlage vor, deren Beurteilung sich allein nach § 19 Abs. 4 GmbHG richtet.

OLG Düsseldorf zur Haftung des Verkäufers einer Vorratsgesellschaft bei wirtschaftlicher Neugründung



Die erstmalige Aktivierung einer Vorratsgesellschaft (*Off The Shelf Company*) oder die Reaktivierung einer zuvor stillgelegten, aber nicht liquidierten Mantelgesellschaft (*Shell Company*) wird als "wirtschaftliche Neugründung" bezeichnet. In Fortführung einer Reihe von Entscheidungen des BGH hat das OLG Düsseldorf mit Urteil vom 20. Juli 2012 (Az.: I-16 U 55/11) entschieden, dass auch der Rechtsvorgänger eines Erwerbers einer Vorrats-GmbH für den Ausgleich des Stammkapitals im Falle der Kaduzierung (zwangsweiser Ausschluss des Gesellschafters wegen rückständiger Einlagebeiträge) haftet.

Sachverhalt

Der Gründer einer Vorrats-GmbH verkaufte seine Gesellschaft an einen Dritten. Das bereits voll eingezahlte Stammkapital von EUR 25.000 verwendete der Erwerber der ansonsten vermögenslosen Vorrats-GmbH am Tag der Beurkundung zur Zahlung des Kaufpreises an den Gründer. Unmittelbar im Anschluss führte der Erwerber eine Satzungsänderung durch und gab bei der Handelsregisteranmeldung an, dass es sich im vorliegenden Fall um die Aktivierung einer Vorratsgesellschaft handele. Einige Jahre später wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH eröffnet. Zunächst verlangte der Insolvenzverwalter vom Erwerber (dem aktuellen Gesellschafter) vergeblich die Zahlung der Stammeinlage. Daher erklärte er die Kaduzierung des Geschäftsanteils und nimmt nunmehr den Gründer und Rechtsvorgänger auf Zahlung in Anspruch. Während das LG Wuppertal der Klage des Insolvenzverwalters stattgab, wies das OLG Düsseldorf die dagegen gerichtete Berufung des Beklagten zurück. Die Revision gegen das Urteil wurde nicht zugelassen.

Grundaussagen des Gerichts

Das OLG Düsseldorf hat entschieden, dass der beklagte Gründer der Vorrats-GmbH trotz Verkaufs der Gesellschaft an einen Dritten für den Ausgleich des Stammkapitals haftet. Dies ergebe sich aus der entsprechenden Anwendung der Gründungsvorschriften für eine GmbH in Verbindung mit den Grundsätzen über die Unterbilanzhaftung.

Unterbilanzhaftung

Soweit sich durch Verbindlichkeiten der Vorrats-GmbH eine Differenz zwischen der satzungsmäßigen Stammkapitalziffer und dem Wert des Gesellschaftsvermögens ergibt, haften die Gesellschafter gegenüber der nunmehr aktivierten Vorrats-GmbH anteilig auf Ausgleich. Die Gesellschafter schulden damit nicht die Leistung der Stammeinlage, sondern die Differenz zwischen dem satzungsmäßigen Stammkapital und dem tatsächlich vorhandenen Vermögen der GmbH. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bewertung der Unterbilanz sei grundsätzlich die Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Handelsregister. Dies entspreche dem Sinn und Zweck der entsprechenden Anwendung der Gründungsvorschriften für eine GmbH auf die wirtschaftliche Neugründung, nämlich die Kapitaldeckung bei Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit.

Haftung des Rechtsvorgängers bei Kaduzierung

Eine Haftung für die rückständigen Einlageleistungen treffe nicht nur den aktuellen Gesellschafter der GmbH, sondern wegen der Kaduzierung entsprechend § 22 GmbHG auch den Rechtsvorgänger des Gesellschafters. Das ist in diesem Fall der Gründer der Vorrats-GmbH. Dieser hafte der Gesellschaft bzw. dem Insolvenzverwalter gegenüber für die im Zeitpunkt der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung nicht erfüllte Einlageverpflichtung in Höhe von EUR 25.000. Denn der Erwerber hat den Kassenbestand von EUR 25.000 an den beklagten Gründer gezahlt. Damit stand der Vorrats-GmbH zum Zeitpunkt der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung beim Handelsregister das satzungsmäßige Stammkapital nicht mehr zur freien Verfügung.

Praktische Relevanz und Bewertung

Das Urteil des OLG Düsseldorf zeigt erneut anschaulich die Haftungsrisiken bei der Verwendung von Vorrats- und Mantelgesellschaften auf und konkretisiert sie für den Fall der Kaduzierung.

Ergänzend ist zu beachten, dass der BGH mit Urteil vom 6. März 2012 (Az.: II ZR 56/10) entschieden hat, dass es für den Umfang der Unterbilanzhaftung nicht darauf ankommt, ob die wirtschaftliche Neugründung dem Handelsregister tatsächlich offengelegt worden ist. Sofern eine solche Offenlegung unterbleibt, sei für die Bewertung der Unterbilanz auf denjenigen Zeitpunkt abzustellen, in dem die wirtschaftliche Neugründung erstmals nach außen in Erscheinung getreten ist (z.B. Anmeldung einer Satzungsänderung, Aufnahme des Geschäftsbetriebs), wobei jedoch die Gesellschafter die Darlegungs- und Beweislast dafür tragen, dass zu diesem Zeitpunkt keine Unterbilanz bestanden hat. Darüber hinaus hat der BGH klargestellt, dass auch zukünftige Erwerber der Gesellschaft wegen der Unterbilanz – im Falle einer GmbH – entsprechend § 16 Abs. 2 GmbHG der Gesellschaft gegenüber haften.

Eine besondere Gefahr geht somit von der Reaktivierung von zuvor stillgelegten Mantelgesellschaften aus, die die Rechtsprechung der erstmaligen Aktivierung einer Vorratsgesellschaft gleichstellt. Unerkannte Verbindlichkeiten und Haftungsrisiken aus der Gesellschaftshistorie können hier durchschlagen. Auch bei einer niedrigen Grund- bzw. Stammkapitalziffer ist der Umfang der Haftung nicht begrenzt, weil das für die Unterbilanz anzusetzende Vermögen der Gesellschaft negativ sein kann. Überdies kann die Unterbilanzhaftung entsprechend § 16 Abs. 2 GmbHG jeden Rechtsnachfolger treffen. Insbesondere im Zusammenhang mit M&A-Transaktionen ist bei Verdacht einer Mantelverwendung daher besonderes Augenmerk auf eine hinreichende *Corporate Due Diligence* zu legen.

BAG: Betriebsübergang bereits bei Übernahme von mehr als der Hälfte der Belegschaft

Mit Urteil vom 21. Juni 2012 (Az.: 8 AZR 181/11) hat das BAG klargestellt, dass bereits die Übernahme von etwas mehr als der Hälfte der in einem IT-Service-Betrieb beschäftigten Service-Techniker aufgrund des hohen Qualifikationsgrades dieser Mitarbeiter einen Betriebsübergang auslösen kann.

Sachverhalt

Der Kläger war als Systemtechniker bei einem IT-Dienstleister tätig. Nach Zahlungsunfähigkeit erwarb ein anderes Unternehmen vom Insolvenzverwalter dessen Lagerbestand und Domains und vereinbarte eine Option zum Eintritt in bestehende Service- und Lieferantenverträge. Zugleich übernahm das Unternehmen neben 8 Führungskräften mindestens 50 der zuletzt beschäftigten 80 Arbeitnehmer und führte die IT-Dienstleistungen im selben Umfang fort. Der Kläger berief sich auf die Unwirksamkeit der Kündigung seines Arbeitsverhältnisses durch den Insolvenzverwalter wegen des Betriebsübergangs gemäß § 613 a Abs. 4 BGB und begehrte Weiterbeschäftigung beim Übernehmer des Betriebs.

Grundaussagen der Entscheidung

Auch wenn das BAG aufgrund der Sachverhaltsfeststellungen noch nicht entscheiden konnte, ob das Arbeitsverhältnis des Klägers dem übernommenen Betriebs teil zuzuordnen und damit übergegangen war, hat es in der vorliegenden Konstellation dem Grunde nach einen

Betriebsübergang gem. § 613 a Abs. 1 BGB bejaht. Voraussetzung hierfür ist der identitätswahrende Übergang einer wirtschaftlichen Einheit, was im Wege einer Einzelfallbetrachtung festzustellen ist. In Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung führt das Gericht aus, dass in (betriebsmittellarmen) Branchen, in denen es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, bereits die Übernahme eines nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teils des Personals einen Betriebsübergang auslösen kann. Haben die Arbeitnehmer einen geringen Qualifikationsgrad, muss eine hohe Anzahl von ihnen weiterbeschäftigt werden. Ist ein Betrieb stärker durch Spezialwissen und die Qualifikation der Arbeitnehmer geprägt,



"Allein die Übernahme von mehr als der Hälfte von hochqualifizierten Arbeitnehmern eines Betriebs(teils) kann bereits einen Betriebsübergang auslösen"

Dr. Rainer Thum

kann ausreichen, dass wegen ihrer Sachkunde wesentliche Teile der Belegschaft übernommen werden.

Unter Zugrundelegung dieses Maßstabs reicht nach Ansicht des BAG in IT-Service-Betrieben die Übernahme von mehr als der Hälfte der Belegschaft aus, um einen Betriebsübergang auszulösen. Solche Betriebe sind in besonderer Weise durch die Spezialkenntnisse und Qualifikationen ihrer Mitarbeiter geprägt, da die zu verrichtenden Tätigkeiten nur nach einem Studium oder einer Ausbildung im IT-Bereich und nach Schulungen in Bezug auf einzelne EDV-Produkte ausgeführt werden können. Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zu den Fällen, in denen das BAG die Weiterbeschäftigung von 60% oder zwei Drittel der zuvor beim alten Arbeitgeber beschäftigten Reinigungskräfte oder 61,11% der Wachleute nicht hat genügen lassen, um einen Betriebsübergang anzunehmen.

Praxishinweis

Die Entscheidung erhöht die Rechtssicherheit zu der Frage, wann in betriebsmittelarmen Betrieben allein die Übernahme von Personal einen Betriebsübergang auslösen kann. Während das BAG in Branchen mit geringem

Qualifikationsgrad der Arbeitnehmer (z.B. Reinigungsgerber) bereits mehrfach konkrete Schwellenwerte genannt hatte, war die Rechtsprechung zu Branchen mit hohem Qualifikationsgrad der Arbeitnehmer bislang konturenlos. Nun steht fest, dass im IT-Service-Bereich die Übernahme von bereits mehr als der Hälfte der Belegschaft einen Betriebsübergang auslösen kann. Dies ist insbesondere bei IT-Outsourcing-Projekten zu beachten, die meist mit einer Übernahme eines Teils des Personals des auslagernden Unternehmens durch den Dienstleister verbunden sind. Übernimmt der Dienstleister mehr als die Hälfte der Belegschaft der IT-Abteilung, läuft er Gefahr, dass sich die verbleibenden IT-Mitarbeiter erfolgreich auf einen Betriebsübergang berufen und ebenfalls ihre Übernahme durch den Dienstleister durchsetzen können.

Aber auch in anderen Branchen mit hochqualifizierten Arbeitnehmern, z.B. Forschungs- und Entwicklungsabteilungen, sollte dieser nunmehr vom BAG festgelegte Schwellenwert künftig beachtet werden, wenn die Übernahme von Teilen der Belegschaft, z.B. im Zusammenhang mit einem Joint Venture, beabsichtigt ist.

Modernisierung in Permanenz – Der Aktionsplan Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance

Die Europäische Kommission hat am 12. Dezember 2012 den Aktionsplan "Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance – ein moderner Rechtsrahmen für engagierte Aktionäre und besser überlebensfähige Unternehmen" vorgelegt. Der Vorstoß ist Bestandteil ihrer Strategie "Europa 2020". Dahinter steht die Überzeugung, dass ein modernes und effizientes EU-Gesellschaftsrecht und ein entsprechender Corporate Governance-Rahmen auf das sich verändernde ökonomische Umfeld abgestimmt sein muss, um die Wettbewerbsfähigkeit und Nachhaltigkeit von Unternehmen zu gewährleisten. Unter dieser Prämisse sollen mit den im Aktionsplan für die Jahre 2013/14 angekündigten Initiativen drei Ziele verwirklicht werden: (i) Eine bessere Transparenz zwischen Unternehmen und Aktionären, (ii) die stärkere Einbeziehung der Aktionäre und (iii) die Vereinfachung grenzüberschreitender Unternehmenstätigkeit.

Mehr Transparenz zur Verbesserung der Corporate Governance
Einer besseren Corporate Governance steht nach Ansicht der Kommission vor allem das mangelnde Interesse der Aktionäre entgegen, die Unternehmensführung für ihre



Maßnahmen und Entscheidungen verantwortlich zu machen. Verschärfend kommt hinzu, dass viele Aktionäre ihre Anteile nur kurzfristig halten. Um dem entgegenzuwirken, will der Aktionsplan Anreize für ein langfristiges Engagement der Aktionäre schaffen. Dabei setzt die Kommission in erster Linie auf eine Erhöhung der Transparenz zwischen Unternehmen und Aktionären.

Zunächst sollen im Jahr 2013 Berichtspflichten mit Blick auf die Vielfalt (*diversity*) des Verwaltungsrats und das

Risikomanagement in die Rechnungslegungs-Richtlinie (4. RL 78/660/EWG) aufgenommen werden. Daneben ist eine Empfehlung zur Verbesserung der Qualität der Corporate Governance-Berichte, insbesondere auch für den Fall des Abweichens von Kodex-Bestimmungen, angekündigt. Zudem werden Vorschläge im Bereich des Wertpapierrechts zur Erleichterung der Identifizierung der Aktionäre durch die Emittenten erarbeitet, um den Corporate Governance-Dialog zu verbessern. Schließlich ist – ggf. unter Änderung der Aktionärsrechte-Richtlinie (RL 2007/36/EG) – eine Initiative zur Offenlegung von Abstimmungsstrategien institutioneller Anleger angekündigt, um die Einbeziehung der Aktionäre zu fördern.

Stärkere Einbeziehung der Aktionäre

Nach Ansicht der Kommission bildet die wirksame und nachhaltige Einbeziehung von Aktionären einen zentralen Eckpfeiler des Corporate Governance-Modells. Um dem Rechnung zu tragen, sollen 2013 folgende Aspekte in der Aktionärsrechte-Richtlinie verankert werden:

- mehr Transparenz in Bezug auf die Vergütungspolitik und Vergütung der einzelnen Mitglieder der Unternehmensführung und Recht der Aktionäre auf Abstimmung über die Vergütungspolitik und den Vergütungsbericht;
- bessere Überwachung der Transaktionen mit nahe stehenden Unternehmen und Personen – d.h. von Vertragsabschlüssen eines Unternehmens mit Mitgliedern der Unternehmensführung oder kontrollierenden Aktionären – durch die Aktionäre und
- Einführung operationeller Vorschriften für Stimmrechtsberater, um deren Methoden transparent zu machen und etwaige Interessenkonflikte zu beseitigen.

Flankierend wird die Kommission Leitlinien zur Klärung des Begriffs "gemeinsam handelnde Personen" (*acting in concert*) entwickeln (in Abstimmung mit den nationalen Behörden und der ESMA). Dadurch soll die Rechtssicherheit erhöht und die Zusammenarbeit der Aktionäre in Corporate Governance-Fragen erleichtert werden.

Verbesserung des Rahmens für grenzüberschreitende Verschmelzungen und Spaltungen

Schließlich ist im Aktionsplan die Durchführung einer Studie über die Anwendung der Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen (RL 2005/56/EG) angekündigt. Voraussichtlich im zweiten Halbjahr 2013 wird die Kommission dann über die Zweckmäßigkeit von Änderungen – zu denken ist vor allem an den Ausbau der Verfahrensregeln – entscheiden. Auch wird sie auf Basis der Studienergebnisse über die Schaffung eines Rechtsrahmens für grenzüberschreitende Spaltungen befinden. Trotz einer erheblichen Nachfrage existieren hierzu bislang keine EU-Vorschriften.

Bewertung

Die im Aktionsplan Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance angekündigten Initiativen sind insgesamt moderat ausgefallen. Zu begrüßen ist die Ankündigung der Kommission, in 2013 einen Vorschlag zur Zusammenführung aller wichtigen Gesellschaftsrichtlinien in einem einzigen Rechtsinstrument vorzulegen, um den Regulierungsrahmen nutzerfreundlicher zu gestalten. Hingegen mag man bedauern, dass der Aktionsplan weder eine Revision der SE-Verordnung noch die Verabschiedung einer Richtlinie zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung vorsieht. Mit Blick auf das Statut der Europäischen Privatgesellschaft (*Societas Privata Europaea*, SPE) enthält der Aktionsplan ebenfalls nichts Substantielles. Im Hinblick auf diese Fragen wird sich die Praxis also bis auf Weiteres in Geduld üben müssen.



Staatsfonds: Neue Entwicklungen und Strategien

Noch vor wenigen Jahren waren Staatsfonds (sog. *Sovereign Wealth Funds*, SWFs) in der öffentlichen Wahrnehmung kaum präsent. Dabei existieren Staatsfonds seit ca. 60 Jahren und Investitionen in Deutschland erfolgten bereits in den 1970er Jahren mit dem Einstieg der Kuwait Investment Authority (KIA) bei der Daimler-Benz AG. Heute gehören Staatsfonds zu den großen "Spielern" auf den Finanzmärkten und sind als solche auch in Deutsch-

land nicht mehr wegzudenken (siehe z.B. den Einstieg von IPIC/Aabar bei Daimler und von Qatar Investment Authority (QIA) bei VW, Porsche, Hochtief und Siemens).

Verwaltetes Vermögen von bis zu 5,2 Billionen US-Dollar

Überwiegend agieren Staatsfonds als Finanzvehikel, die im Eigentum eines Staates stehen und öffentliche Mittel für makro-ökonomische Zwecke halten oder verwalten. Nach aktuellen Schätzungen verwalten Staatsfonds insgesamt ein Vermögen von ca. 4,6 bis 5,2 Billionen US-Dollar, wobei die größten Staatsfonds (wie der norwegische Government Pension Fund Global (GPF), die Abu Dhabi Investment Authority (ADIA), die chinesische SAFE Investment Company und die Saudi Arabian Monetary Agency Foreign Holdings) allein über ein Vermögen von ca. 2,4 Billionen US-Dollar verfügen sollen. Zum Vergleich: Sämtliche existierenden sog. Private Equity Gesellschaften verwalten ein geschätztes Gesamtvermögen von ca. 2 Billionen US-Dollar und nur die größten von ihnen erreichen individuell ein Vermögen von bis zu 50 Milliarden US-Dollar. Aufgrund der fortwährenden staatlichen Einnahmenüberschüsse aus Rohstoff- oder Warenexporten dürften sich die Kräfteverhältnisse auf den Finanzmärkten weiter zugunsten von Staatsfonds verschieben.

Veränderte Investitionsmärkte, -ziele und -strategien

Zunächst investierten Staatsfonds primär in öffentliche Anleihen westlicher Staaten. Seit 2005 gingen Staatsfonds vermehrt dazu über, Beteiligungen an westlichen Unternehmen zu erwerben. In den letzten Jahren haben Staatsfonds dagegen immer mehr in aufstrebende Märkte, insbesondere im asiatisch-pazifischen und lateinamerikanischen Raum, investiert. Auch sind Länder wie die ehemaligen GUS-Mitglieder und Indien stärker in den Fokus von Staatsfonds getreten. Die Investitionsziele und -strategien der Staatsfonds sind vielfältig und unterscheiden sich im Wesentlichen in Bezug auf das Anlagemandat, den Anlagestil und die Risikobereitschaft. Zwei grundsätzliche unterschiedliche strategische Ansätze prägen derzeit die SWF-Landschaft:

Portfolio Management Ansatz

Einige Staatsfonds verfolgen im Grundsatz den sog. Portfolio Management Ansatz, wonach Beteiligungen sowohl geographisch als auch inhaltlich weit gestreut werden und eine Involvierung in die operative Ausrichtung des jeweiligen Unternehmens nicht stattfindet (so etwa der GPF, ADIA und die Government of Singapore Investment Corporation).

Strategischer Investment Ansatz

Andere Staatsfonds investieren dagegen primär in die für die Entwicklung ihres jeweiligen Staates entscheidenden Märkte nach Sektoren, tendieren zu größeren sowie konzentrierteren Investments und neigen dazu, sich in die operative Ausrichtung des jeweiligen Unternehmens aktiv einzubringen (so z.B. IPIC bei den Investments in CEPSA und Nova Chemicals sowie QIA, die in den Aufsichtsräten von VW, Porsche und Hochtief vertreten ist).



Wandel der Investmentphilosophie insbesondere nach der Finanzkrise

Die stetig wachsende Zahl an und Größe von Staatsfonds hat insbesondere nach der Finanzkrise zu einem breiteren Spektrum an Vermögenswerten geführt, in die investiert wird. Investitionen in börsennotierte Unternehmen und festverzinsliche Anlagen machen zwar traditionell einen wesentlichen Anteil aus. Jedoch streben immer mehr Staatsfonds im Zuge der Finanzkrise nach Diversifizierung und höheren Renditen. Es ist daher nur konsequent, dass im Jahr 2011 der Anteil von Investitionen in den Bereichen Immobilien und weitere alternative Investments (wie etwa Infrastruktur und Agrar) signifikant gestiegen ist. So hat etwa der GPF seit 2011 die Anlageklasse Immobilien in sein Portfolio hinzugenommen und dafür ein Budget von mehr als 20 Milliarden Euro vorgesehen. ADIA beteiligte sich an dem Erwerb des Gasnetzbetreibers Open Grid Europe, weil es u.a. Chancen in langfristigen Infrastrukturprojekten sieht. Andere Staatsfonds übernehmen vermehrt Kapitalbeteiligungen im Agrarsektor und kaufen inzwischen auch Agrarflächen auf, um die eigene Bevölkerung besser mit Nahrungsmitteln versorgen zu können. Der Trend zu Strategiewechseln hält an und macht aus den bislang eher passiven Staatsinvestoren aktivere Anleger (siehe zuletzt etwa die "aktive" Rolle von QIA und GPF im Rahmen der Übernahme des Bergbaukonzerns Xstrata durch den Rohstoffhändler Glencore).

BMJ ebnet den Weg zu einem Insolvenzrecht für Konzerne

Das Bundesministerium der Justiz (BMJ) hat am 3. Januar 2013 einen Entwurf für ein Gesetz zur Diskussion gestellt, das die Bewältigung von Konzerninsolvenzen erleichtern soll. Nach dem im letzten Jahr in Kraft getretenen Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) stellt der Entwurf einen weiteren Schritt zur Verbesserung des deutschen Unternehmensinsolvenzrechts dar. Bislang kennt das deutsche Recht keine speziellen Regeln für eine Insolvenz mehrerer konzernangehöriger Gesellschaften.

Insolvenzrechtliches Grundprinzip soll bestehen bleiben

Konzeptionell hat sich das BMJ zu Recht gegen eine grundlegende Neugestaltung entschieden und will offenbar eher eine gesetzliche Grundlage für bislang in der Praxis schon entwickelte Lösungen zum Umgang mit Konzerninsolvenzen schaffen. Der Vorschlag lässt daher den Grundsatz, dass für jedes insolvente Unternehmen auch im Konzernverbund ein eigenes Insolvenzverfahren durchzuführen ist, unverändert. Es soll also zu keiner Konsolidierung in einem Verfahren kommen, bei der die Vermögensmassen der einzelnen Unternehmen in ihrer Gesamtheit allen Gläubigern zur Befriedigung zur Verfügung stehen würden.

Fokus des geplanten Rechtsrahmens auf Kooperation und Koordination

Der Diskussionsentwurf schafft stattdessen zunächst den Rahmen und die rechtlichen Voraussetzungen für eine Kooperation und Koordination auf verschiedenen Ebenen. Er sieht vor, dass die verschiedenen Insolvenzverwalter, Gerichte und bestellten Gläubigerausschüsse der Einzelverfahren zusammenarbeiten, Informationen austauschen und sich abstimmen. Dieser Prozess kann dann etwa dazu führen, dass ein und dieselbe Person zum Verwalter in allen oder mehreren anhängigen Verfahren bestimmt wird.

Völlig neu ist die Einführung eines sog. Koordinationsverfahrens, das auf Antrag eines gruppenangehörigen Unternehmens oder des Gläubigerausschusses durchgeführt werden kann und eine noch engere Verzahnung der Einzelverfahren erreichen soll. Dabei wird aus dem Kreis der Insolvenzverwalter der Einzelverfahren ein sog. Koordinationsverwalter bestimmt. Dieser kann insbesondere einen Koordinationsplan erarbeiten, der den Rahmen für die Abwicklung der Einzelverfahren vorzeichnet (z.B. für die Erstellung abgestimmter Insolvenzpläne). Dabei soll die Unternehmensgruppe als wirtschaftliche Einheit betrachtet werden, um so ein Gesamtkonzept für ihre



Sanierung oder ggf. auch Liquidation zu entwickeln. Der Koordinationsplan ist gerichtlich zu bestätigen und geht damit über die bislang in der Praxis verbreiteten Vereinbarungen zwischen den beteiligten Insolvenzverwaltern (Protokolle) hinaus.

Der Entwurf ermöglicht aber auch die Durchführung sämtlicher Verfahren der betroffenen Konzerngesellschaften an einem Gericht. Voraussetzung dafür ist, dass ein Unternehmen, das für die Gruppe nicht offensichtlich von untergeordneter Bedeutung ist, einen entsprechenden Antrag stellt und eine Verfahrenskonzentration im gemeinsamen Interesse der Gläubiger liegt. Es steht zu erwarten, dass das Gericht in vielen Fällen einen einzigen Insolvenzverwalter bestellen wird, der eine Gesamtstrategie zur Sanierung oder Liquidation der gesamten Unternehmensgruppe erarbeitet und umsetzt.

Regelungsbestrebungen auf europäischer Ebene weisen in gleiche Richtung

Auch auf europäischer Ebene gibt es Bestrebungen, Regeln für grenzüberschreitende Konzerninsolvenzen zu schaffen. Die Europäische Kommission hat daher einen Entwurf für eine Änderung der europäischen Insolvenzverordnung (EuInsVO) vorgelegt. Neben anderen Regelungsgegenständen setzt der Vorschlag ähnlich wie in Deutschland auf eine verstärkte Zusammenarbeit und Abstimmung zwischen den Gerichten und Insolvenzverwaltern und weicht nicht von dem Grundprinzip "ein Unternehmen – ein Vermögen – ein Insolvenzverfahren" ab. Eine ausführliche Mandanteninformation zu den beiden Entwürfen, die auch auf die weitere Entwicklung im Bereich der Konzerninsolvenzen eingehen wird, können Sie demnächst auf unserer Internetseite abrufen.

Einen Überblick über das ESUG bietet unsere Mandanteninformation "Weitreichende Reform des deutschen Insolvenzrechts" vom 1. März 2012, abrufbar unter: <http://www.shearman.com/de/reform-of-in-court-restructurings-in-germany-03-01-2012/>

Update: Umsetzung der AIFM-Richtlinie

Die Umsetzung der Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFM-Richtlinie) hat in den letzten Wochen endlich an Fahrt aufgenommen. Die AIFM-Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, Verwalter alternativer Investmentfonds (z.B. geschlossene Fonds, Immobilienfonds, Private Equity- und Hedge Fonds) einer umfassenden Regulierung zu unterwerfen. Sie ist bis zum 22. Juli 2013 in nationales Recht umzusetzen. Der deutsche Gesetzgeber nimmt die Umsetzung der AIFM-Richtlinie zum Anlass, das bisherige Investmentgesetz aufzuheben und das gesamte Investmentrecht umfassend in einem Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) zu kodifizieren.

Umsetzung schreitet voran

Bereits im Sommer 2012 hatte das Bundesministerium der Finanzen (BMF) den Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFM-Umsetzungsgesetz) veröffentlicht. Am 12. Dezember 2012 hat das Kabinett nunmehr den Regierungsentwurf eines AIFM-Umsetzungsgesetzes verabschiedet. Nach teils heftiger Kritik aus der Praxis wurde der Gesetzesentwurf im Vergleich zum Diskussionsentwurf an vielen Stellen noch einmal grundlegend überarbeitet. Am 4. Dezember 2012 hatte das BMF bereits den lange erwarteten Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Investmentsteuergesetzes und anderer Gesetze (AIFM-Steueranpassungsgesetz – AIFM-StAnpG) vorgelegt, der durch den Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 30. Januar 2013 in Teilen geändert wurde. Am 19. Dezember 2012 hat ferner die Europäische Kommission nach mehrmaliger Verschiebung endlich Level-II-Vorschriften zur Konkretisierung vieler Bestimmungen der AIFM-Richtlinie verabschiedet. Zudem hat die Europäische Kommission am 21. Dezember 2012 zwei weitere Entwürfe für delegierte Verordnungen zur weiteren Konkretisierung der AIFM-Richtlinie vorgelegt.

Regierungsentwurf zum AIFM-UmsG reagiert auf Kritikpunkte der Praxis

Der Regierungsentwurf folgt in seinen Grundzügen dem Diskussionsentwurf, reagiert aber in vielfältiger Weise auf die Kritik der Praxis. Wichtige Änderungen im Vergleich zum Diskussionsentwurf sind:

- Die geplante Abschaffung der offenen Immobilienfonds wird aufgegeben.



- Die ursprünglich vorgesehene Beschränkung von geschlossenen Fonds auf einen abschließenden Katalog von Vermögensgegenständen wird zurückgenommen.
- Auch alternative Verwahrstellen werden zugelassen.
- Eine neue Kategorie des "semi-professionellen Anlegers" wird eingeführt, dem ebenfalls Investments in Spezial-AIF erlaubt sind.
- Die Möglichkeit der Kreditaufnahme wurde von 30% auf 60% erhöht.
- Im Spezial-AIF-Bereich wird die Vorgabe, dass offene AIF vorwiegend in Finanzinstrumente, während geschlossene AIF vorwiegend in Nicht-Finanzinstrumente investieren müssen, aufgegeben.
- Die Übergangsvorschriften wurden praxisgerechter gestaltet, so dass Genehmigungsstaus bei neuen bzw. in das KAGB zu überführenden Fonds vermieden werden.

Weitere Änderungen scheinen auch im laufenden Gesetzgebungsverfahren nicht ausgeschlossen. Zusätzlicher Änderungsbedarf besteht unseres Erachtens insbesondere bei den Vertriebsvorschriften für Auslandsfonds, die trotz einiger Erleichterungen im Vergleich zum Diskussionsentwurf *de facto* immer noch viele deutsche Investoren von Anlagen in Fonds aus Drittstaaten ausschließen würden.

AIFM-StAnpG droht Investments deutscher Anleger in alternative Investmentfonds zu erschweren

Mit dem AIFM-StAnpG sollen vor allem die bestehenden investmentsteuerlichen Regelungen an das neue Kapitalanlagegesetzbuch angepasst werden. Daneben wird die Einführung eines Pension-Asset-Pooling-Vehikels in Deutschland ermöglicht. Schließlich enthält der Entwurf

Änderungen zu aus Sicht der Finanzverwaltung ungewollten Gestaltungsmöglichkeiten im Rahmen des Investmentsteuerrechts.

"Änderungsbedarf besteht insbesondere noch bei den Vertriebsvorschriften für Auslandsfonds"

Dr. Andreas Wieland



Das AIFM-StAnpG mit den darin enthaltenen Änderungen des Investmentsteuergesetzes (InvStG) hat nicht nur auf in Deutschland aufgelegte Fonds erhebliche Auswirkungen. Auch Anleger in regulierte und unregulierte ausländische Investmentfonds können von der Neuregelung betroffen sein. So wird der Anwendungsbereich des InvStG künftig alternative Investmentfonds (AIF) und OGAW-Fonds umfassen, wobei AIF weitere Voraussetzungen erfüllen müssen, um als Investmentfonds im Sinne des InvStG angesehen zu werden. Die ursprünglich für sog. Kapital-Investitionsgesellschaften vorgesehene Pauschalbesteuerung – ähnlich der Strafbesteuerung für ehemals als "schwarze Fonds" bekannte Investmentvermögen – ist in dem Regierungsentwurf vorerst nicht mehr vorge-

sehen. Dem Vernehmen nach ist diese Entscheidung jedoch noch vorläufig, bis die europarechtliche Zulässigkeit einer solchen Pauschalsteuer geprüft ist.

Es verwundert daher nicht, dass der Diskussionsentwurf des AIFM-StAnpG vielfach auf Kritik gestoßen ist.

Level-II-Maßnahmen klären viele offene Fragen

Die AIFMD-Durchführungsverordnung ergänzt und konkretisiert eine Vielzahl von Vorschriften der AIFM-Richtlinie. Sie unterliegt vor ihrem Inkrafttreten allerdings noch einer 3-monatigen Prüfungsfrist durch das Europäische Parlament und den Rat. Aus Sicht der Praxis ist vor allem die Konkretisierung der Grenzen für die Auslagerung der Verwaltungsfunktion auf Dritte von Bedeutung. Die jetzt beschlossenen Bestimmungen werden nach unserer Einschätzung viele Firmen dazu zwingen, ihre Auslagerungsstrukturen zu überarbeiten.

Einen Überblick über die AIFM-Richtlinie finden Sie in unserer Mandanteninformation

<http://www.shearman.com/european-regulation-of-fund-managers-aifm-directive-agreed-and-adopted-11-12-2010/>.

Eine Übersicht über die Level-II-Verordnung bietet unsere Mandanteninformation

<http://www.shearman.com/aifmd-level-2-published--time-to-get-moving-01-14-2013/>.

Änderungen bei der ertragsteuerlichen Organschaft

Nach Verabschiedung durch den Bundestag hat der Bundesrat am 1. Februar 2013 dem Einigungsvorschlag des Vermittlungsausschusses zum Gesetz zur Änderung und Vereinfachung der Unternehmensbesteuerung und des steuerlichen Reisekostenrechts zugestimmt, das unter anderem punktuelle Änderungen der deutschen Gruppenbesteuerung regelt. Kernpunkte sind die Beseitigung von Rechtsunsicherheiten in Bezug auf die Formulierung von Gewinnabführungsverträgen sowie die Einführung einer Heilungsmöglichkeit im Falle von Bilanzierungsfehlern, die bislang die steuerliche Anerkennung der Organschaft gefährdet haben.

Neuregelung der Verlustübernahmeformulierung in GAV mit GmbH

Die bisherige Gesetzesfassung fordert für einen Gewinnabführungsvertrag mit einer GmbH als Organgesellschaft die Vereinbarung einer Verlustübernahme entsprechend den Vorschriften des § 302 AktG. In der Vergangenheit bestand diesbezüglich in der Praxis Ungewissheit im Hinblick auf die hierfür konkret erforderliche Formulierung. Dies galt insbesondere nachdem eine Verfügung der OFD Rheinland und Münster vom 12. August 2009 eine in der Praxis weit verbreitete Formulierung als schädlich qualifizierte. Der zur Klärung der Rechtslage ergangene Beschluss des BFH vom 28. Juli 2010 und das sich hieran

anschließende BMF-Schreiben werden durch die Reform nun in Gesetzesform gegossen. Künftig muss eine Verlustübernahme in Gestalt eines (dynamischen) Verweises auf § 302 AktG in seiner jeweils gültigen Fassung vereinbart werden.

Die Neuregelung gilt einerseits für Gewinnabführungsverträge, die nach dem Tag des Inkrafttretens des Gesetzes neu abgeschlossen oder geändert werden. Zusätzlich sind allerdings grundsätzlich auch Altverträge, die einen nach bisherigem Recht fehlerhaften Verweis enthalten, unabhängig von einer Änderung bis spätestens zum 31. Dezember 2014 an die neue Vorschrift anzupassen. Dies gilt nicht, wenn die Organschaft bis zu diesem Zeitpunkt beendet wird.



Heilungsmöglichkeit bei Bilanzierungsfehlern

Voraussetzung für die steuerliche Anerkennung der Organschaft war bisher, dass der Gewinnabführungsvertrag tatsächlich durchgeführt wird. Dies bedeutete insbesondere, dass nur der korrekt ermittelte handelsbilanzielle Gewinn abgeführt werden durfte. Wurde zu viel oder zu wenig abgeführt, drohte somit die Aberkennung der Organschaft. Nunmehr wird in bestimmten Fällen fehlerhafter Bilanzansätze die tatsächliche Durchführung des Vertrages gesetzlich fingiert, was eine wesentliche Erleichterung darstellt. Dies ist dann der Fall, wenn die folgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: (i) Der Jahresabschluss ist wirksam festgestellt, (ii) die Fehlerhaftigkeit hätte bei Erstellung nicht erkannt werden müssen und (iii) ein von der Finanzverwaltung beanstandeter Fehler wird spätestens in dem nächsten nach dem Zeitpunkt der Beanstandung aufzustellenden Jahresabschluss der Organschaft und des Organträgers korrigiert und das Ergebnis entsprechend abgeführt, soweit es sich um einen Fehler handelt, der in der Handelsbilanz zu korrigieren ist. Die in (ii) genannte Voraussetzung gilt dabei u.a. als erfüllt, wenn ein uneingeschränkter Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers zum Jahresabschluss vorliegt.

Aufhebung des doppelten Inlandsbezugs von Organgesellschaften

Als Organgesellschaften kamen bislang nur Gesellschaften in Betracht, die sowohl Sitz als auch Geschäftsleitung im Inland hatten. Hierin lag ein Verstoß gegen die europäische Niederlassungsfreiheit, da Gesellschaften, die im EU-/ EWR-Ausland gegründet wurden, nicht von der Möglichkeit zur Bildung einer ertragsteuerlichen Organschaft Gebrauch machen konnten. Die Neuregelung lässt es daher künftig ausreichen, dass Organgesellschaften ihren Sitz in einem Mitgliedstaat der EU oder in einem Vertragsstaat des EWR-Abkommens haben. Zur Missbrauchsvermeidung wird bei grenzüberschreitenden Sachverhalten gleichzeitig eine doppelte Nutzung von Verlusten der Organgesellschaft ausgeschlossen.

Zuordnung der Organgesellschaft zu deutscher Betriebsstätte

Sitz und Geschäftsleitung des Organträgers haben künftig nicht mehr zwingend im Inland zu liegen. Für den Organträger wird künftig vielmehr gefordert, dass seine Beteiligung an der Organgesellschaft einer inländischen Betriebsstätte des Organträgers zugerechnet wird. Zur Sicherung des Besteuerungsrechts von Deutschland, müssen die der Betriebsstätte zuzurechnenden Einkünfte der deutschen Besteuerung unterliegen.

Gesondertes Feststellungsverfahren

Es wird ein gesondertes Feststellungsverfahren eingeführt, um die Veranlagung des Organträgers verfahrensrechtlich mit der Veranlagung der Organgesellschaft zu verbinden. Eine entsprechende verfahrensrechtliche Verbindung besteht bislang nicht, was in der Praxis insbesondere zu divergierenden Besteuerungsergebnissen auf beiden Ebenen sowie zu langen Besteuerungsverfahren beim Organträger führen kann. Ändert sich zukünftig das Einkommen der Organgesellschaft, kann damit auch der Steuerbescheid des Organträgers abgeändert werden.

Ausblick und Handlungsbedarf

Die steuerliche Anerkennung der Organschaft kann damit in Zukunft auch durch eine nachträgliche Korrektur der Gewinnabführung gewährleistet werden. Für bereits bestehende Gewinnabführungsverträge gilt es insbesondere zu beachten, dass jegliche Änderung der Verträge auch eine Anpassung der darin enthaltenen Verweise auf § 302 AktG nach den neuen Vorschriften erfordert. Vor dem Hintergrund des Stichtags am 31. Dezember 2014 wird es erforderlich, bestehende Altverträge inhaltlich auf die Notwendigkeit einer Anpassung an die geänderten Vorschriften zu prüfen.

Als Ansprechpartner stehen Ihnen gerne zur Verfügung:



Dr. Bodo Bender
+49.69.9711.1660
bbender@shearman.com



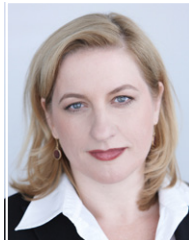
Winfried Carli
+49.89.23888.2607
wcarli@shearman.com



Dr. Hans Diekmann
+49.211.17888.818
hdiekmann@shearman.com



Dr. Andrea Eggenstein
+49.69.9711.1619
aeggenstein@shearman.com



Dr. Esther Jansen
+49.69.9711.1621
ejansen@shearman.com



Dr. Roger Kiem
+49.69.9711.1672
rkiem@shearman.com



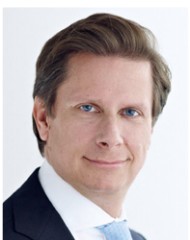
Dr. Thomas König
+49.69.9711.1618
tkoenig@shearman.com



Dr. Alfred Kossmann
+49.211.17888.719
akossmann@shearman.com



Dr. Martin Neuhaus
+49.211.17888.903
mneuhaus@shearman.com



Marc O. Plepelits
+49.69.9711.1620
mplepelits@shearman.com



Dr. Markus S. Rieder
+49.89.23888.2615
mrieder@shearman.com



Dr. Harald Selzner
+49.211.17888.909
hselzner@shearman.com



Reinhard Stockum
+49.69.9711.1652
rstockum@shearman.com



Georg F. Thoma
+49.211.17888.819
gthoma@shearman.com



Rainer Wilke
+49.211.17888.717
rwilke@shearman.com

..... WWW.SHEARMAN.COM

Diese Publikation dient lediglich der allgemeinen Information und ersetzt keine rechtliche oder steuerliche Beratung.

Gerne stellen wir Ihnen weitere Informationen zur Verfügung oder beraten Sie in konkreten Situationen.

Copyright © 2012 Shearman & Sterling LLP. Shearman & Sterling LLP ist eine in den Vereinigten Staaten von Amerika nach dem Recht des Staates Delaware gegründete Limited Liability Partnership. Nach dem Recht des Staates Delaware ist die persönliche Haftung der einzelnen Partner beschränkt.