

Lesen Sie in dieser Ausgabe

→ BGH schafft Klarheit bei der Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern im Mitbestimmungsrecht

→ Cash-Circle zur Begleichung nicht werthaltiger Forderungen

→ M&A Vocabulary – Experten verstehen

– „Due Diligence“

→ 5. M&A Dialog



→ BGH schafft Klarheit bei der Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern im Mitbestimmungsrecht

Das Drittelbeteiligungsgesetz (DrittBG) sieht eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat vor, wenn der Schwellenwert von 500 Arbeitnehmern überschritten wird. Das Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) setzt für die zwingende Bildung eines paritätisch besetzten Aufsichtsrats in einem Unternehmen voraus, dass in diesem in der Regel mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigt sind. Aufgrund gesetzlicher Regelung in § 14 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) war bisher klargestellt, dass Leiharbeiter bei Schwellenwert im Entleiherunternehmen mitzuzählen sind, „wenn die Einsatzdauer sechs Monate übersteigt“.

Ungewiss war bislang jedoch, ob die Vorschrift arbeitnehmer- oder arbeitsplatzbezogen zu verstehen ist. Der Bundesgerichtshof (BGH) hat die in der Literatur umstrittene Frage nun mit Beschluss vom 25. Juni 2019 unter dem Aktenzeichen II ZB 21/18 höchstrichterlich geklärt und in diesem wichtigen Punkt Klarheit geschaffen. Der BGH hat arbeitnehmerfreundlich zugunsten einer arbeitsplatzbezogenen Betrachtung entschieden. Konkret bedeutet das, dass die betreffenden Arbeitsplätze mitzuzählen sind, wenn die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern regelmäßig über die Dauer von sechs Monaten hinaus erfolgt.

SACHVERHALT

Ausgangspunkt dieser Entscheidung war eine Auseinandersetzung zwischen zwei verbundenen Konzernunternehmen – Mutter- und Tochtergesellschaft jeweils in der Rechtsform GmbH – auf der einen und deren Gesamtbetriebsrat auf der anderen Seite. Die Tochter-GmbH ist operativ in der Logistikbranche tätig, während die Mutter-GmbH ohne Marktoperation und ohne eigene Arbeitnehmer 95 Prozent der Geschäftsanteile der Tochter-GmbH hält.

Der Gesamtbetriebsrat hat im Wege eines sog. Statusverfahrens beantragt festzustellen, dass aufgrund des Erreichens der erforderlichen 2.000 Arbeitnehmer in beiden Unternehmen ein Aufsichtsrat nach dem MitbestG zu bilden ist. Streitpunkt war im Wesentlichen, dass

für die operativ tätige Tochter-GmbH neben fest angestellten Arbeitnehmern auch Leiharbeiter tätig sind, die trotz Schwankungen stets etwa ein Drittel der Belegschaft ausmachen. Nach dem Verständnis des Antragstellers seien bezüglich des Schwellenwertes auch diejenigen Leiharbeiter zwingend mitzuzählen, die eine tatsächliche oder prognostizierte Einsatzdauer von weniger als sechs Monaten aufweisen. Nach dieser Ansicht hätte die Gesellschaft den Schwellenwert von mehr als 2.000 Arbeitnehmern erreicht.

DIE ENTSCHEIDUNG

Der 2. Zivilsenat des BGH teilt die Auffassung des Gesamtbetriebsrats und hat damit das vorinstanzliche Oberlandesgericht (OLG) bestätigt:

§ 14 AÜG sei arbeitsplatz- und nicht arbeitnehmerbezogen zu verstehen. Prüft man das Erreichen des Schwellenwerts, dürften nicht nur ausschließlich diejenigen Leiharbeiter (mit-)gezählt werden, die für sich in ihrer Person eine Einsatzdauer von mehr als sechs Monaten haben. Es komme vielmehr darauf an, wie viele Arbeitsplätze in einem Unternehmen regelmäßig über die Dauer von sechs Monaten hinaus mit Leiharbeitnehmern besetzt sind. Das gilt unabhängig davon, ob es sich dabei um den Einsatz eines bestimmten oder wechselnder Leiharbeiter handelt und ob die Leiharbeiter auf demselben oder auf verschiedenen Arbeitsplätzen eingesetzt werden. Als bei dieser Feststellung zu betrachtenden Zeitraum bestimmt der BGH die Dauer von einem Jahr.

Der Senat kommt zu diesem Ergebnis aufgrund einer Auslegung der AÜG-Norm nach deren systematischem Zusammenhang und deren Sinn und Zweck. Ein wesentliches Argument war, dass durch den Anwendungsschwellenwert gerade in größeren Unternehmen die unternehmerische Mitbestimmung gewährleistet werden solle. Für die Größe eines Unternehmens sei jedoch alleine

die abstrakte Anzahl der dort Beschäftigten maßgeblich, nicht aber die persönliche Eingliederung des einzelnen Leiharbeitnehmers.

Im konkret zu entscheidenden Fall waren damit sämtliche Zeitarbeiter zu berücksichtigen, also auch diejenigen mit einer Einsatzdauer von unter einem halben Jahr. Denn auch deren Arbeitsplätze waren innerhalb eines Jahres über die Dauer von sechs Monaten hinaus mit Leiharbeitnehmern besetzt. Das bedeutet für die operativ tätige Tochter-GmbH, dass sie über 2.000 Arbeitnehmer beschäftigt und damit ein sog. Paritätischer Aufsichtsrat zu bilden ist. Die beherrschende Mutter-Gesellschaft ist gesetzlich hierzu ebenfalls verpflichtet.

PRAXISHINWEISE

Der dargestellte Beschluss wird in der Praxis eine über das MitbestG hinausgehende Bedeutung erlangen. Zwar hat der BGH den § 14 AÜG konkret für den Schwellenwert des MitbestG ausgelegt und sein Ergebnis auch unter Zuhilfenahme von Argumenten, die aus dem MitbestG fließen, begründet. Dennoch hat er dabei gleichzeitig über die generelle Lesart der erst mit Wirkung zum 1. April 2017 eingeführten erforderlichen sechsmonatigen Mindesteinsatzdauer im AÜG befunden. Ein anderes als das arbeitsplatzbezogene Verständnis von § 14 AÜG ist bei den

übrigen Mitbestimmungsgesetzen nicht angezeigt. Das zeigt sich schon darin, dass der Gesetzgeber die Norm nicht differenziert - je nach einschlägigem Gesetz - gefasst hat, sondern für jeden Fall die gleiche Regelung treffen wollte. Daneben greift auch das oben aufgezeigte Argument des BGH, dass die Mitbestimmung an die abstrakte Größe eines Unternehmens anknüpfe, ebenso gut auch für alle anderen Mitbestimmungsgesetze.

Schließlich laufen diese, insb. zu nennen ist das DrittelBVG, von der Zweckrichtung her gleich mit dem MitbestG.

Betroffenen Unternehmen, die sich den Schwellenwerten 500 bzw. 2.000 Arbeitnehmern nähern, ist daher zu empfehlen, die Zahl der Arbeitnehmer unter Berücksichtigung zu zählender Leiharbeitnehmer nochmals zu prüfen und dem Ergebnis entsprechende Maßnahmen einzuleiten. Soll der Aufsichtsrat entsprechend den Gesetzen abgebildet werden, ist ein Statusverfahren einzuleiten. Ist das Ziel eine Vermeidung der unternehmerischen Mitbestimmung, kann die Wahl einer Rechtsform erwogen werden, die nicht den Mitbestimmungsgesetzen unterfällt wie z.B. eine Stiftung, eine GmbH & Co. KG zur Vermeidung des Drittelbeteiligungsgesetzes sowie eine SE oder SE & Co. KG zum „Einfrieren“ des bisherigen Mitbestimmungsstatuts.

KONTAKTE FÜR WEITERE INFORMATIONEN



Regina Henfling
Rechtsanwältin,
Wirtschaftsjuristin (Univ.
Bayreuth)
Associate Partner

T + 49 89 9287 803 16
regina.henfling@roedl.com



Dr. Christoph Kurzböck, LL.M.
(Lyon)
Rechtsanwalt, Fachanwalt für
Arbeitsrecht
Associate Partner

T +49 221 9499 093 10
christoph.kurzboeck@roedl.com

→ Cash-Circle zur Begleichung nicht-werthaltiger Forderungen

Missbrauch oder legitime Gestaltung?

In Gruppenstrukturen, prä- oder post-M&A, kommt es häufig vor, dass konzerninterne Darlehen vorliegen, welche aus unternehmerischen Gründen eliminiert werden sollen. Abhängig davon, ob die Verbindlichkeiten werthaltig sind, löst ein Verzicht steuerliche Folgen aus, welche mit einem außerordentlichen Ertrag der die Verbindlichkeit ausweisenden Gesellschaft verbunden sind. Um diese Folgen zu vermeiden, kann das Mittel des sog. Cash-Circle genutzt werden.

RECHTSPRECHUNG ZUM CASH-CIRCLE

Im Grundfall stellt sich die Konstellation, welche einen Cash-Circle erfordert, wie folgt dar: Eine Muttergesellschaft hat z.B. gegenüber einer Enkelgesellschaft (alternativ: Tochtergesellschaft) eine verzinsliche Forderung. Da die Enkelgesellschaft kein aktives Geschäft betreibt, negatives Eigenkapital aufweist und keine stillen Reserven hat, ist die Forderung nicht werthaltig. Damit die Verbindlichkeit der Enkelgesellschaft steuerneutral, d.h. ohne außerordentlichen Ertrag, eliminiert werden kann, legt die Muttergesellschaft die erforderlichen Mittel in ihre Tochtergesellschaft ein. Sie wiederum legt die Mittel in die Kapitalrücklage ihrer Tochtergesellschaft – der Enkelgesellschaft – ein. Nun ist die Enkelgesellschaft in der Lage die Forderung der Muttergesellschaft zu begleichen, ohne die Forderung mit steuerlichen Auswirkungen auszubuchen. Umstritten ist, weil das Geld letztlich wieder an die Mutter zurück fließt, ob es sich um einen Fall des Gestaltungsmissbrauchs nach § 42 AO handelt.

Zwei Urteile der Finanzgerichte stechen zu diesem Thema heraus. In einem entsprechenden Fall hat das Finanzgericht (FG) München (Az. 6 K 3941/06) entschieden, dass das Steuerrecht eine Finanzierungsfreiheit vorsieht, welche es ermöglicht, dass die o.g. Konstellation steuerlich anzuerkennen ist. Etwas Anderes könne demnach nur gelten, wenn eigenkapitalersetzend gehandelt wird und § 17 EStG zur Anwendung gelangt. Eine solche Annahme lässt sich dem o.g. Fall jedoch nicht ohne Weiteres entnehmen. Weiterhin weist das FG darauf hin, dass außersteuerliche Gründe – im Streitfall eine Bilanzveröffentlichung – den Cash-Circle rechtfertigen können und konsequent auf das Trennungsprinzip abgestellt werden sollte.

Im Ergebnis anders entschied das FG Brandenburg-Berlin (Az. 6 K 53/06). Es nahm einen steuerlichen Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO an. Beachtenswert ist jedoch: Obwohl die Entscheidung anders ausging, ist bei näherer Betrachtung Ähnlichkeit zum FG München zu erkennen. Problematisch im Streitfall war nämlich, dass anders als im Fall des FG München keine Barmittel gezahlt wurden und auch kein sonstiger werthaltiger Vermögenswert eingebracht wurde. Stattdessen wurde der Cash-Circle „ohne Cash“ durch Aufrechnung einer Einlageverpflichtung mit einer Rückzahlungsverpflichtung erklärt und nach Ansicht des FG nur „auf dem Papier vollzogen“. Das FG führt daher weiter aus, dass kein Widerspruch zur Entscheidung des FG München bestehe, da dort durch den Barzufluss zumindest der kurzfristige Vollstreckungszugriff anderer Gläubiger bestanden hätte.

VORAUSSETZUNGEN ZUR ANERKENNUNG

Es zeigt sich damit, dass Cash-Circle grundsätzlich anerkannt werden können. Die Rechtsprechung scheint die Anerkennung insb. vom tatsächlichen Vollzug abhängig zu machen. Weiterhin scheint ein wesentliches Indiz zu sein, dass der Sachverhalt nicht eigenkapitalersetzend wirkt und nicht zu Einkünften nach § 17 EStG führt.

FAZIT

Entscheidend ist beim Cash Circle gegenwärtig, dass es zu einem tatsächlichen Barmittelzufluss kommt. Da in absehbarer Zeit jedoch keine höchstgerichtliche Rechtsprechung zu erwarten ist, sollte zur Absicherung eine verbindliche Auskunft beantragt werden.

KONTAKT FÜR WEITERE INFORMATIONEN



Prof. Dr. Florian Haase
Rechtsanwalt
Partner

T + 49 40 2292 975 20
florian.haase@roedl.com

→ M&A Vocabulary – Experten verstehen

„Due Diligence“

In dieser Fortsetzungsreihe stellen Ihnen wechselnde M&A-Experten der weltweiten Niederlassungen von Rödl & Partner jeweils einen wichtigen Begriff aus der englischen Fachsprache des Transaktionsgeschäfts vor, verbunden mit Anmerkungen zur Verwendung. Hierbei geht es nicht um wissenschaftlich-juristische Exaktheit, linguistische Feinheiten oder erschöpfende Darstellung, sondern darum, das Grundverständnis eines Terminus zu vermitteln bzw. aufzufrischen und einige nützliche Hinweise aus der Beratungspraxis zu geben.

Bei der Zusammenführung oder Übernahme einer Gesellschaft oder Teile derselben, verhält es sich fast wie bei der Anschaffung eines Autos: Die kaufentscheidenden Faktoren müssen evaluiert, kategorisiert und schließlich gegeneinander abgewogen werden.

Erst wenn dieser Prozess vollzogen ist, kann eine Entscheidung – und zwar in der Regel nur auf der Grundlage der dem Käufer zur Verfügung stehenden Informationen – getroffen werden.

Vor dem Abschluss eines Kaufvertrags ist – in Anbetracht der mitunter weitreichenden Folgen – ein ausreichendes Maß an Sorgfalt, *due diligence*, walten zu lassen. Bei M&A Transaktionen ist dabei ein besonderes Augenmerk auf die Aspekte Recht, Steuern und Finanzen (*Law, Tax and Finance*) zu legen. Abhängig von der Industrie oder Branche des Zielunternehmens können weitere Prüfungen notwendig oder zumindest sinnvoll sein. So sollte z.B. bei Industrieunternehmen stets eine Umwelt oder technische Due Diligence erwogen werden.

Im Rahmen der sogenannten *Legal Due Diligence* gilt es zunächst, alle wichtigen *rechtlichen* Fakten über das Unternehmen, die einen Überblick über dessen grundlegenden Aufbau sowie dessen Rechte und Pflichten ermöglichen, festzustellen. Das sind insb.:

- die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse wie z.B. Gründung, Anteilsinhaberschaft, Sitz, Vertretungsregelungen, stille Beteiligung, Beziehungen zu anderen Gesellschaften,
- die Finanzierungsstruktur und eventuelle Sicherungsrechte wie z.B. Kredite oder Bürgschaften,
- Verträge der Gesellschaft mit den Gesellschaftern wie z.B. Gesellschafterdarlehen oder Geschäftsführerdienstverträge,
- die rechtliche Situation in Bezug auf das Geistige Eigentum hinsichtlich gewerblicher Schutzrechte, Urheberrechte, Nutzungsrechte und Know-how wie z.B. eingetragene Marken oder Domains,
- Immobilien und/oder Mietverträge,

- wesentliche Rechtsbeziehungen wie z.B. Kundenverträge und Kooperationsverträge sowie Assets,
- Arbeits- und dienstvertragliche Angelegenheiten, insb. Beschäftigtenzahl, Tarifbindung, Betriebsrat, Betriebsordnung, Pensionsverpflichtungen, Arbeitnehmerüberlassung, Entsendung, freie Mitarbeiter, Sonderzahlungen, laufende Rechtsstreitigkeiten oder Einhaltung des Mindestlohns,
- Überblick über sonstige Rechtsstreitigkeiten,
- Versicherungsverträge.

Bei der *Financial Due Diligence* wiederum geht es darum, die wesentlichen *finanziellen* Risiken des Unternehmens, aber auch deren wirtschaftliches Potenzial zu analysieren. Besonders ausschlaggebend sind:

- grundlegende Informationen wie Errichtungsdatum, eingetragenes Stammkapital, Namen sowie Anteile der Gesellschafter,
- die dauerhaften wirtschaftlichen Erträge des Unternehmens sowie bestehende Forderungen aus Lieferungen oder Leistungen,
- die zurückliegende Verkaufs- sowie Ausgabenentwicklung im Hinblick auf Lohn-, Versicherungs-, Fracht-, Büromaterialkosten oder Investitionen,
- die Aufstellung über Betriebskosten und vorhandenes Inventar,
- Darlehen und andere Verbindlichkeiten, die die zukünftige wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens gefährden könnten,
- Grundannahmen im Rahmen wirtschaftlicher Prognosen des Managements,
- Personal- und Buchhaltungsinformationssysteme.

Nicht weniger essenziell ist die Durchführung einer *Tax Due Diligence*. Diese stellt einen wichtigen Baustein im Entscheidungsprozess dar und kann Aufschlüsse darüber geben, ob das Zielunternehmen nach Abschluss der Transaktion die vom Käufer anvisierten wirtschaftlichen

Ergebnisse aufweisen kann. Das Steuerkonzept des Zielunternehmens wird während der Tax Due Diligence auf Herz und Nieren geprüft, da es dessen Profitabilität in erheblichem Maße beeinflusst.

Eine sorgfältige *Tax Due Diligence* umfasst insb.:

- die Überprüfung des Steuerstatus und Analyse des Status der Steuerprüfung im Hinblick auf den potenziellen Einfluss auf künftige Geschäftsjahre,
- Tax Compliance mit Blick auf die Mehrwertsteuer, Einkommensteuer, Grundsteuer, Sozialversicherungsbeiträge etc. und wo sie anfallen,
- die Identifizierung von zurückliegenden Steuer Risiken in Geschäftsjahren, die von den zuständigen Steuerbehörden noch überprüft werden können sowie Risiken bei Transaktionen,

- sonstige Themenkomplexe: Verzugsstrafen, Subventionen, konzerninterne Verrechnungspreisregelungen, Steuerbegünstigungen, Besteuerung von Gewinnausschüttungen etc.

Ziel der Durchführung eines Due Diligence Prozesses ist letztlich, im Rahmen von Unternehmenstransaktionen zwangsläufig bestehende Risiken aufzudecken und entsprechend ihres Risikopotenzials einzuordnen und zu bewerten. Wie im täglichen Leben kann nicht jedes Restrisiko vollständig beseitigt werden. Nur durch eine ausführliche und professionelle Beratung - im Rahmen derer rechtliche Schutzvorkehrungen getroffen werden können - ist es dem Käufer möglich, guten Gewissens eine sorgfältig durchdachte Entscheidung zu treffen.

KONTAKT FÜR WEITERE INFORMATIONEN



Sebastian Wiendieck
Rechtsanwalt
Partner

Shanghai (China)

T +86 21 6163 5329
sebastian.wiendieck@roedl.com

→ 5. M&A Dialog



Am 22. Oktober 2019 haben Sie erneut die Möglichkeit, Expertise aus erster Hand zu gewinnen und mit unseren Fachexperten über Mergers & Acquisitions zu diskutieren.

Es erwartet Sie ein spannender Tag mit interdisziplinären und internationalen Vorträgen und Workshops zu hochaktuellen Themen. Wir würden uns freuen, Sie in unserem Stammhaus in Nürnberg begrüßen zu dürfen.

Nähere Informationen zu Programm und Anmeldung finden Sie unter www.roedl.de/ma-dialog.

Impressum

M&A Dialog |
Ausgabe Oktober 2019

Herausgeber
Rödl Rechtsanwaltsgesellschaft
Steuerberatungsgesellschaft mbH
Denninger Straße 84
81925 München
Deutschland
T +49 89 9287 800
www.roedl.de

Verantwortlich für den Inhalt
Dr. Christoph Kurzböck, Prof. Dr. Florian Haase,
Sebastian Wiendieck

christoph.kurzböck@roedl.com
florian.haase@roedl.com
sebastian.wiendieck@roedl.com

Layout/Satz
Franziska Stahl
franziska.stahl@roedl.com

Dieser Newsletter ist ein unverbindliches Informationsangebot und dient allgemeinen Informationszwecken. Es handelt sich dabei weder um eine rechtliche, steuerrechtliche oder betriebswirtschaftliche Beratung, noch kann es eine individuelle Beratung ersetzen. Bei der Erstellung des Newsletters und der darin enthaltenen Informationen ist Rödl & Partner stets um größtmögliche Sorgfalt bemüht, jedoch haftet Rödl & Partner nicht für die Richtigkeit, Aktualität und Vollständigkeit der Informationen. Die enthaltenen Informationen sind nicht auf einen speziellen Sachverhalt einer Einzelperson oder einer juristischen Person bezogen, daher sollte im konkreten Einzelfall stets fachlicher Rat eingeholt werden. Rödl & Partner übernimmt keine Verantwortung für Entscheidungen, die der Leser aufgrund dieses Newsletters trifft. Unsere Ansprechpartner stehen gerne für Sie zur Verfügung.

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