

Hoffmann, Schlüter (Hg.)

Jahrbuch Accounting, Taxation & Law (ATL) 2014

Aktuelle Fragestellungen aus Bilanz-, Steuer- und
Wirtschaftsrecht für mittelständische Unternehmen

Herausgegeben von:

Prof. Dr. M. Karsten Hoffmann, LL.M.

Wirtschaftsprüfer und Steuerberater in Herdecke (Ruhr)

und

Dr. Harald Schlüter, M.L.E.

Rechtsanwalt und Notar in Bielefeld

Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

Fachanwalt für Steuerrecht

Fachanwalt für Insolvenzrecht

Mit einem Geleitwort von Hermann Bühlbecker
und einem Grußwort von Norbert Walter-Borjans



INTERNATIONAL
SCHOOL OF MANAGEMENT

Hoffmann/Schlüter (Hg.): Jahrbuch Accounting Taxation & Law
(ATL) 2014

© 2014 der vorliegenden Ausgabe, Verlagshaus Monsenstein und
Vannerdat OHG Münster

www.mv-wissenschaft.de

© 2014 Hoffmann/Schlüter/ ISM Dortmund

Alle Rechte vorbehalten

Layout: Sabine Pillath-Günthner, Dipl.-Kffr., Dipl.-Bibl. (ISM)

Umschlag: Diemar, Jung & Zapfe Werbeagentur GmbH

Herstellung: MV-Verlag

ISBN 978-3-95645-076-1

ISM - International School of Management gGmbH

Otto-Hahn-Str. 19 / 44227 Dortmund

www.ism.de

Telefon: 0231 975139 0 / Telefax: 0231 975139 39

ism@ism-dortmund.de

Hoffmann/Schlüter (Hg.): Jahrbuch Accounting Taxation & Law
(ATL) 2014

ISBN 978-3-95645-076-1

Übersicht Inhalte

A. Gadow, Viktoria; Böckenholt, Ingo; Lütke Entrup, Matthias: Aktuelle Trends im Risikomanagement mittelständischer Unternehmen – Eine empirische Analyse	1
B. Felden, Birgit: Beiräte in Familienunternehmen	57
C. Niggemann, Karl A.; Simmert, Diethard B.: Finanzierungskosten: Wichtige Komponente für Finanzierungsentscheidungen	77
D. Joachim, Will: „Whistleblower“ – Arbeitnehmer als „Anschwärzer des Arbeitgebers“?!	99
E. Schlüter, Wolfgang: Rechtsform als Schicksal: Dargestellt am Beispiel ländlicher Betriebe in Brandenburg.	113
F. Hoffmann, M. Karsten: Überlegungen zur einkommensteuerlichen und erbschaftsteuerlichen Behandlung von liechtensteinischen Familien-Stiftungskonstruktionen im Rahmen von steuerlichen Selbstanzeigen	131
G. Kühn, Ralf: Aktuelle Entwicklungen im Bilanzsteuerrecht der Personengesellschaften.....	139
H. Langenhorst, Marius Christian; Thiel, Christina: Der Beteiligungsvertrag – Praxishinweise für Gesellschafter und Investoren	163
I. Besau, Sascha Heinz-Josef: Gestaltungsmöglichkeiten im Rahmen der Ausgabe von Genussrechten als Finanzierungsinstrument	181
J. Roßkamp, Mirko: Internationale Finanzermittlungen	193
K. Ahlborn, Ilkka-Peter; Niederhäuser, Jana: Grundlegendes zur Arbeitgeberkündigung mit Checkliste und dem nachfolgenden Arbeitsgerichtsverfahren	219
L. Zülch, Heiko: Finanzbranche im Umbruch – Neue Maßstäbe in der Bankenregulierung.....	259
M. Schlüter, Harald: Checkliste Erbrecht: Den eigenen Erbfall sinnvoll regeln.....	281

Geleitwort



Politische Entscheidungen können immense Konsequenzen für unternehmerisches Handeln nach sich ziehen, sie stecken den Rahmen ab, in dem wir agieren können, begrenzen oder Erweitern unsere Gestaltungsräume und haben so Einfluss auf Erfolg oder Misserfolg. Eine Politik, die dem Zeitgeist nachläuft und vor jeder Wahl die Spielregeln zur Disposition stellt, mag einer Partei kurzfristig nutzen, indem sie dem politischen Konkurrenten das Wasser abgräbt und Wählerstimmen generiert, als verlässliche Basis für die Wirtschaft taugt sie nicht.

Aus Sicht eines global operierenden mittelständischen Unternehmens ist eine auf Konstanz, Solidität und Augenmaß ausgerichtete Politik unerlässlich. Mittelständische Familienunternehmen, auch von Politikern aller Parteien immer wieder als Tragsäulen der deutschen Wirtschaft bezeichnet, benötigen einen stabilen und zuverlässigen politischen Rahmen, in dem sie arbeiten und langfristige Strategien entwickeln können. Gerade in einer Zeit, in der von uns Unternehmern mehr denn je nachhaltiges und langfristiges Denken und Handeln gefordert wird. Eine Philosophie, für die das Familienunternehmen Lambertz, das in diesem Jahr seinen 325. Geburtstag feiert, geradezu exemplarisch steht.

Ein Lebensmittelunternehmen wie Lambertz ist sehr stark von den Weltmärkten abhängig, von oft schwer oder gar nicht vorhersagbaren Preisentwicklungen der Agrarrohstoffe. Der Kakaomarkt zum Beispiel, ein eher überschaubarer, aber für uns immens wichtiger Markt, ist seit einigen Jahren Tummelplatz für Spekulanten, mit katastrophalen Auswirkungen für ein Unternehmen wie unseres. Wenn aufgrund schlechter Ernten die Preise steigen, ist das nachvollziehbar und ein Basisrisiko eines Schokoladenherstellers. Wenn aber auf dem Markt reichlich Kakao verfügbar ist und

die Preise exorbitant in die Höhe schnellen, weil Großbanken und Spekulanten Agrarmärkte als Spielfeld der Geldvermehrung entdeckt haben, ist das schwer aufzufangen und trifft uns im Herzen. Ein mittelständisches Unternehmen, das in einer Marktnische agiert, verfügt nur über sehr begrenzte Möglichkeiten, starke Schwankungen aufzufangen. Einem Großkonzern kann es egal sein, wenn der Gewinn in einer speziellen Sparte einbricht, er kann den Verlust in einem anderen Angebotssegment ausgleichen. Diese Möglichkeit haben wir nicht.

Die Tatsache, solchen Unwägbarkeiten ausgeliefert zu sein, macht es umso wichtiger, dass wir uns in einem politisch stabilen und kalkulierbaren Rahmen bewegen, in dem wir langfristige Entscheidungen treffen können. Eine verlässliche Steuer- und Investitionspolitik beispielsweise ist aus meiner Sicht unverzichtbare Voraussetzung für langfristig erfolgreiches unternehmerisches Handeln.

Welche Probleme kurzfristige Kurswechsel in der Politik für Unternehmen generieren können zeigt der von Angela Merkel nach der Katastrophe in Fukushima 2011 angekündigte sofortige Ausstieg aus der Atomenergie. Der Atomausstieg, den ich als grundsätzliche Entscheidung gar nicht in Frage stellen möchte, stand im völligen Gegensatz zu der bisherigen Energiepolitik der schwarz/gelben Regierung, dem Wahlprogramm von 2009 und den zusammen mit der Industrie erarbeiteten Strategien. Die Entscheidung war keine durchdachte und mit Weitsicht geplante und entwickelte politische Idee, sondern um einen Schnellschuss, in erster Linie wohl der Stimmung in der Bevölkerung geschuldet. Zahlreiche Unternehmen wurden so gezwungen, innerhalb kürzester Zeit massive und nicht selten mit schmerzhaften Einschnitten einhergehende Kurskorrekturen vorzunehmen. Verantwortliches unternehmerisches Handeln wird meiner Ansicht nach durch solche radikalen Politikwechsel nicht erleichtert.

Prof. Dr. Hermann Bühlbecker
Lambertz

Grußwort

Der Mittelstand ist das „Rückgrat der deutschen Wirtschaft“. Im Ausland ist vom „German Mittelstand“ zu lesen, die Fakten sprechen eine klare Sprache: Mittelständische Unternehmen erbringen 40 Prozent unserer Wirtschaftsleistung. Sie beschäftigen 60 Prozent der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und bilden 80 Prozent der Nachwuchskräfte aus. Mittelstand steht für Qualität, Erfindergeist, Wettbewerbsfähigkeit genauso wie für soziale Verantwortung, gute Arbeit, Aufstiegschancen.

Was ist das Erfolgskonzept des deutschen Mittelstands? Zentraler Faktor ist nicht selten die Verbindung von Eigentum und Geschäftsführung, aber auch mittelständisch geprägte Kapitalgesellschaften zeichnen sich in der Regel durch ein sehr unternehmensbewusstes „Shareholder“-Verständnis aus. Die hohe Identifikation von Eigentümern und Eigentümerinnen mit ihrem Unternehmen auf allen Ebenen des Betriebs führt zu langfristigem Denken statt zu kurzfristigem Profitstreben. Flexibilität, Innovation und eine starke regionale Verbundenheit sind die entscheidenden Eigenschaften, die den Mittelstand auf Erfolgskurs halten. Das gilt von der Unternehmensgründung bis hin zur Weltmarktführerschaft familiengeführter Unternehmen. Die prägenden und weltweit geschätzten Markenflaggschiffe unter dem Siegel „Made in Germany“ (das wir gemeinsam und entschlossen gegen jeden Vorstoß von wo auch immer verteidigen sollten) wären ohne die Verzahnung mit dem deutschen Mittelstand ebenso wenig vorstellbar wie die Anerkennung, die deutsche Produkte und Verfahren weltweit bei vielen Speziallösungen findet.

Vor zehn Jahren nannte man Deutschland den „kranken Mann Europas“. Seinerzeit ertönte nicht nur im Ausland, sondern auch in den deutschen Talkshows regelmäßig dasselbe Mantra: Die Zukunft unserer Ökonomien liege in innovativen Finanzdienstleistungen – das produzierende Gewerbe habe hierzulande ausgedient und sei im globalen Wettbewerb ohnehin den aufstrebenden Entwicklungsländern zu überlassen. Deutschland widerstand damals diesem Ruf – zum Glück.

Heute ist man klüger: In ganz Europa ist die Einsicht eingeekehrt, dass (Finanz-)Dienstleistungen allein nicht der Schlüssel zu langfristigem Wachstum und Wohlstand sind. Es ist die Industrie, die Realwirtschaft, die

Deutschland erfolgreicher durch die Krise gebracht hat als solche Länder, die jenem Mantra damals folgten. Und es ist der Verdienst der vielen kleinen und mittelständischen Unternehmen, die beharrlich daran gearbeitet haben, dass sich deutsche Produkte auf dem Weltmarkt durch Innovationskraft behaupten können. Und es ist auch der Verdienst eines Finanzsektors, der anders als in anderen Ländern noch ein öffentlich-rechtliches und ein genossenschaftliches Standbein hat, das gerade den Mittelstand eng begleitet und mit Liquidität versorgt. Die Politik hat im vergangenen Jahrzehnt durch mutige Arbeitsmarktreformen und intelligente Zukunftsinvestitionen den Erhalt der Realwirtschaft ermöglicht. Hier erfolgt die Wertschöpfung, die wir brauchen.

Klar ist, dass sich der Mittelstand nicht auf seinen Erfolgen ausruhen kann und wird. Erkennbar sind drängende Herausforderungen, die bewältigt werden müssen. Die für den Mittelstand in den kommenden Jahren wohl wichtigste ist die Fachkräftesicherung. Zudem hat die Finanzkrise tiefe Spuren hinterlassen. Unternehmen, insbesondere mittelständische Unternehmen, brauchen ein verlässliches Finanzierungsumfeld. Sie müssen von den krisenanfälligen Banken- und Schattenbankensystem unabhängiger werden. Der Mittelstand braucht eine moderne und leistungsfähige Infrastruktur, er braucht sichere und bezahlbare Energie.

Es ist Aufgabe der Politik, die notwendigen Rahmenbedingungen zu schaffen, die erforderlich sind, um diese Zukunftsaufgaben zu bewältigen. Politik für den Mittelstand muss berechenbar sein, aber auch beim Namen nennen, was gemeinsam zu leisten ist. Bei der Infrastruktur gibt es einen riesigen Investitionsstau. Die Energiepreise, insbesondere die steigenden Strompreise, gefährden den Mittelstand in besonderem Maß, das Kooperationsverbot beim Thema Bildung verhindert, dass die Länder vorhandene Reserven mobilisieren können.

Welche Aufgabe kommt dem Steuerrecht als Instrument zur Schaffung dieser Rahmenbedingungen zu?

Stabile und das staatliche Leistungsniveau sichernde Steuereinnahmen sind die wichtigste Voraussetzung, um den allgemeinen Wohlstand zu erhalten. Steuergerechtigkeit und eine faire Finanzierung des Gemeinwesens sind die Grundvoraussetzungen für ein funktionierendes Staatswesen und einen handlungsfähigen Staat. Das gilt vor allem vor dem Hinter-

grund der hohen Staatsverschuldung. Nach wie vor weisen die öffentlichen Haushalte strukturelle Defizite aus, die im Hinblick auf die im Grundgesetz festgeschriebene Schuldenbremse abgebaut werden müssen.

Die Besteuerung der Unternehmen muss zugleich für eine solide Finanzierung der Leistungen des Staates sorgen und unternehmerische Investitionsspielräume sicherstellen. Hier muss der Gesetzgeber eine Gratwanderung vollziehen auf dem Weg zu Wachstum und Wohlstand für alle. Dazu gehört auch, die Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen und damit die Einnahmen des Landes zu stärken. Eine Konsolidierung der Haushalte ausschließlich durch Ausgabensenkung erreichen zu wollen, mag zunächst gut klingen. Auf längere Sicht wäre das fahrlässig und kurzfristig. Denn die damit verbundene Einschränkung der Leistungen des Staates würde nötige Investitionen in unsere Zukunft abwürgen – in Bildung, Betreuung, Infrastruktur und in den sozialen Zusammenhalt, der Konflikte verhindert und deshalb nicht zuletzt auch ein wichtiger Standortfaktor ist. Eben diese Leistungen sind unverzichtbar für unsere Wirtschaft. Auf dem Weg zur wirklich nachhaltigen Einhaltung der Schuldenbremse benötigen wir deshalb auch zusätzliche Einnahmen. Dabei verfolgt die Landesregierung zwei Ziele: Starke Schultern müssen mehr tragen als schwache, hohe und höchste Einkommen sind entsprechend ihrer Leistungsfähigkeit stärker am Steueraufkommen zu beteiligen. Viele Unternehmer sehen das ebenso. Mit ihnen ist die nordrhein-westfälische Landesregierung aber auch der Auffassung, dass das produktive Betriebsvermögen geschont muss.

Die notwendigen Einnahmen lassen sich im Übrigen nur erzielen, wenn sich der ehrliche Steuerzahler nicht als der "Dumme" vorfindet. Steuer Ehrlichkeit ist für den Mittelstand eine besonders wichtige Voraussetzung für fairen Wettbewerb. Dabei geht es nicht nur um die Bekämpfung von Steuerbetrug sondern auch um den Schutz vor Praktiken international agierender Konzerne, die durch aggressive Steuergestaltung keine oder fast keine Steuern bezahlen und sich damit Vorteile verschaffen. Der steuerliche Ausgleich von Standortnachteilen darf nicht zu einem ruinösen Steuerdumping entarten, das die Basis auszehrt, die unser Gemeinwesen so erfolgreich hat werden lassen.

Was die Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen angeht, so sind die Steuersätze für deutsche Unternehmen in den vergangenen Jahrzehnten spürbar gesenkt worden. Deutschland belastet Vermögen im internationalen Vergleich nachweislich unterdurchschnittlich – auch wenn das gelegentlich gern anders dargestellt wird.

Das gilt auch für Erbschaften und Schenkungen: Im Hinblick auf die höchstrichterliche Rechtsprechung steht eine verfassungsfeste Ausgestaltung der Erbschaftsteuer an. Unternehmenserben vor allem kleiner und mittelständischer Betriebe sind in besonderer Weise gemeinwohlgebunden und gemeinwohlverpflichtet. Weder eine Besteuerung großer Vermögen noch die Erbschaftsteuer darf deshalb die Substanz, den Betriebsübergang oder die Generationenfolge in Unternehmen gefährden. Die notwendigen Reformen müssen die Belange des Mittelstandes angemessen berücksichtigen. Das ist zugegebenermaßen ein Balanceakt, denn mit den berechtigten Ausnahmen dürfen auch keine neuen Schlupflöcher entstehen, die den Betrug am Gemeinwohl erleichtern.

Wir brauchen einen vorsorgenden Staat mit Blick auf die Herausforderungen der Wirtschaft, besonders der mittelständischen - und wir brauchen eine weitsichtige Wirtschaft mit Blick auf die gesellschaftlichen Herausforderungen. Eine stabile und leistungsfähige Gesellschaft ist keine Einbahnstraße, weder in die eine noch in die andere Richtung. Dieses Erkenntnis hat uns stark gemacht. Mutige, klare und vor allem zuverlässige Konzepte sind gefragt. Straßen, Brücken, Schienen, Strom- und Kommunikationsnetze müssen endlich fit gemacht werden für das 21. Jahrhundert. Energiekosten, insbesondere die Strompreise müssen bezahlbar bleiben, und wir müssen dafür sorgen, dass die Menschen auch die Qualifikation erlangen können, die nötig ist, wenn wir wirtschaftlich an der Spitze bleiben wollen. Bildung ist der beste Garant für nachhaltiges Wachstum und Wohlstand. Das ist Politik für die Mitte in Deutschland, die sich nicht in Lippenbekenntnissen erschöpft, sondern einen offenen und ehrlichen Dialog darüber anstrebt, wie wir es gemeinsam schaffen können.

Dr. Norbert Walter-Borjans
Finanzminister des Landes Nordrhein-Westfalen

A. Aktuelle Trends im Risikomanagement mittelständischer Unternehmen – Eine empirische Analyse

Gadow, Viktoria; Böckenholt, Ingo; Lütke Entrup, Matthias

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	1
Darstellungsverzeichnis.....	3
Abkürzungsverzeichnis	4
1 Einleitung	5
2 Begriffliche Grundlagen	7
2.1 Begriff der mittelständischen Unternehmen	7
2.2 Begriff des Risikos.....	9
2.3 Risikomanagement	11
3 Rechtliche und ökonomische Rahmenbedingungen des Risikomanagements	12
4 Das Risikomanagementsystem	17
4.1 Aufbau eines Risikomanagementsystems.....	17
4.2 Risikostrategie.....	18
4.3 Organisation und Verantwortung im Risikomanagement	20
4.4 Der Risikomanagementprozess.....	21
4.5 Die Risikokommunikation	24
5 Empirie.....	24
5.1 Konzeption, Methodik und Datenbasis der Studie.....	24
5.2 Risikomanagement der Großunternehmen	26
5.2.1 Aufbau und Ziel der Befragung der Großunternehmen	26
5.2.2 Risikostrategie und Aufbauorganisation.....	27
5.2.3 Risikomanagementprozess	28

5.2.4	Kommunikationsstrukturen im Risiko- management	31
5.2.5	Fazit zum Umsetzungsstand des Risikomanagements in Großunternehmen.....	32
5.3	Risikomanagement in mittelständischen Unternehmen ...	33
5.3.1	Branchenstruktur der befragten mittelständischen Unternehmen	33
5.3.2	Risikostrategie und Aufbauorganisation.....	33
5.3.3	Risikomanagementprozess	34
5.3.4	Kommunikationsstrukturen im Risiko- management	38
5.3.5	Fazit zum Umsetzungsstand des Risikomanagements im Mittelstand.....	39
5.4	Vergleich der Risikomanagementsysteme.....	40
5.4.1	Gegenüberstellung der Risikomanagement- ansätze.....	40
5.4.2	Potenziale der Risikomanagementsysteme im Mittelstand	43
6	Fazit und Ausblick	44
	Literaturverzeichnis	46
	Anhang	50

Abbildungsverzeichnis

Abbildung A - 1: Enger und erweiterter Risikobegriff.....	9
Abbildung A - 2: Das Risikomanagementsystem.....	18
Abbildung A - 3: Einflussfaktoren der externen Unternehmensumwelt	20
Abbildung A - 4: Gesamtkonzept der Risikosteuerung	24
Abbildung A - 5: Branchenprofil der befragten Unternehmen im Überblick.....	33
Abbildung A - 6: Einsatz einer speziellen Einheit für das Risikomanagement.....	34
Abbildung A - 7: Zeitlicher Horizont des Risikomanagements	34
Abbildung A - 8: Betrachtete Risikofelder der Risikoidentifi- kation.....	35
Abbildung A - 9: Spannweite der Risikoidentifikation.....	35
Abbildung A - 10: Risikobewertung anhand von Schadensausmaß und Eintrittswahrscheinlichkeit.....	36
Abbildung A - 11: Risikobewertung im Mittelstand	36
Abbildung A - 12: Steuerungsmaßnahmen im Umgang mit Unternehmensrisiken	37
Abbildung A - 13: Überwachung des Risikomanagements	38
Abbildung A - 14: Intervalle der Risikoberichterstattung	39
Abbildung A - 15: Zufriedenheitsstand im Risikomanagement	39
Abbildung A - 16: Optimierungspotenziale im Risiko- management	40

Tabellenverzeichnis

Tabelle A - 1: Gegenüberstellung der Risikomanagement- systeme	42
---	----

Abkürzungsverzeichnis

AktG	Aktiengesetz
BilReG	Bilanzrechtsreformgesetz
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
DRS	Deutsche Rechnungslegungsstandards
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
HGB	Handelsgesetzbuch
IASB	International Accounting Standards Board
IfM	Institut für Mittelstandsforschung Bonn
IFRS	International Financial Accounting Standards
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
SOA	Sarbanes Oxley Act

1 Einleitung

„Risk is not a four letter word.“ (anonym)

Unternehmerisches Denken und Handeln ist seit jeher untrennbar mit Risiken verbunden – unternehmerisch handeln, das heißt immer auch Risiken eingehen. Als konstitutives Merkmal unternehmerischer Tätigkeit zählt das Risikophänomen daher bis heute zu einem der größten Forschungsfelder der Wirtschaftswissenschaften.¹ Der Umgang mit Risiken im Unternehmenskontext hat in den letzten Jahren nicht zuletzt aufgrund der schillernden Vielseitigkeit des ihm zugrunde liegenden Phänomens zunehmend an Relevanz gewonnen. Vor dem Hintergrund der Bankenwelt und angestoßen durch zunehmend komplexer werdende Forderungen der Kapitalmärkte hat sich die hier zu betrachtende Disziplin des unternehmensinternen Risikomanagements innerhalb kürzester Zeit zu einer eigenständigen und wertschaffenden Übung nachhaltiger Unternehmensführung entwickelt.²

Infolge der zahlreichen Unternehmenskrisen der 1990er Jahre war es im Jahr 1998 jedoch zunächst der deutsche Gesetzgeber, der mit dem Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) die Diskussion um die Handhabung von Risiken im Unternehmen erneut in den Fokus des juristischen und öffentlichen Interesses gerückt hat.³

In den letzten Jahrzehnten haben jedoch vornehmlich die schnelllebigsten und umfassenden Änderungen im unternehmerischen Umfeld auch die ökonomische Berechtigung des Risikomanagements eindrucksvoll bestätigt. Ökonomische, juristische sowie politische und demografische Entwicklungen bieten Unternehmen des 21. Jahrhunderts dabei die größten Chancen und stellen gleichwohl die existenzbedrohendsten Risiken unserer Zeit dar – eine Zeit, in der

¹ vgl. Kajüter 2012, S. 1

² vgl. Campenhausen 2006, S. 10-11

³ vgl. Schmiedel 2009, S. 7ff.

Milliardenwerte aus dem Nichts erwachsen und etablierte Großkonzerne innerhalb weniger Wochen in erhebliche Schieflagen geraten.⁴

Die Entwicklungen des letzten Jahrzehnts zwingen Entscheidungsträger und Führungskräfte deutscher Unternehmen aus rechtlicher und ökonomischer Sicht zunehmend, die Konsequenzen möglicher Krisenszenarien und ihre Auswirkungen auf den Unternehmensfortbestand in ihrer Tätigkeit zu berücksichtigen.⁵ Der strukturierte und aktive Umgang mit Risiken ist demnach längst fester Bestandteil der Führungsaufgaben im Management deutscher Großunternehmen. Angesichts der permanent hohen Insolvenzzahlen zählt jedoch insbesondere der vielfach als Rückgrat der deutschen Volkswirtschaft gelobte Mittelstand zu den bedrohten – und für die jüngsten Entwicklungen besonders anfälligen – Unternehmensgruppen.⁶

Die durch niedrige Eigenkapitaldecken und Liquiditätsknappheit ohnehin belastete Risikotragfähigkeit der mittelständischen Unternehmungen erfordert vor diesem Hintergrund eine erhöhte Sensibilität in Bezug auf die Handhabung von Risiken im Unternehmenskontext. Insbesondere im deutschen Mittelstand sollte eine strukturierte Auseinandersetzung mit den eigenen Risiken daher in Form eines gezielten Risikomanagements von grundlegendem Interesse sein, um den Fortbestand der Unternehmen nicht, wie zuletzt im Zuge der weltweiten Finanz- und Wirtschaftskrise geschehen, durch vermeidbare Risikoszenarien unnötig zu belasten. Hier ist es Aufgabe der Risikomanagementsysteme, durch gezielte Risikoanalysen und -bewertungen Transparenz über die eigene Risikolage zu schaffen und mithilfe der entsprechenden Risikoberücksichtigung auch vor dem Hintergrund der Wirtschaftsrealität des 21. Jahrhunderts,

⁴ vgl. Kalwait 2008, S. 23

⁵ vgl. Hinterhuber 1998, S. 11

⁶ vgl. Stroeder 2008, S. 1

fundierte und Erfolg versprechende Entscheidungen im Unternehmen treffen zu können.⁷

Aktuelle Studien identifizieren in den letzten Jahren jedoch gerade im deutschen Mittelstand Kritik und Vorbehalte bei Führungskräften und Entscheidungsträgern an und gegenüber den angesprochenen Systemen und liefern dabei immer neue Inhalte für die kontrovers diskutierte Problematik des Risikomanagements im Mittelstand.⁸

Im Sinne einer strukturierten Präsentation der gewonnenen Untersuchungsergebnisse werden im Rahmen einer theoretischen Grundlegung zunächst Begriffsfassungen, Rahmenbedingungen und Konzepte des Risikomanagements diskutiert und vor dem Hintergrund der mittelständischen Unternehmensrealität betrachtet. Empirische Untersuchungen und ausgewählte Experteninterviews zu Thema ermöglichen anschließend eine quantitative sowie qualitative Einordnung der gewonnenen Erkenntnisse. Dabei ist es abschließend Ziel der Untersuchungen, die umgesetzten Komponenten des Risikomanagements in mittelständischen Unternehmen zu beleuchten, mit dem Umsetzungsstand von Großunternehmen zu vergleichen sowie den Erkenntnisstand zum Risikomanagement der Unternehmen aufzuarbeiten und zu bewerten, um mögliche Optimierungspotenziale und Handlungsbedarfe aufzudecken.

2 Begriffliche Grundlagen

2.1 Begriff der mittelständischen Unternehmen

Der deutsche Mittelstandsbegriff gilt weltweit als Synonym für kleine und mittelgroße, meist inhabergeführte Unternehmen. Bis heute existiert eine Vielzahl von Ansätzen, die sich mit der Problematik einer eindeutigen und praktikablen Fassung des Begriffs in Abgrenzung von Großunternehmen befasst – eine allgemein anerkannte

⁷ vgl. Kühlmann 2009, S. 1-2

⁸ vgl. Kirchoff und Bartels 2011, S. 5

oder gar gesetzlich festgelegte Definition hat sich dabei bisher jedoch nicht durchsetzen können.⁹

In Abgrenzung zum Begriff der Großunternehmen orientieren sich die gängigen Definitionsansätze sowohl an *quantitativen* als auch an *qualitativen* Maßstäben. Während der quantitative Ansatz die *grundlegenden Größeneigenarten der mittelständischen Unternehmen anhand von leicht erfassbaren Daten wie beispielsweise dem Jahresumsatz, der Anzahl der im Unternehmen Beschäftigten und der Bilanzsumme* in den Fokus stellt^{10, 11}, nimmt der qualitative Ansatz zunehmend eine ergänzende definatorische Berücksichtigung von möglichst aussagekräftigen qualitativen Aspekten des Begriffs der mittelständischen Unternehmen vor. Hier sind exemplarisch die *Autonomie eines Unternehmers, die persönliche Über-schaubarkeit eines Unternehmens und das finanziell-persönliche Engagement zumindest eines Unternehmenseigentümers* anzuführen.¹²

Aufgrund ihrer besseren Operationalisierbarkeit wird den quantitativen Abgrenzungskriterien der mittelständischen Unternehmen im Folgenden der Vorrang gewährt.¹³ Um die Betriebsgröße vor dem Hintergrund der mittelständischen Unternehmenspraxis jedoch nicht zu gering zu fassen, wird den gängigen quantitativen Definitionen des Mittelstandsbegriffs demnach zwar in der Berücksichtigung der Hilfskriterien der EU und des IfM Bonn gefolgt, die exakten Grenzziehungen werden jedoch erweitert, so dass Unternehmen dann als quantitativ mittelständisch gelten, sobald die nachfolgenden Kriterien als erfüllt gelten:

- Die Höhe der Umsatzerlöse beträgt maximal 100 Millionen Euro pro Jahr und

⁹ vgl. Kühlmann 2009, S. 29

¹⁰ vgl. Naujoks 1975, S. 32ff.

¹¹ vgl. Kühlmann 2009, S. 29-30

¹² vgl. Stroeder 2008, S. 31

¹³ vgl. Henschel 2010, S. 2

- Die Anzahl der Beschäftigten liegt im Jahresdurchschnitt unter 999.¹⁴

2.2 Begriff des Risikos

Vor dem Hintergrund der betriebswirtschaftlichen Praxis erfordert eine nähere Auseinandersetzung mit dem Risikobegriff zunächst eine definitorische Berücksichtigung des eng verwandten Chancenbegriffs. Während der Begriff „Chance“ im umgangssprachlichen Gebrauch entgegen des negativ besetzten Risikobegriffs die Möglichkeit eines positiven Ereignisses beschreibt, gilt es in einer wissenschaftlichen Betrachtung dieser Terminologien, ihre konstitutive Koppelung aneinander stets zu berücksichtigen.¹⁵

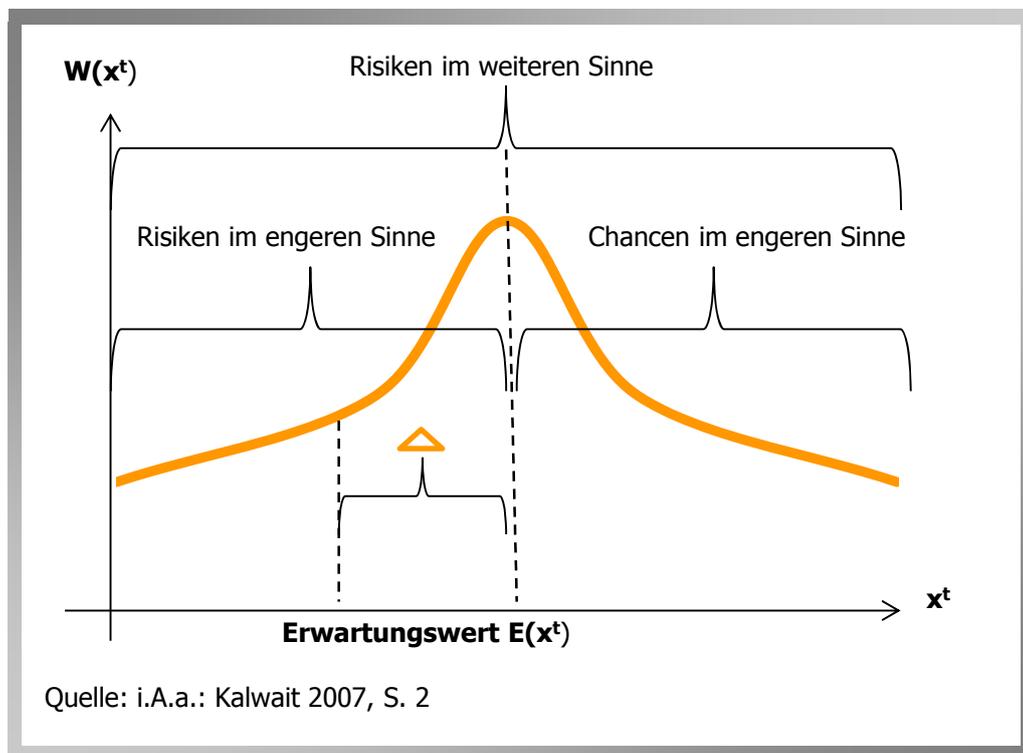


Abbildung A - 1: Enger und erweiterter Risikobegriff

Wie aus Abbildung A - 1 ersichtlich gilt das Risiko in der betriebswirtschaftlichen Entscheidungstheorie vornehmlich als die kalkulierbare und bekannte Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Ereignisses, die zunächst ein neutrales Risikoverständnis zugrunde legt.

¹⁴ vgl. Stroeder 2008, S. 35

¹⁵ vgl. Kalwait 2008, S. 27

Entgegen der engen Betrachtung des Risikobegriffs, der zwischen positiv zu bewertenden Ergebnisabweichungen als „Chancen“ und negativen Abweichungen als „Risiken“ differenziert, sind in diesem Zusammenhang die Konsequenzen eines bestimmten Ereignisses nicht zwingend negativ zu bewerten, sondern bezeichnen gleichermaßen auch positive Entwicklungen. Die im Folgenden angewandte, weit gefasste Risikodefinition erfordert daher zunächst die Gleichsetzung des Risikobegriffs mit dem Begriff „Chance“.¹⁶

Eine ebenfalls aus dem umgangssprachlichen Einsatz des Begriffs resultierende Betrachtung des Risikos ist seine synonyme Verwendung zum Bild der „Unsicherheit“. Auch hier ist zwecks einer wissenschaftlichen Eingrenzung eine klare Trennung der definitorischen Hintergründe beider Bezeichnungen vorzunehmen.¹⁷ So bezeichnet der Begriff „Risiko“ zunächst eine Situation, in der *objektive und quantitativ erfassbare Wahrscheinlichkeiten bezüglich des Eintritts eines Ereignisses vorliegen (z.B. Würfelspiel), während die Idee der Unsicherheit lediglich Situationen betrifft, in denen keine derartigen Aussagen über Wahrscheinlichkeiten getroffen werden können*. Vor dem Hintergrund der Unternehmensrealität und der hier erforderlichen Bewertung von Risiken und deren Eintrittswahrscheinlichkeiten schwimmt die Grenze zwischen den begrifflichen Wendungen von „Risiko“ und „Unsicherheit“ jedoch zunehmend in einer Grauzone. Oftmals können Entscheidungen im Unternehmenskontext nicht unter Einbeziehungen objektiver Wahrscheinlichkeiten getroffen werden, eine Berücksichtigung von subjektiven Bewertungen möglicher Ergebnisse und deren Eintrittswahrscheinlichkeit ist jedoch zur selben Zeit keinesfalls ausgeschlossen.¹⁸

Übereinstimmend verlangen jedoch alle Abgrenzungen des Risikobegriffs die Existenz von Zielsetzungen bzw. Erwartungshaltungen,

¹⁶ vgl. Kajüter 2012, S. 17

¹⁷ vgl. Kalwait 2008, S. 26

¹⁸ vgl. Kalwait 2008, S. 26-27

die das Vorhandensein eines Risikos – im Sinne „*einer aus der Unvorhersehbarkeit der Zukunft resultierenden, durch ‚zufällige‘ Störungen verursachte Möglichkeit von geplanten Zielen abzuweichen*“¹⁹ – begründen.²⁰

2.3 Risikomanagement

Seinen Ursprung findet der Begriff des Risikomanagements in der Versicherungspolitik amerikanischer Großunternehmen.²¹ Erste gezielte Versuche der Unternehmer, zu entrichtende Versicherungsprämien durch die Einrichtung von unternehmensinternen Sicherungsmaßnahmen zu reduzieren, mündeten in der Entstehung der Grundgerüste heute bekannter Risikomanagement-Konzepte.²²

Das Wirkungsfeld des Risikomanagements konzentrierte seine Bemühungen dabei zunächst ausschließlich auf den Schutz von Vermögenswerten im Unternehmen vor unerwarteten Verlusten im Zusammenhang mit reinen bzw. ursachenbezogenen Risiken.²³ Erst spätere Erkenntnisse lieferten schließlich Aufschluss über die gravierenden Einflüsse spekulativer Risiken auf die Zielerreichung im Unternehmen und die Notwendigkeit einer adäquaten Betrachtung der Gesamtrisikosituation im Unternehmen.²⁴

Mit der Entstehung eines neuen Risikobewusstseins in Bereichen der Produkthaftung und Umweltgefährdung erreichte das Konzept des Risikomanagements Anfang der 1970er Jahre auch den europäischen Wirtschaftsraum. Hier unterliegen dessen Ideen und Strukturen seitdem den im weiteren Verlauf noch genauer zu beleuchtenden kontinuierlichen Änderungen ökonomischer und rechtlicher Rahmenbedingungen.²⁵

¹⁹ Gleissner 2011, S. 10

²⁰ vgl. Kajüter 2012, S. 18-19

²¹ vgl. Brühwiler 1994, S. 2-5

²² vgl. Wolf 2009, S. 30

²³ vgl. Betz et al. 2001, S. 10

²⁴ vgl. Stroeder 2008, S. 148

²⁵ vgl. Wolf 2009, S. 30-31

Grundlegend kann heute unter dem Begriff des Risikomanagements *der planmäßige Umgang mit Risiken im Unternehmenskontext* verstanden werden. Entsprechend dieser Betrachtung lässt sich das Risikomanagement als *eine Systematisierung organisatorischer Maßnahmen und Regelungen definieren, deren Zielsetzung der strukturierte und steuerbare Umgang mit Risiken im Unternehmen ist*. Die Gesamtheit dieser im Unternehmen etablierten Maßnahmen und die Regelstruktur bilden dabei die Basis des sogenannten Risikomanagementsystems.²⁶

3 Rechtliche und ökonomische Rahmenbedingungen des Risikomanagements

Obwohl die Idee des Risikomanagements in Europa bereits zu Beginn der 1970er Jahre zunehmend an Popularität gewann, sorgten erst die zahlreichen Unternehmenskrisen und Insolvenzen der 1980er und 1990er Jahre in Deutschland für die immer lauter werdenden Forderungen nach einer stärkeren gesetzlichen Regulierung und Überwachung des Umgangs mit Risiken im Unternehmensbereich.²⁷

Am 1. März 1998 gab der deutsche Gesetzgeber schließlich dem öffentlichen Druck nach, auf die beklagten Missstände in der Unternehmenspraxis zu reagieren und verabschiedete das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG). Die mit diesem Gesetz verbundene Pflicht zur Einrichtung eines unternehmensinternen Risikomanagements unterliegt seit ihrem Erlass fortlaufend den Erweiterungen und Differenzierungen neuer rechtlicher Bestimmungen und Regulierungen.²⁸

Das am 1. März 1998 vom Bundestag beschlossene Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich bildet das Kernelement der gesetzlichen Regulierungen im Risikomanagement²⁹

²⁶ vgl. Kajüter 2012, S. 19

²⁷ vgl. Stroeder 2008, S. 149

²⁸ vgl. Stroeder 2008, S. 149

²⁹ vgl. Schmiedel 2009, S. 7ff.

und beinhaltet Neuerungen im Handelsgesetzbuch (HGB) und dem Aktiengesetz (AktG). In seinen Bestimmungen verfolgt das Gesetz dabei seine Hauptanliegen in den Bereichen „Kontrolle“ und „Transparenz“ im Unternehmensbereich.³⁰

Nach den Neuerungen gemäß § 91 (2) AktG ist es darüber hinaus seit März 1998 die gesetzlich festgeschriebene Aufgabe des Vorstandes einer Aktiengesellschaft, geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, „damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen frühzeitig erkannt werden können“³¹, während § 317 HGB im Rahmen der Prüfung des Jahresabschlusses die Beurteilung der Eignung dieser durch den Vorstand getroffenen Maßnahmen und eingerichteten Überwachungssysteme verlangt.³² Darüber hinaus fordern §§ 289, 315 und 317 des HGB die Bekanntmachung der Risiken zukunftsgerichteter Entwicklungen, die Einfluss auf den Fortbestand sowie die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der zur Aufstellung und Veröffentlichung verpflichteten Unternehmen haben.^{33, 34}

Neue Anforderungen an das interne Risikomanagement im Unternehmensbereich ergeben sich über die Grundregelungen des KonTraG hinaus auch aus Neuerungen des Bilanzrechtsreformgesetzes (BilReG), das insbesondere Veränderungen in der Prognoseberichterstattungspflicht der Unternehmen vornimmt.³⁵

Mit den „konkreten Grundsätzen für die Aufstellung einer Risikoberichterstattung“ (DRS 5) sowie der Pflicht zur Einbeziehung des Risikoberichts in den Lagebericht (DRS 15) wurden die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung im Jahr 2000 schließlich auch auf die Rahmenvorgaben des Risikomanagements ausgedehnt.³⁶

³⁰ vgl. Campenhausen 2006, S. 61-62

³¹ Hüffer 2012, § 91

³² Wicke 2011, § 317

³³ vgl. Stiefl 2010, S. 18

³⁴ vgl. Hommelhoff und Mattheus 2000, S. 217ff.

³⁵ vgl. Gleissner 2011, S. 35

³⁶ vgl. Gleissner 2011, S. 39

In Ergänzung zu den durch das KonTraG etablierten Rahmenvorgaben des Risikomanagements beinhaltet auch der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK) nähere Regelungen bezüglich der Handhabung von Risiken in Kapitalgesellschaften.³⁷

Die in den Bestimmungen des Sarbanes Oxley Act (SOA) verankerte Bestrebung, das Risikomanagement besser in der unternehmerischen Praxis einzubinden, ist insbesondere in der Sicherstellung der Richtigkeit der quartalsweisen und jährlichen Berichterstattung hinterlegt. Sowohl der Finanzvorstand als auch der Vorstandsvorsitzende aller US-börsennotierten Unternehmen sind so nach den Auflagen des SOA für die Richtigkeit der Unternehmensberichterstattung unmittelbar persönlich haftbar.³⁸ Der Geltungsbereich des SOA erstreckt sich dabei auf ca. 7500 in den Vereinigten Staaten börsennotierte Unternehmen, unter denen sich auch eine Reihe deutscher Unternehmen aus dem Marktsegment des Prime Standards befinden.³⁹

Auch die vom International Accounting Standards Board (IASB) herausgegebenen International Financial Reporting Standards (IFRS) treffen in ihrem Geltungsbereich verschiedene Angaben zu Form und Inhalt der von Unternehmen zu erstellenden Risikoberichte. Vornehmlich in den erforderlichen Angaben zur Risikopolitik, zum Zinsänderungsrisiko, zum Ausfallrisiko und zum beizulegenden Zeitwert sowie zu den Methoden seiner Entwicklung ist es dabei Zielsetzung der Standards, die Adressaten des Risikomanagements in die Lage zu versetzen, den Einfluss von Finanzierungsinstrumenten auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage abschätzen zu können sowie Informationen über die Handhabung von finanziellen Risiken im Unternehmen zu erhalten.⁴⁰

³⁷ vgl. Stiefl 2010, S. 21

³⁸ vgl. Stiefl 2010, S. 21

³⁹ vgl. Stiefl 2010, S. 22

⁴⁰ vgl. Stiefl 2010, S. 22

Neben den bereits betrachteten staatlich geregelten Interessen an einem intakten Kapitalmarkt übernehmen auch Kreditinstitute eine zentrale volkswirtschaftliche Rolle. Ausgehend von der Zielsetzung, ein einheitliches sowie gleichermaßen verbessertes System für die internationale Bankenaufsicht zu etablieren, verlangen die Anforderungen der Basel-II-Regelungen eine umfassendere, differenziertere sowie individuellere Behandlung der Bankenrisiken insbesondere im Rahmen der Kreditvergabe.

Da die zuvor vorgestellten rechtlichen Rahmenbedingungen des Risikomanagements in Unternehmen vornehmlich in den Bestimmungen des KonTraG begründet liegen, erscheint die Auswirkung dieser normativen Regelungen auf den deutschen Mittelstand zunächst sehr eingeschränkt. Entgegen dieser Annahme ist jedoch bereits bei genauerer Betrachtung der Begründung des Gesetzgebers zum KonTraG dessen Ausstrahlungswirkung auf andere Unternehmensformen deutlich erkennbar.⁴¹ Dabei wird der Verzicht auf eine entsprechende Regelung im GmbHG vom Gesetzgeber in der Tatsache begründet, dass „davon auszugehen [ist], dass für GmbHs je nach ihrer Größe, Komplexität, ihrer Struktur usw. nichts anderes gilt und die Neuregelung Ausstrahlungswirkung auf den Pflichtenrahmen der Geschäftsführer auch anderer Gesellschaftsformen hat.“⁴²

Auch wenn sowohl Gesetzgebung als auch Literatur bis heute keine allgemein anerkannten Kriterien definiert haben, die eine Grenzziehung zwischen zur Einrichtung eines Risikomanagements verpflichteten Unternehmen und solchen, die nicht unter die Ausstrahlungswirkungen der gesetzlichen Regelungen fallen, ermöglichen, ist doch davon auszugehen, dass es für einen erheblichen Teil der mittelständischen Unternehmen in Deutschland durchaus zweckdienlich ist, eine strukturierte und fortlaufende Handhabung der

⁴¹ vgl. Gleissner 2011, S. 34

⁴² BT-Dr. 13/9712 vom 28.02.1998, S. 15

eigenen Risikosituation sicherzustellen, um die systematische Auseinandersetzung mit der Gesamtrisikolage des Unternehmens zu ermöglichen.⁴³

Während die Etablierung eines unternehmensinternen Risikomanagements nach den Auflagen des KonTraG zunächst lediglich dem Schutz der Unternehmensleitung vor möglichen Haftungsrisiken und der Konfliktvermeidung mit Wirtschaftsprüfern und Behörden dient, stellt sich alsbald die Frage nach dem kaufmännischen Nutzen eines unternehmensweiten Risikomanagements. Der Aufwand einer rein formaljuristischen Etablierung des Risikomanagements sieht sich so mit der Aufgabe der Generierung eines ökonomischen Nutzens konfrontiert. Nur wo ist nun eben dieser ökonomische Nutzen des Risikomanagements zu finden?⁴⁴

Unternehmen sehen sich in ihrer Tätigkeit immer größeren Risikopotenzialen ausgesetzt. Die fortschreitende Globalisierung erhöht zunehmend die Sensibilität der Märkte, lokale Ereignisse senden globale Schockwellen aus und Volatilitäten nehmen zu. Im Rahmen dieser Entwicklungen ist die Zahl der Insolvenzen in Deutschland insbesondere im Bereich der mittelständischen Unternehmen stetig gewachsen und stellt die Anforderungen an ein gezieltes Risikomanagement vor immer neue Herausforderungen.⁴⁵ Vor allem die zunehmend sichtbar werdenden Unvollkommenheiten der Märkte, die sich vorrangig in Finanzierungsrestriktionen und limitierten Verschuldungsmöglichkeiten für Unternehmen niederschlagen, heben die wirtschaftlichen Nutzenpotenziale des Risikomanagements vor dem Hintergrund dieser Entwicklungen deutlich hervor.⁴⁶

Zusammenfassend zeigt sich der ökonomische Nutzen des Risikomanagements so speziell vor dem Hintergrund der unvollkommenen Kapitalmärkte und der damit verbundenen Notwendigkeit ei-

⁴³ vgl. Stroeder 2008, S. 184-185

⁴⁴ vgl. Gleissner 2011, S. 13

⁴⁵ vgl. Merbecks et al. 2004, S. 26-27

⁴⁶ vgl. Gleissner 2011, S. 14

ner dauerhaften Existenz- und Erfolgssicherung der Unternehmen, der Schaffung strategischer Vorteile gegenüber möglichen Wettbewerbern sowie der Ausschöpfung von Möglichkeiten zur Verbesserung der Konditionen im Rahmen der Kapitalbeschaffung. Die hier betrachtete ökonomische Fundierung des Risikomanagements schlägt sich dabei gleichermaßen in Vorteilsgenerierung für Großunternehmen sowie auch für den deutschen Mittelstand nieder.⁴⁷

4 Das Risikomanagementsystem

4.1 Aufbau eines Risikomanagementsystems

Das Risikomanagementsystem bildet die Gesamtheit der im Unternehmen etablierten Maßnahmen- und Regelstruktur zum Umgang mit Unternehmensrisiken.⁴⁸ Dabei zielt die Einrichtung eines innerbetrieblichen Risikomanagementsystems folglich darauf ab, durch dokumentierte organisatorische Regelungen sicherzustellen, dass die Gesamtrisikolage des Unternehmens in regelmäßigen Abständen neu bewertet wird, die Ergebnisse der Unternehmensführung kommuniziert und rechtzeitig adäquate Risikobewältigungsmaßnahmen eingeleitet werden.⁴⁹ Den Vorgaben der Literatur folgend, lässt sich das unternehmensinterne Risikomanagement in verschiedene Subsysteme parzellieren (siehe Abbildung A - 2).⁵⁰

⁴⁷ vgl. Gleissner 2011, S. 14

⁴⁸ vgl. Kajüter 2012, S. 19

⁴⁹ vgl. Gleissner 2011, S. 12

⁵⁰ vgl. Kajüter 2012, S. 19-20

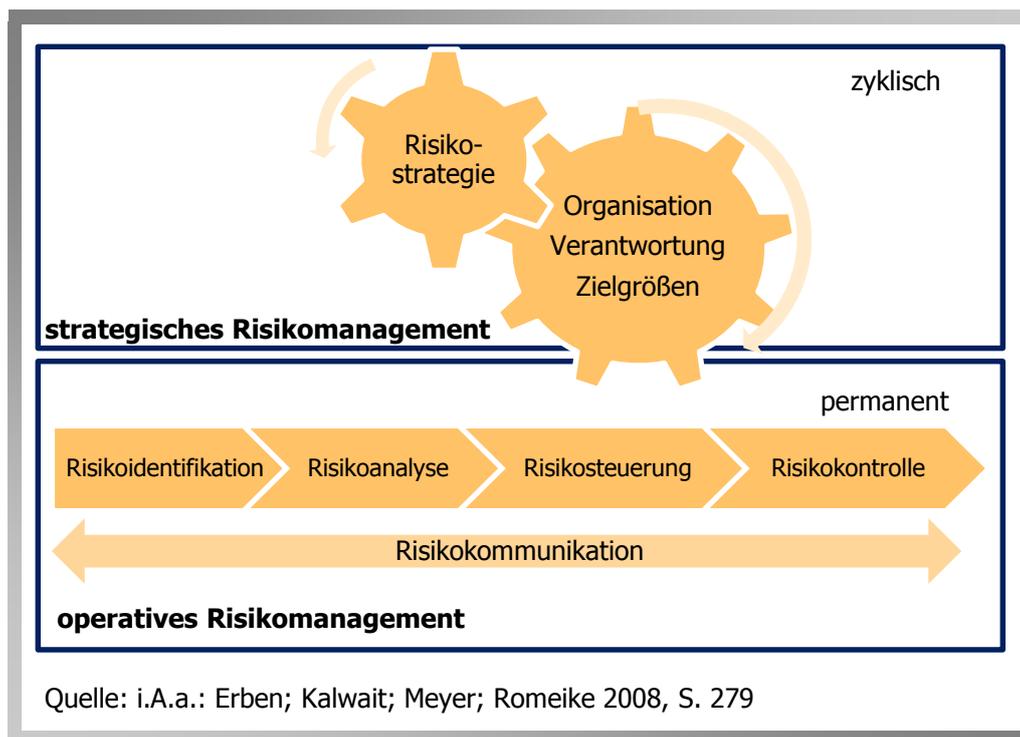


Abbildung A - 2: Das Risikomanagementsystem

Auf einer ersten Gliederungsebene ist so zunächst zwischen dem strategischen und dem operativen Risikomanagement zu unterscheiden. Während hier auf strategischer Ebene in einem zyklischen Prozess die konstitutiven Rahmenvorgaben für das operative Risikomanagement definiert werden, erfolgt auf operativer Ebene ergänzend die Steuerung der Unternehmensrisiken in einem – im weiteren Verlauf noch näher zu betrachtenden – permanenten Risikomanagementprozess.⁵¹

4.2 Risikostrategie

Grundlegend bezeichnet der Terminus „Strategie“ im Kontext der Betriebswirtschaftslehre *das Rahmenkonzept für die längerfristige Erreichung unternehmerischer Absichten und Ziele*.⁵² Folglich ist es Aufgabe der Risikostrategie, die Grundpfeiler der organisatorischen Umsetzung des Risikomanagements zu bestimmen. Durch die Etablierung reproduzierbarer Verhaltensnormen in Bezug auf die Handhabung von Risiken im Unternehmensbereich soll so die Funktions-

⁵¹ vgl. Erben et al. 2008, S. 279

⁵² vgl. Campenhausen 2006, S. 33

fähigkeit des Risikomanagements vor dem Hintergrund der unternehmerischen Zielsetzungen sichergestellt werden.⁵³

Die Bereitstellung von Rahmenvorgaben bezüglich der Risikotragfähigkeit sowie der Risikopräferenz im Unternehmen sind dabei die Kernelemente einer zu formulierenden Risikostrategie.⁵⁴ Sie sollen eine Anleitung für das Tagesgeschäft im Umgang mit Risiken kommunizieren und dabei stets die Betrachtung von Einzelrisiken im Zusammenhang mit der Gesamtrisikolage des Unternehmens wahren, bevor im Rahmen des strategischen Risikomanagements die Festlegung von organisatorischen Aufbaukonzepten und die Vergabe von Verantwortlichkeiten erfolgt.⁵⁵

Basierend auf den Ergebnissen einer zyklisch vorzunehmenden umfassenden Analyse ist es Aufgabe der Unternehmensleitung, die wesentlichen Positionen zu den oben genannten Rahmenvorgaben festzuschreiben, um Aussagen bezüglich der eigenen Struktur und Positionierung im Marktumfeld treffen zu können (siehe Abbildung A - 3).⁵⁶ Über die Risikostrategie werden so die Führungsgrößen in Bezug auf die Risikotragfähigkeit sowie die Risikopräferenz des betreffenden Unternehmens vorgegeben, die im Anschluss Zielsetzungen des operativen Risikomanagements festschreiben.⁵⁷⁵⁸

⁵³ vgl. Ebert 2006, S. 81

⁵⁴ vgl. Campenhausen 2006, S. 33

⁵⁵ vgl. Ebert 2006, S. 82

⁵⁶ vgl. Erben et al. 2008, S. 283-284

⁵⁷ vgl. Erben et al. 2008, S. 179

⁵⁸ vgl. Scharpf und Luz 1996, S. 50

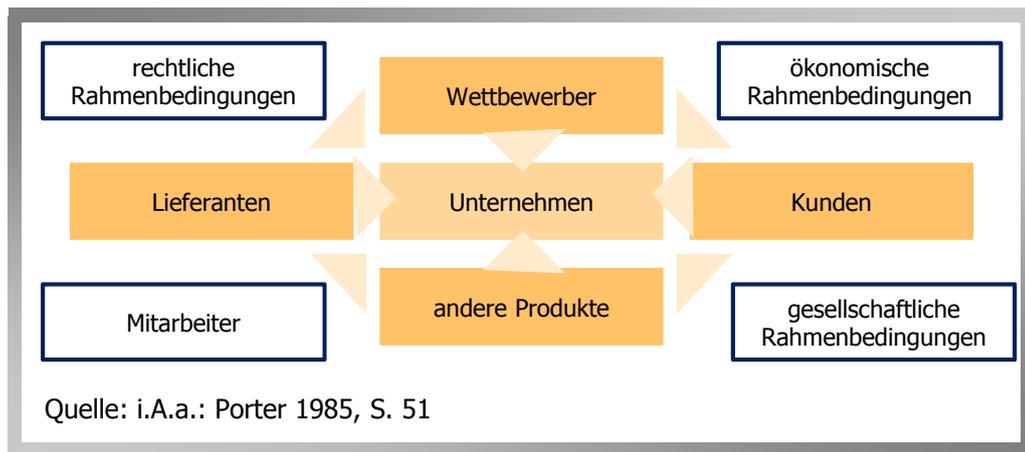


Abbildung A - 3: Einflussfaktoren der externen Unternehmensumwelt

4.3 Organisation und Verantwortung im Risikomanagement

Im Rahmen der strategischen Risikohandhabung zählt neben der Ausgestaltung der individuellen Risikostrategie ferner auch die organisatorische Umsetzung dieser Rahmenvorgaben im Unternehmen zu den konstitutiven Aufgaben des Risikomanagements. Die Festlegung von Behandlungs- und Abwicklungsmethoden des Risikos in einem nachhaltigen Risikomanagementprozess zur Entwicklung einer unternehmenseigenen Risiko- und Kontrollkultur soll Mitarbeiter des Unternehmens dabei zu einem verantwortungsvollen Umgang mit Unternehmensrisiken anleiten.⁵⁹

Ausgehend von den Auflagen der Risikostrategie müssen im Kontext des strategischen Risikomanagements daher Aufgaben und Verantwortungsbereiche für den Umgang mit Risiken im Unternehmen definiert werden. Dabei sind sämtliche Organisationsebenen der Betriebe zu berücksichtigen, um die konsequente Handhabung von Risiken im Unternehmenskontext in den strategischen, taktischen und operativen Verantwortungsbereichen über sämtliche Instanzen sicherzustellen. Erst die eindeutigen organisatorischen Rahmenvorgaben und die detaillierte Festlegung von Verantwor-

⁵⁹ vgl. Campenhausen 2006, S. 36

tungsbereichen gewährleisten so – im Rahmen des strategischen Risikomanagements – den reibungslosen Ablauf des nachfolgend zu betrachtenden operativen Umgangs mit Risiken im Unternehmen.⁶⁰

4.4 Der Risikomanagementprozess

Um die systematische Umsetzung des strategischen Risikomanagements auf operativer Ebene gewährleisten zu können, liefert die Literatur eine Vielzahl möglicher Umsetzungsvarianten – die am häufigsten verwendete und hier als praktikabelste erachtete Einteilung betrachtet das operative Risikomanagement jedoch als einen mit der Zeit fortlaufenden dynamischen Prozess.⁶¹ Grundlegende Aufgabe des Risikomanagementprozesses ist es dabei sicherzustellen, dass Risiken des Unternehmens identifiziert und bewertet sowie im Falle ihrer Relevanz systematisiert an Entscheidungsträger weitergeleitet werden, so dass die rechtzeitige Ergreifung von Risikosteuerungsmaßnahmen gewährleistet ist. Die Aufgaben des operativen Risikomanagements sind dabei in die Prozessschritte der Risikoidentifikation, der Risikoanalyse, der Risikosteuerung und der Risikokontrolle zu staffeln.⁶²

Ziel der folgenden Ausführungen ist es, anhand der Betrachtung der Prozessbestandteile des operativen Risikomanagements Aufgaben und Ziele der einzelnen Schritte näher herauszuarbeiten und ihre Relevanz vor dem Kontext des Risikomanagementsystems zu betrachten.

Als Informationsbasis des operativen Risikomanagements kommt der *Risikoidentifikation* eine zentrale Bedeutung im Risikomanagementsystem zu. Sie verfolgt die Zielsetzung einer *rechtzeitigen, schnellen, vollständigen und wirtschaftlichen Erfassung aller we-*

⁶⁰ vgl. Ebert 2006, S. 85-89

⁶¹ vgl. Wolke 2008, S. 10

⁶² vgl. Denk 2008, S. 82

*sentlichen Chancen und Risiken, die auf das Zielsystem des Unternehmens wirken.*⁶³

In ihrer Funktion beschäftigt sich die Phase der Risikoidentifikation vornehmlich mit der systematischen und strukturierten Erfassung aller Chancen und Risiken die im Zusammenhang mit der Unternehmenstätigkeit zu benennen sind. Eine solche Vorgehensweise im Rahmen des operativen Risikomanagements soll so die Kategorisierung und Gruppierung von Risiken zur leichteren Definition und Verfolgung von Maßnahmen sicherstellen und über die Erfassung der auf das Zielsystem wirkenden Risiken hinaus auch die Berücksichtigung solcher Risiken gewährleisten, die noch keine unmittelbare wirtschaftliche Auswirkung entfalten (potenzielle Risiken). Ergebnis der Risikoidentifikation ist dabei eine systematische Übersicht der Chancen- und Risikopotenziale des Unternehmens.⁶⁴ Als Kernprozess des operativen Risikomanagements liefert die Phase der Risikoanalyse durch die Entwicklungen von Daten und Informationsgrundlagen aus ihren Teilprozessen, der Risikobewertung und Aggregation, die Basis für später notwendige Risikosteuerungsmaßnahmen.⁶⁵

Basierend auf den Ergebnissen der Risikoidentifikation umfasst die *Risikoanalyse die möglichst vollständige und quantitative bzw. qualitative Beurteilung aller zuvor identifizierten Risiken*. Durch diese Quantifizierung bzw. Qualifizierung können Risiken im Rahmen der Risikobewertung anschließend entsprechend ihrer Bedeutung und ihres Gefährdungspotenzials für das Unternehmen beurteilt werden und anhand einer Priorisierung der aggregierten Risikopotenziale durch eine gezielte Ausrichtung der Maßnahmen der Risikosteuerung behandelt werden. Die Zielsetzung der Risikoanalyse besteht demnach in der transparenten Gestaltung aller ursächlichen Struk-

⁶³ vgl. Burger 2002, S. 31-41

⁶⁴ vgl. Denk 2008, S. 82-83

⁶⁵ vgl. Wolke 2008, S. 11

turen und Interdependenzen zwischen verschiedenen Risikogruppen und der Offenlegung ihrer Wirkungsfelder.⁶⁶

Die Ergebnisse der zuvor betrachteten Risikoanalyse stellen die Unternehmensführung im folgenden Prozessschritt des operativen Risikomanagements vor die Aufgabe der Ergreifung und Durchführung geeigneter Maßnahmen, die im Rahmen einer wirksamen Risikosteuerung in Erwägung zu ziehen sind. Die hier zur Verfügung stehenden Instrumente der Steuerungsmaßnahmen sind dabei ebenso zahlreich wie komplex, so dass auf eine gesonderte Vorstellung der Instrumente im Einzelnen verzichtet wird. Vorrangig ist es daher Aufgabe der weiteren Ausführungen, die grundsätzliche Funktionsweise der Steuerungsinstrumente innerhalb des operativen Risikomanagements vorzustellen.⁶⁷ Unterschieden wird dabei, wie aus Abbildung A - 4 ersichtlich, zwischen den Steuerungsmaßnahmen der *Risikovorsorge*, der *Risikovermeidung*, der *Risikoverminderung*, der *Risikodiversifikation*, dem *Risikotransfer* sowie der *Risikoakzeptanz*.⁶⁸

⁶⁶ vgl. Denk 2008, S. 102-103

⁶⁷ vgl. Wolke 2008, S. 79

⁶⁸ vgl. Denk 2008, S. 129-130

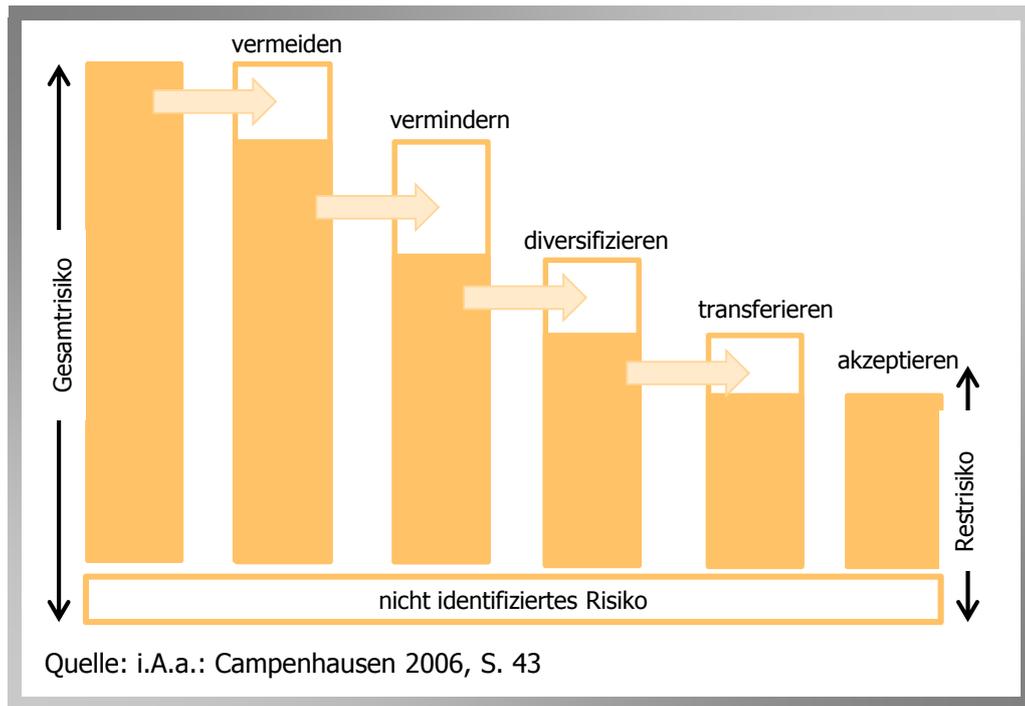


Abbildung A - 4: Gesamtkonzept der Risikosteuerung

4.5 Die Risikokommunikation

Der Prozess des operativen Risikomanagements wird in seiner Funktion durch die stetige Kommunikation zwischen den verschiedenen Elementen des Risikomanagementprozesses begleitet. Losgelöst vom Rahmen des Prozessschemas beinhaltet die *Risikokommunikation* dabei die ständige Übermittlung von relevanten Informationen für das operative Risikomanagement und für die hier verantwortlichen Akteure. Zentrale Aufgabe der Risikokommunikation ist demnach die *Sicherstellung des Informationsflusses über die aktuelle sowie die potenzielle Chancen- und Risikolage des Unternehmens zwischen allen wesentlichen Stellen und Verantwortungsträgern* – zu berücksichtigen sind dabei alle Ergebnisse der Risikoidentifikation, -analyse und -steuerung sowie der Risikokontrolle.⁶⁹

5 Empirie

5.1 Konzeption, Methodik und Datenbasis der Studie

Primäres Ziel der durchgeführten Unternehmensbefragung ist die Abbildung und Analyse des tatsächlichen Erkenntnis- und Umset-

⁶⁹ vgl. Denk 2008, S. 134

zungsstandes zum Risikomanagement in der mittelständischen Unternehmenspraxis. Dabei sollen neben der Funktion der mittelständischen Risikomanagementsysteme im Detail auch die realen Beweggründe, Einschätzungen des generierten Nutzens sowie die Methodik und Organisationsform der Risikomanagementsysteme aus Sicht des deutschen Mittelstandes ermittelt werden. Das Ergebnis der Studie ist in diesem Kontext eine Bestandsaufnahme der Thematik des Risikomanagements in mittelständischen Unternehmen in Bezug auf seine bisherige Bedeutung und mögliche offene Potenziale in der Nutzung der vorgestellten Systeme.

Aufbau und Struktur der Befragung sollten eine schnelle und strukturierte Beantwortung der Fragestellungen ermöglichen. Der Fragenkatalog nimmt dabei nach einer ersten Abfrage des Unternehmensprofils in Bezug auf Branchenzugehörigkeit, Jahresumsatz und Betriebsgröße eine grobe Einordnung der befragten Unternehmen vor, bevor im weiteren Verlauf zunächst allgemeine Positionen zu Beweggründen und Nutzensvorteilen eines internen Risikomanagements sowie der Risikosituation im eigenen Betrieb abgefragt werden. Der Hauptteil des Fragenkatalogs beschäftigt sich anschließend mit Konzepten der Aufbauorganisation und Verantwortung sowie der Umsetzung des operativen Risikomanagements in der mittelständischen Unternehmenspraxis. Abschließend wird die persönliche Einschätzung der Befragten zum Umsetzungsstand des Risikomanagements im eigenen Unternehmen abgefragt, um im Rahmen der Analyseergebnisse identifizierte ungenutzte Potenziale eines systemgestützten Risikomanagements sowie mögliche Handlungsbedarfe in der mittelständischen Unternehmenspraxis offenzulegen.

Die Auswahl der für die Zwecke der empirischen Untersuchung infrage kommenden Unternehmen erfolgte zunächst durch Zuhilfenahme der im Rahmen der theoretischen Grundlegung vorgenommenen quantitativen Eingrenzungskriterien des zugrunde liegen-

den Mittelstandsverständnisses. Eine weitere Selektion der Unternehmen nach differenzierteren Kriterien kam für die Studie jedoch nicht in Betracht, so dass nach einer Vorauswahl der zur Verfügung stehenden Datenbasis durch die IHKs Dortmund, Hagen, Siegen und Hamm bereits in den ersten Wochen der Bearbeitungszeit der E-Mail-Versand des Fragenkatalogs an die erhaltenen Kontaktadressen erfolgte.

Im Rahmen dieser Befragung konnten durch den Versand des Fragenkatalogs an 1350 Unternehmen, die die zuvor festgelegten quantitativen Selektionskriterien erfüllten, die Einschätzungen und Bewertungen von 58 kleinen und mittelständischen Unternehmen zum Themengebiet „Risikomanagement im Mittelstand“ eingeholt werden. Dies entspricht einer Rücklaufquote von 4,3%.

Aufgrund der vor dem Hintergrund empirischer Untersuchungen zu erwartenden geringen Rücklaufquoten werden die Ergebnisse der durchgeführten Befragung über die empirisch erhobene Datenbasis hinaus durch Inhalte der im Rahmen der Recherchearbeiten geführten Experteninterviews (siehe Anhang) in deutschen Großunternehmen streckenweise ergänzt und validiert. Beobachtungen und Erkenntnisse zum Risikomanagement in den Befragten Großunternehmen sollen dabei das Vorbild für die zu untersuchenden Risikomanagementstrukturen im deutschen Mittelstand dienen und so eine qualitative Einordnung der empirischen Untersuchungsergebnisse ermöglichen.

5.2 Risikomanagement der Großunternehmen

5.2.1 Aufbau und Ziel der Befragung der Großunternehmen

Die im Zusammenhang mit den Forschungsbemühungen der vorliegenden Arbeit geführten Experteninterviews mit Entscheidungsträgern und Verantwortlichen der Risikomanagementsysteme der deutschen Großunternehmen Rhenus, RWE, Signal Iduna und Shell liefern in einem ersten Arbeitsschritt zunächst ein grobes Rahmen-

konzept für die Präsentation der im weiteren Verlauf zu betrachtenden Untersuchungsergebnisse.⁷⁰ Aufgrund differenzierter gesetzlicher Auflagen und Regularien sowie breiter aufgestellter Personal- und Kapitalressourcen, auf die vor dem Hintergrund der Integration effektiver Risikomanagementsysteme zurückgegriffen werden kann, sollen die Organisations- und Aufbaukonzepte der Großunternehmen dabei einen branchenübergreifenden Vorbildcharakter für den zu untersuchenden Entwicklungs- und Erkenntnisstand zum Risikomanagement in mittelständischen Unternehmen repräsentieren⁷¹.

5.2.2 Risikostrategie und Aufbauorganisation

Wesentlicher Ausgangspunkt für die Integration wirksamer Risikomanagementsysteme ist in einem ersten Analyseschritt die Einholung von Aussagen bezüglich des Risikobewusstseins und -kulturstandes im Tagesgeschäft der deutschen Großunternehmen. Die durch die Unternehmensleitung bestimmte und vorgelebte Wahrnehmung von Risiken im Unternehmensbereich ist dabei in allen befragten Unternehmen durch differenzierte Vorgaben der Vorstände und Geschäftsleitungen in Bezug auf die Risikodefinition und -strategie, die Festlegung von Aufgabenbereichen und Verantwortlichkeiten, Berichterstattungszyklen, Geltungsbereichen sowie Auflagen bezüglich der Dokumentation und Überwachung der Systeme geregelt. Insbesondere die Thematik der Risikostrategie gewinnt nach Aussagen der Unternehmensvertreter dabei zunehmend an Relevanz. Existenzbedrohende Risiken auszuschalten, Erfolg schmälernde Risiken zu limitieren und gleichzeitig chancenbergende Risiken in geltenden Rahmenbedingungen gewinnbringend einzugehen, ist dabei zentrale Devise aller strategischen Entscheidungen in Bezug auf die Handhabung von Risiken in der Unternehmenspraxis deutscher Großunternehmen.

⁷⁰ Um keine Rückschlüsse auf einzelne Unternehmen ziehen zu können, werden die Ergebnisse der Interviews nur in zusammengefasster, aggregierter Form dargestellt.

⁷¹ Strobel 07.08.2012; Tappe 21.08.2012; Butzke 28.08.2012; Alebrand 31.08.2012

Die hohen Ansprüche an die Risikohandhabung im Unternehmenskontext werden in der Praxis der befragten Großunternehmen dabei häufig durch konkrete Schulungen, Informationsbereitstellungen und E-Learning-Angebote für betroffene Mitarbeiter und Risikoverantwortliche unterstützt. Die Tragweiten der in diesem Zusammenhang zu beurteilenden Risiken sind darüber hinaus in einer differenzierten Gliederung der Verantwortlichkeiten nach den verschiedenen Risikofeldern im Unternehmen aufgeschlüsselt, um die funktionierende Aufbau- und Ablauforganisation innerhalb der Risikomanagementsysteme sicherzustellen.

5.2.3 Risikomanagementprozess

Im Rahmen der Risikoidentifikation ist die Relevanz einer strukturierten sowie frühzeitigen Erfassung aller wesentlichen Risiken eines Unternehmens von zentraler Bedeutung.⁷² Um diesen Anforderungen nachzukommen, haben die befragten Großunternehmen eine breite Auswahl möglicher Methoden zur Identifikation von Risiken in ihren Risikomanagementsystemen etabliert. Mithilfe von Risikokatalogen, Erhebungsbögen, der Beobachtung von Frühwarnindikatoren und Kennzahlen sowie der Nutzung von IT-Eingabertools werden die Aufgaben der Risikoidentifikation zunehmend strukturiert unterstützt und die auf diese Weise gewährleistete zeitnahe und systematische Erfassung aller relevanten Risiken an wichtige Schnittstellen der operativen Risikomanagementsysteme weitergeleitet.

Wie bereits beschrieben ist es, im anschließenden Prozessschritt des operativen Risikomanagementsystems Aufgabe der Unternehmen, Risiken anhand ihrer Eintrittswahrscheinlichkeiten und möglichen Schadenshöhen in einem ersten Schritt zu bewerten und anschließend zu aggregieren.⁷³ In den Interviews mit den betreffenden Großunternehmen ergaben sich insbesondere im Bereich der Risi-

⁷² vgl. Denk 2008, S. 82-83

⁷³ vgl. Denk 2008, S. 102-103

koanalyse verschiedenartige Ansichten über zu berücksichtigende Schadensbezugsgrößen, anzuwendende Schadensklassifizierungen und die richtigen Risikomaße.

Während eine erste Bewertung von Risiken im Rahmen der Risikoanalyse in einigen Unternehmen über die Ermittlung von Schätz- und Erfahrungswerten vorgenommen wird, verlassen sich andere Unternehmen bereits auf die Ergebnisse modernerer Methoden wie beispielsweise der Szenario-Technik sowie mathematischer Modelle und Simulationsverfahren. Vor dem Hintergrund der Bezugsgrößen für eine vorzunehmende Bewertung der Unternehmensrisiken konzentrieren sich die Angaben der befragten Unternehmen dabei vornehmlich auf den Bereich der Ergebniskennzahlen. Während die Auswirkungen der Risikopotenziale auf kurzfristige Erfolgsgrößen wie den Umsatz in den Angaben der Unternehmensvertreter keine Rolle spielen, betrachtet die Mehrzahl der befragten Großunternehmen die Risikoauswirkungen auf Ergebnisgrößen wie beispielsweise den EBIT (Earnings Before Interest and Taxes). Lediglich für eins der befragten Unternehmen stellte der Cashflow die entscheidende Bezugsgröße im Rahmen der Risikoanalyse dar. In Bezug auf eingesetzte Schadensklassen stimmten die Angaben der befragten Unternehmen in ihren Grundzügen jedoch wieder überein. Mithilfe einer Zuordnung der bewerteten Risikofelder und ihrer ermittelten möglichen Schadenshöhen zu zuvor definierten Risikoklassen möchten die Unternehmen eine schnelle und praktikable Klassifizierung der Risiken im Rahmen der Aufgaben der Risikobewertung sicherstellen, um die im Zusammenhang mit der Risikoaggregation abzubildende Gesamtrisikolage des Unternehmens besser erfassen zu können.

Unter die Risikoaggregation, dem zweiten Kernelement der Risikoanalyse, fallen alle Anstrengungen einer systematischen Aggregation und Bewertung der bisher betrachteten Einzelrisiken zu einem aussagekräftigen Bild der Gesamtrisikolage des eigenen Unterneh-

mens.⁷⁴ Für eine realistische Einschätzung der Gesamtrisikosituation ist dabei zunächst die Ermittlung von Ursache-Wirkung-Zusammenhängen verschiedener Risikofelder von zentraler Bedeutung.⁷⁵ Um diesen Anforderungen an eine effiziente und effektive Risikoanalyse im Rahmen ihrer Risikomanagementsysteme Rechnung zu tragen, erfolgt die Betrachtung der Gesamtrisikolage der deutschen Großunternehmen vornehmlich durch die Ermittlung der Gesamtrisikowerte durch moderne Szenario-Techniken und Simulationsverfahren. Um anschließend eine vergleichbare und aussagekräftige Informationsbasis für die Unternehmensleitung aus den Ergebnissen der Risikoanalyse generieren zu können, nutzen die befragten Großunternehmen die Vorteile der Kennzahlensysteme, wobei die Ermittlung des „Value at Risk“ bis heute die am häufigsten verwendete Kennzahl zur Beurteilung der Entwicklungstendenzen in Bezug auf die Gesamtrisikolage der Großunternehmen repräsentiert. Die so in den Prozessen der Risikoanalyse gewonnenen Erkenntnisse ermöglichen in einem nächsten Schritt die Ergreifung geeigneter Maßnahmen für eine systematische Risikosteuerung.

Die Wirksamkeit unternehmensinterner Risikomanagementsysteme gründet nicht zuletzt in der Verknüpfung wichtiger Systemschnittstellen zu zentralen Steuerungsinstrumenten der Unternehmensführung.⁷⁶ Die befragten Unternehmen haben die Relevanz der Implementierung von Steuerungsschnittstellen längst erkannt und Anknüpfungspunkte für die Übermittlung der Erkenntnisse des Risikomanagements sowohl in den Bereichen der operativen als auch der strategischen Planungsebenen etabliert, um Planungsqualitäten und integrierte Steuerungsprozesse im Unternehmen kontinuierlich zu verbessern.

Der differenzierte Einsatz von Steuerungsinstrumenten aus Bereichen des IT-, Versicherungs-, Projekt-, Compliance- und Qualitäts-

⁷⁴ vgl. Denk 2008, S. 102

⁷⁵ vgl. Denk 2008, S. 102-103

⁷⁶ vgl. Denk 2008, S. 129-130

managements sowie des Beteiligungs- und Investitionscontrollings, der Finanzmarktkommunikation, der Managementberichterstattung und das Treasury ist in Großunternehmen längst an der Tagesordnung. Die aktive Steuerung von Risiken im Risikomanagement der Großunternehmen bindet so umfassende Maßnahmen und Instrumente von Risikovorbeugung bis Risikoakzeptanz in die operative Umsetzung der Systeme ein und ermöglicht den befragten Unternehmen auf breiter Fläche individuelle Gestaltungsmöglichkeiten ihrer Gesamtrisikolage.

Als Prozesselement des operativen Risikomanagements ist es Aufgabe der Risikokontrolle, im Rahmen der Einrichtung einer Überwachungsinstanz die Einhaltung sämtlicher spezifischer Regularien und unternehmensinterner Anforderungen an die Funktionen des Risikomanagements sicherzustellen.⁷⁷ In deutschen Großunternehmen beinhaltet diese Instanz des Risikomanagementkonzeptes vor allem die Plausibilisierung und Kontrolle der Vollständigkeit der aus den dargelegten Prozessschritten resultierenden Risikomeldungen. Abstimmungen mit anderen Stabsstellen wie aus den Bereichen des Controllings sowie Datenabgleiche zwischen internen und externen Quellen sollen dabei die Systeme des Risikomanagements in ihrer Ausgestaltung ständig unterstützen und Optimierungspotenziale identifizieren.

5.2.4 Kommunikationsstrukturen im Risikomanagement

Der systemübergreifende Prozess der Risikokommunikation umfasst in seiner Zielsetzung die kontinuierliche und zeitnahe Versorgung aller Risikoverantwortlichen im Unternehmenskontext mit risikorelevanten Informationen.⁷⁸ Durch die Integration der Risikokommunikation in separaten Risikoberichten und Managementberichterstattungen soll die Funktionalität dieses Prozesses auch im Tagesgeschäft der befragten Großunternehmen sichergestellt werden. Ne-

⁷⁷ vgl. Stiefl 2010, S. 124

⁷⁸ vgl. Denk 2008, S. 134

ben den monatlich bis quartalsweise erfolgenden Standardberichterstattungen sind die unternehmensinternen Meldeprozesse hier häufig jedoch um die Integration möglicher Ad-hoc-Berichte erweitert worden, um über die üblichen Berichtsstrukturen hinaus dem hohen Informationsbedarf der Unternehmensleitung in Bezug auf die Risikolage der Unternehmen gerecht zu werden.

5.2.5 Fazit zum Umsetzungsstand des Risikomanagements in Großunternehmen

Auch wenn das Feld des Risikomanagements selbst im Bereich der deutschen Großunternehmen noch immer als eine vergleichsweise junge Disziplin der Unternehmenssteuerung zu betrachten ist, zeigen die Ergebnisse der geführten Experteninterviews die deutliche Tendenz zur Integration des Risikomanagements in die Prozesse einer verantwortungsvollen und nachhaltigen Unternehmensführung. Das Risikomanagement deutscher Großunternehmen ist „Chefsache“ und wird in seiner Umsetzung durch differenzierte Vorgaben der Unternehmensleitung angewiesen. Die Relevanz des verantwortungsvollen Umgangs mit Risiken im Rahmen erfolgreicher und nachhaltiger Unternehmensführung ist in deutschen Großunternehmen erkannt und in Vorgeben und Konzeptionsansätzen der unternehmensinternen Risikomanagementsysteme integriert worden.

Die systemgestützte Umsetzung der externen und internen Anforderungen an die effiziente und effektive Handhabung von Risiken im Unternehmen ist dabei zentrales Element der Integrationsprozesse, die in ihren Aufbau- und Ablaufprozessen den ständigen Optimierungsanforderungen der dynamischen Unternehmensumwelten unterworfen sind. Dabei haben die Großunternehmen über die extern angestoßene Verpflichtung zur Integration der Risikomanagementsysteme in die Unternehmensführung hinaus auch den ökonomischen Nutzenvorteil in der Generierung strategischer Wettbewerbsvorteile und der Verbesserung der operativen Leistung ihrer Unternehmensstrukturen erkannt.

5.3 Risikomanagement in mittelständischen Unternehmen

5.3.1 Branchenstruktur der befragten mittelständischen Unternehmen

Dieser Studie liegen Angaben der Entscheidungsträger aus 58 mittelständischen Unternehmen in Deutschland zugrunde. Die befragten Unternehmen stammen aus vielen unterschiedlichen Branchen, mit einem Schwerpunkt in der Automobilindustrie (siehe Abbildung A - 5).

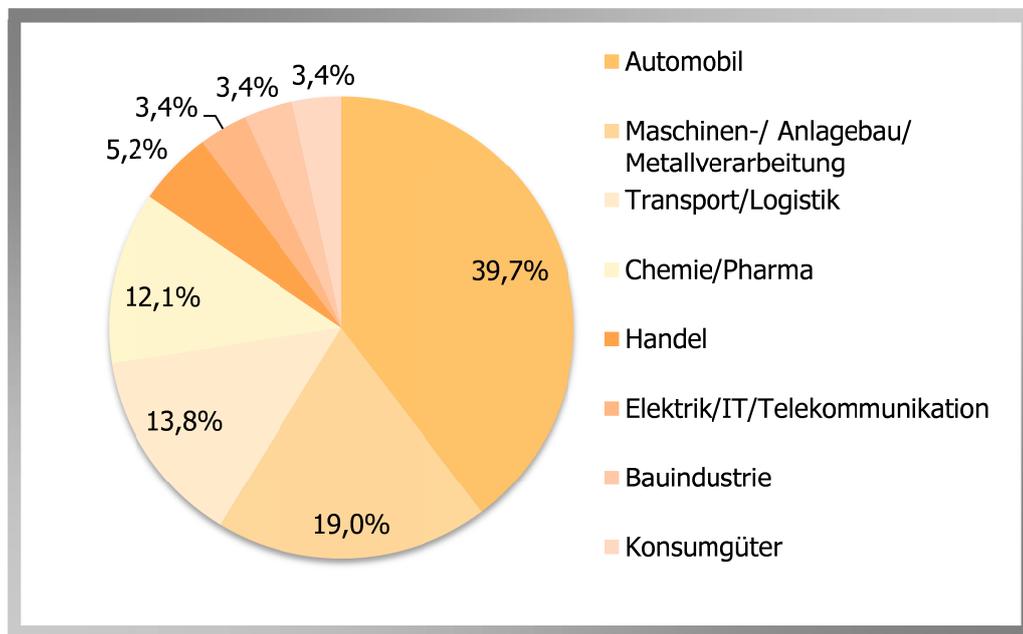


Abbildung A - 5: Branchenprofil der befragten Unternehmen im Überblick

5.3.2 Risikostrategie und Aufbauorganisation

62,1% der Unternehmen gaben an, bereits eine spezielle Einheit für das Risikomanagement ihres Unternehmens einzusetzen.

Bezüglich der organisatorischen Verankerung ihrer Risikomanagementsysteme sehen 67,2% der Unternehmen die Risikomanagementfunktion als Teilaufgabe der Controlling-Abteilungen. 27,6% vergeben die Aufgabe an Risikoverantwortliche für spezielle Einzelrisiken bzw. Risiken einer Abteilung, während lediglich 5,2% der befragten Unternehmen bereits ein spezielles Gremium für die or-

organisatorische Abwicklung der Funktionen des Risikomanagements eingesetzt hat (siehe Abbildung A - 6).

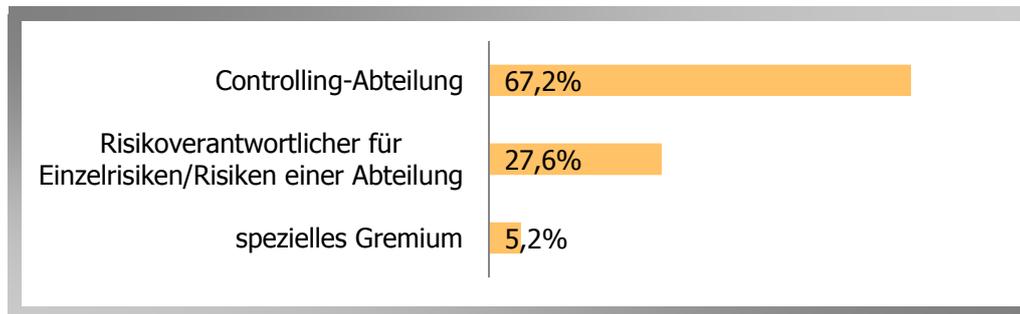


Abbildung A - 6: Einsatz einer speziellen Einheit für das Risikomanagement

Bezüglich der strategischen Orientierung der Risikomanagementsysteme im deutschen Mittelstand fällt jedoch auf, dass eine breite Mehrheit der Unternehmen nur kurzfristig zu erwartende Risiken in ihren Auswirkungen auf den Unternehmenserfolg berücksichtigen. Erst die frühzeitige Identifikation von Entwicklungen, die in einem Zeithorizont von mehr als zwei bis zu fünf Jahren auftreten können, würde jedoch das rechtzeitige Erkennen von strategischen Handlungs- und Reaktionsoptionen im Rahmen eines wirkungsvollen Risikomanagements ermöglichen. Nur 28,8% der Unternehmen betrachten die Risiken tatsächlich über einen Zeitraum von zwei Jahren hinaus (siehe Abbildung A - 7).

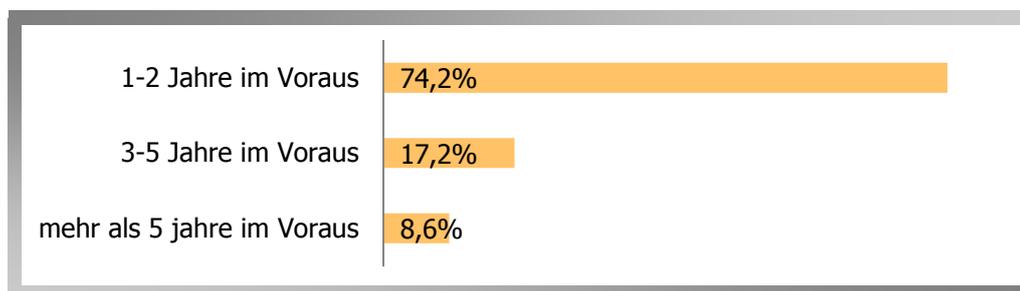


Abbildung A - 7: Zeitlicher Horizont des Risikomanagements

5.3.3 Risikomanagementprozess

Um im Rahmen ihres operativen Risikomanagements die Identifikation und Analyse von unternehmensrelevanten Risiken zu begünstigen, bewerten die Mittelständler mehrheitlich nach den klassischen

strategischen, operativen und finanziellen Risikofeldern ausgewählte Geschäftsbereiche (siehe Abbildung A - 8 und Abbildung A - 9). Damit werden die Ressourcen des Risikomanagements in mittelständischen Betrieben so die aus ihrer Sicht unternehmensrelevanten Risikofelder konzentriert.

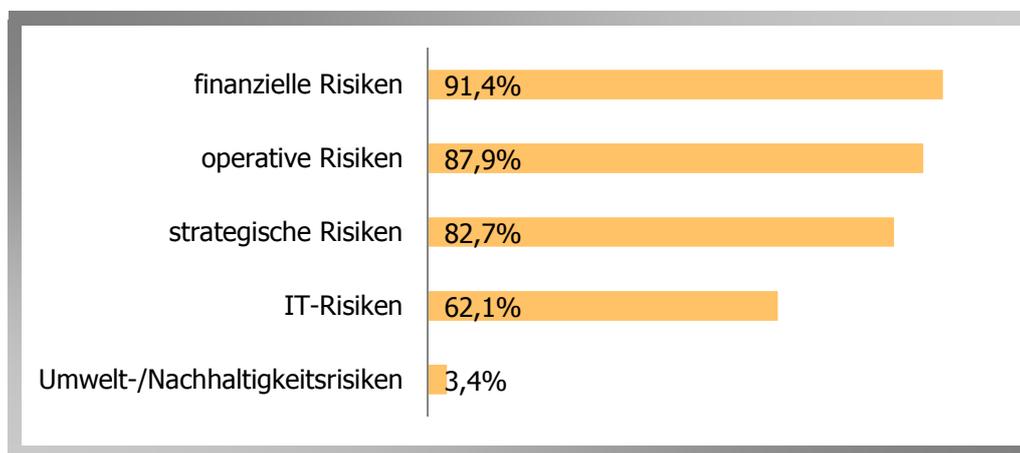


Abbildung A - 8: Betrachtete Risikofelder der Risikoidentifikation

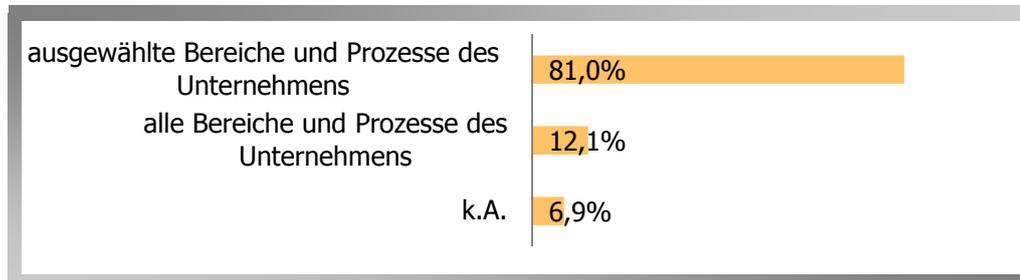


Abbildung A - 9: Spannweite der Risikoidentifikation

Im Rahmen einer adäquaten Risikoanalyse ist die Bewertung und Aggregation der Risikopotenziale anhand ihrer Eintrittswahrscheinlichkeiten und Schadensausmaße nicht nur Bestandteil der regulatorischen Rahmenbedingungen des Risikomanagements, sondern bildet vor dem Hintergrund des wirtschaftlichen Nutzens der Systeme zudem das Kernelement des operativen Risikomanagementprozesses.⁷⁹ Die Ergebnisse der durchgeführten Befragungen ergeben jedoch, dass eine Risikobewertung und Aggregation anhand der

⁷⁹ vgl. Wolke 2008, S. 11

Beurteilung von Eintrittswahrscheinlichkeiten und Schadensausmaßen im Kontext der Risikoanalyse lediglich von 29,3% der befragten mittelständischen Unternehmen durchgeführt wird (siehe Abbildung A - 10).

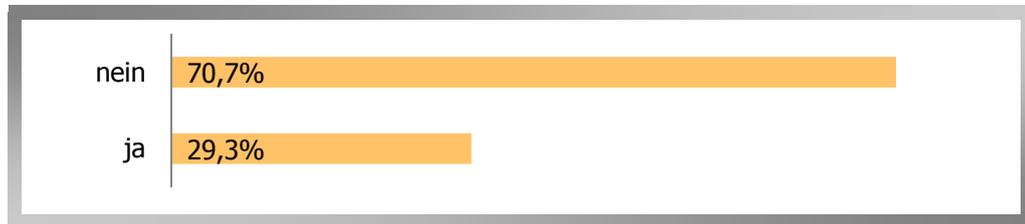


Abbildung A - 10: Risikobewertung anhand von Schadensausmaß und Eintrittswahrscheinlichkeit

Dabei ergänzen bereits 75,9% der befragten Unternehmen, die entsprechende Risikoanalysen vornehmen, quantitative Bewertungsparameter um die Aussagen erweiterter qualitativer Beurteilungen, um die Exaktheit und den Informationsgehalt der durchgeführten Analysen auch im Bereich der nicht quantitativ erfassbaren Risikopotenziale zu stützen (siehe Abbildung A - 11).

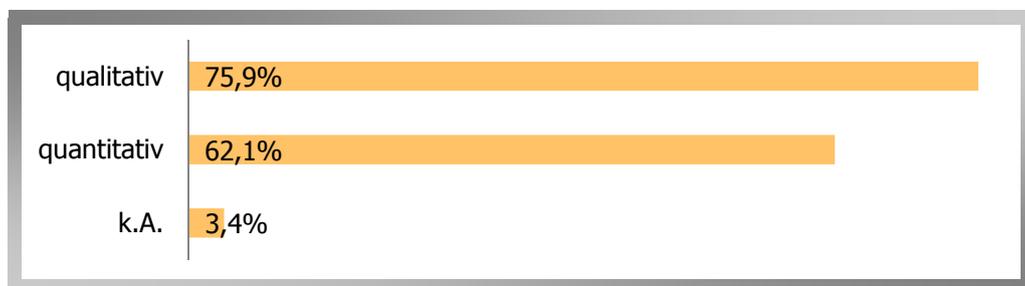


Abbildung A - 11: Risikobewertung im Mittelstand

Aufgabe der Risikosteuerung und Risikokontrolle ist die Ergreifung steuernder Maßnahmen im Hinblick auf einen strukturierten Umgang mit zuvor identifizierten, bewerteten und aggregierten Unternehmensrisiken sowie eine abschließende Wirksamkeitskontrolle der eingeleiteten Maßnahmen.⁸⁰

Wie aus Abbildung A - 12 ersichtlich, bindet auch der Mittelstand erste Steuerungsschnittstellen mit den Prozessen der Unterneh-

⁸⁰ vgl. Kajüter 2012, S. 196-198

mensplanung und -steuerung in die Funktionen seines operativen Risikomanagements ein. Um vorbeugenden bis transferierenden Einfluss auf die zuvor ermittelte Gesamtrisikolage des eigenen Unternehmens nehmen zu können, bedienen sich mittelständische Unternehmen folgender Steuerungsinstrumente im Umgang mit Unternehmensrisiken:

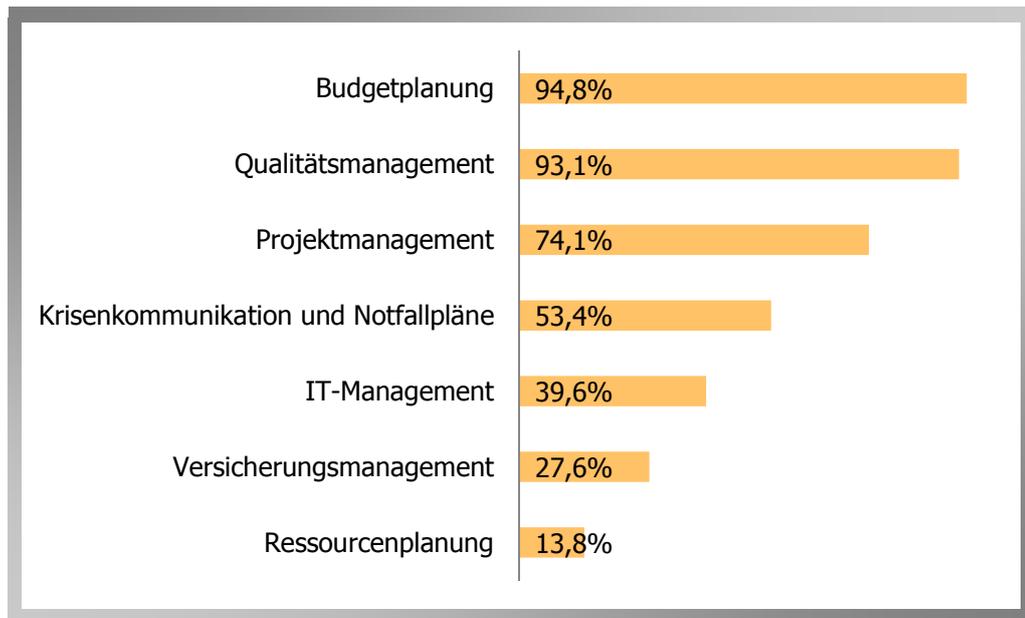


Abbildung A - 12:Steuerungsmaßnahmen im Umgang mit Unternehmensrisiken

In ihren Maßnahmen zur Risikokontrolle knüpfen die Systeme der mittelständischen Unternehmen überwiegend nahtlos an die Steuerungsinstrumentarien der Großunternehmen an. Überwachungen von Kosten und Verkaufszahlen, Audits von Projektergebnissen, Qualitätskontrollen sowie Prüfungen interner und externer Prozesse und IT-Sicherheit sind für die Unternehmen maßgeblich und bilden die zentralen Anknüpfungspunkte einer Risikokontrolle in den eigenen Systemen (siehe Abbildung A - 13).

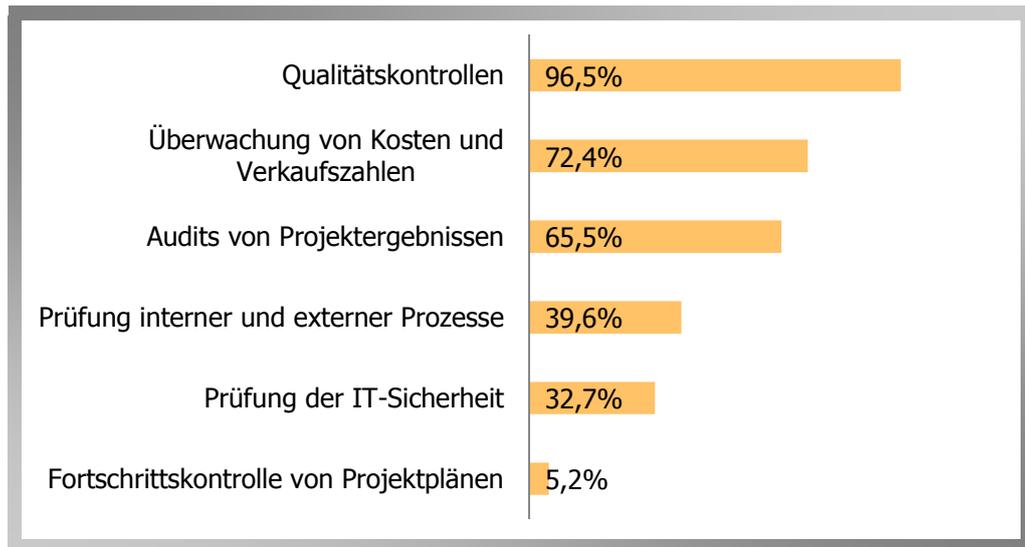


Abbildung A - 13: Überwachung des Risikomanagements

5.3.4 Kommunikationsstrukturen im Risikomanagement

Im Rahmen der Risikokommunikation gilt es die Sicherstellung des Informationsflusses über die aktuelle sowie die potenzielle Chancen- und Risikolage des Unternehmens zwischen allen wesentlichen Stellen und Verantwortungsträgern zu gewährleisten – zu berücksichtigen sind dabei alle Ergebnisse der Risikoidentifikation, -analyse und -steuerung sowie der Risikokontrolle.⁸¹

Neben einer vermehrten Verkürzung der üblichen Berichterstattungszyklen auf die Etablierung von Quartalsberichten bedienen sich die mittelständischen Unternehmen auch einer Ausweitung der Risikokommunikation auf Ad-hoc-Berichterstattungen, die bereits in 62,1% der befragten Unternehmen einen festen Bestandteil der Kommunikationsstrukturen im Risikomanagement bilden (siehe Abbildung A - 14).

⁸¹ Denk 2008, S. 134

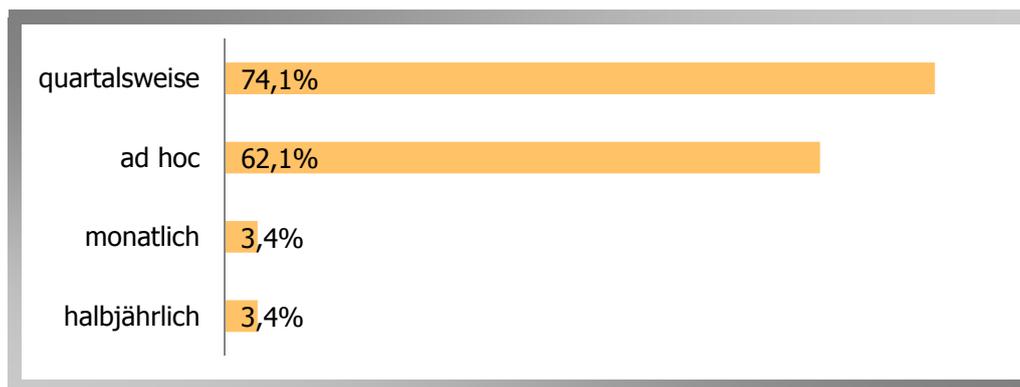


Abbildung A - 14: Intervalle der Risikoberichterstattung

5.3.5 Fazit zum Umsetzungsstand des Risikomanagements im Mittelstand

Die Nutzensvorteile eines systemgestützten Umgangs mit Risiken im Unternehmensbereich gelten auch in der mittelständischen Unternehmensrealität als grundsätzlich erkannt. Eine Einschätzung der Mittelständler hinsichtlich des Entwicklungs- und Zufriedenheitsstandes in Bezug auf die strukturierte Handhabung von Risiken im eigenen Unternehmen identifiziert vor diesem Hintergrund dennoch einige Handlungsfelder und Optimierungspotenziale der Systemintegrationen im Risikomanagement. Dabei liegen nach Einschätzung der Unternehmer die ungenutzten Potenziale insbesondere in den Prozessschritten des operativen Risikomanagementsystems (Abbildung A - 15 und Abbildung A - 16).

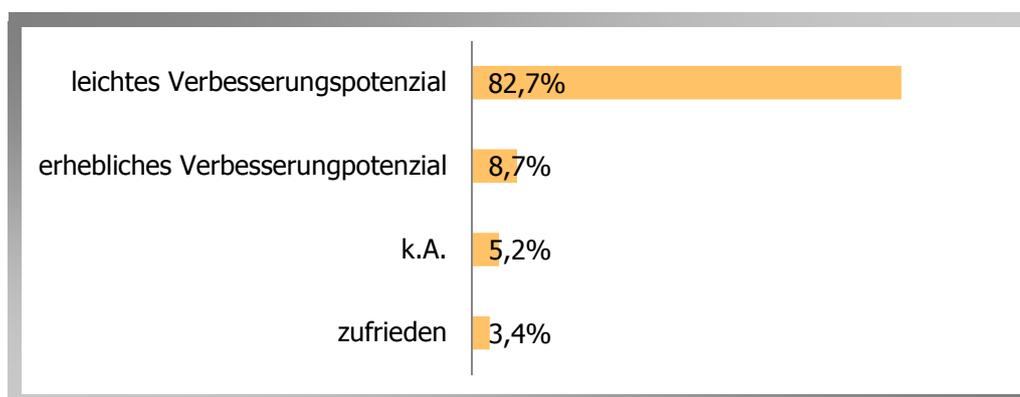


Abbildung A - 15: Zufriedenheitsstand im Risikomanagement

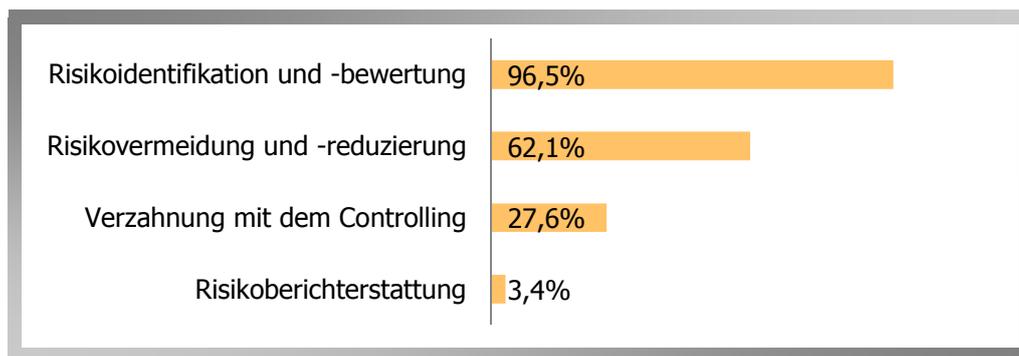


Abbildung A - 16: Optimierungspotenziale im Risikomanagement

Die Tatsache, dass der Entwicklungsstand integrierter Risikomanagementsysteme in mittelständischen Unternehmen vornehmlich in den operativen Kernprozessen des Risikomanagements, der Risikoidentifikation und -bewertung sowie der Risikosteuerung, als optimierungsbedürftig empfunden wird, unterstreicht neben den zuvor identifizierten positiven Entwicklungstendenzen in den Risikomanagementsystemen der mittelständischen Unternehmen auch den hohen Nachholbedarf, den der deutsche Mittelstand in Bezug auf ein effektives und effizientes Risikomanagement gegenüber Großunternehmen vertreten muss.

5.4 Vergleich der Risikomanagementsysteme

5.4.1 Gegenüberstellung der Risikomanagementansätze

Unter der Prämisse den Risikomanagementsystemen und -strukturen der deutschen Großunternehmen einen Vorbildcharakter für die Systemausgestaltung in mittelständischen Unternehmen zuzusprechen, ergibt sich aus den Ergebnissen der Unternehmensbefragung sowie aus den Inhalten der geführten Experteninterviews die im Folgenden genutzte Vergleichsbasis für eine Gegenüberstellung der Risikomanagement-Ansätze.

„Erfolgreiche Manager sind gute Risikomanager“⁸²: Diese Einschätzung scheint sich nach den Ergebnissen der vorliegenden Studie nicht länger nur auf das Top-Management deutscher Großunter-

⁸² Ebert 2006, S. 10

nehmen zu beziehen. Auch im Mittelstand weiß man um den Nutzen und die Relevanz eines guten Risikomanagements in Bezug auf eine verantwortungsvolle und nachhaltige Unternehmensführung. Während das systemgestützte Risikomanagement in Großunternehmen längst ins Tagesgeschäft integriert und hier einer stetigen Weiterentwicklung unterliegt, erreicht die Bedeutung eines strukturierten Umgangs mit Unternehmensrisiken nach den Erkenntnissen der vorliegenden Studie nun auch die wirtschaftliche Realität des deutschen Mittelstandes. Wie bereits aus den Ergebnissen der Experteninterviews ersichtlich, erfordert die volle Entfaltung der Nutzenvorteile eines Risikomanagements die enge Verzahnung der implementierten Systeme mit den Instrumenten der Unternehmenssteuerung. Insbesondere der Mittelstand steht im Vergleich zu den Großunternehmen hier jedoch vor vielseitigen Herausforderungen in den Gestaltungsoptionen der Ablauf- und Aufbauorganisation im Risikomanagement (begrenzte Kapital- und Personalressourcen).

Die vor diesem Hintergrund installierte Verankerung der Systeme im Controlling ermöglicht den mittelständischen Unternehmen dennoch eine zielgerichtete und praktikable Koordination des Risikomanagements. Auch eine Vergabe der Risikomanagementverantwortung an spezielle Risikokoordinatoren oder Abteilungen scheint hier ein sinnvoller Lösungsansatz, um trotz begrenzter Möglichkeiten die zentrale Aktualisierung, Überwachung und Bereithaltung von Informationen für die Unternehmensplanung und -steuerung zu gewährleisten. Eine Gegenüberstellung der Ausgestaltung dieser Systemstrukturen liefert dabei folgendes Ergebnis:

Tabelle A - 1: Gegenüberstellung der Risikomanagementsysteme

	Risikomanagement im Mittelstand	Risikomanagement in Großunternehmen
Risiko- management- strategie	<ul style="list-style-type: none"> - Wenig konkreten Rahmenvorgaben - Teilaufgabe der Controlling-Abteilung 	<ul style="list-style-type: none"> - Festlegung durch konkrete Rahmenvorgaben des Managements
Aufbauorgani- sation	<ul style="list-style-type: none"> - Ansiedlung der Verantwortlichkeiten im Unternehmenscontrolling 	<ul style="list-style-type: none"> - Einrichtung eigenständiger Risikomanagementstabsstellen
Risiko- identifikation	<ul style="list-style-type: none"> - Häufig beschränkt auf finanzielle, operative und strategische Risiken - Nachhaltigkeitsrisiken werden vernachlässigt - Beschränkt auf wichtige Unternehmensbereiche - Häufig zu kurzfristige Risikobetrachtung 	<ul style="list-style-type: none"> - Detailliert anhand von Datenbanken, Erfahrungswerten und mathematischen Modellen - Umfasst sämtliche Unternehmensrelevante Einflüsse und Bereiche - Langfristige Risikobetrachtung
Risikoanalyse	<ul style="list-style-type: none"> - Neben der quantitativen Bewertung erfolgt zunehmend auch eine qualitative Risikobewertung 	<ul style="list-style-type: none"> - Gleichmaßen quantitative und qualitative Bewertungen
Risiko- steuerung	<ul style="list-style-type: none"> - Zunehmende Einrichtung von Steuerungsschnittstellen mit Prozessen der Unternehmensplanung 	<ul style="list-style-type: none"> - Breite Palette an Maßnahmen zur Risikosteuerung (Budgetplanung, Qualitätsmanagement, Projektmanagement, etc.)
Risikokontrolle	<ul style="list-style-type: none"> - Überwachungen von Kosten und Verkaufszahlen, Audits von Projektergebnissen, Qualitätskontrollen sowie Prüfungen interner und externer Prozesse und IT-Sicherheit 	<ul style="list-style-type: none"> - Einrichtung interner und externer Risikokontrollstellen (externe Revision, internes Risikocontrolling als Teilschritt des Risikomanagementprozesses)
Risiko- kommunikation	<ul style="list-style-type: none"> - Zunehmende Verkürzung der Berichterstattungszyklen, um eine stetige Verbesserung der Risikokommunikation zu gewährleisten 	<ul style="list-style-type: none"> - Detaillierte und zeitnahe Berichterstattungszyklen und kurze Kommunikationswege auf allen Entscheidungsebenen

5.4.2 Potenziale der Risikomanagementsysteme im Mittelstand

Die geringeren regulatorischen Anforderungen in der Unternehmensrealität mittelständischer Unternehmen ließen den Mehrwert eines unternehmensinternen Risikomanagements lange hinter den stabilen Aufwärtstrends der wirtschaftlichen Entwicklungen zurücktreten und verdeutlichten erst vor dem Hintergrund der zurückliegenden Auswirkungen der weltweiten Finanz- und Wirtschaftskrise die zunehmende Relevanz entsprechender Systeme auch im Sektor der mittelständischen Betriebe.

In der mittelständischen Unternehmenspraxis befinden sich die Ansätze für ein systemgestütztes Risikomanagement und die Integration dessen möglicher Nutzenpotenziale nach den Ergebnissen der vorliegenden Studie noch in ihrer Entwicklungs- und Aufbauphase. Die Formulierung einer klaren Risikostrategie und die Zuweisung eindeutiger Verantwortungsstrukturen, bspw. durch eine stärkere Einbindung des Risikomanagements in das Aufgabenprofil des unternehmensinternen Controllings, könnten Entscheidungsträgern den Umgang mit der Risikolage im eigenen Unternehmen zunehmend erleichtern. Darüber hinaus sollte eine zunächst sinnvolle Konzentration der Unternehmensressourcen im Risikomanagement auf wichtige Unternehmensbereiche (finanzielle, operative und strategische Risiken) um die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsrisiken bspw. im Bereich des drohenden Fachkräftemangels und der mangelhaften Regelung der Unternehmensnachfolge erweitert werden. Insbesondere die langfristige Risikobetrachtung muss auch im Mittelstand durch vorausschauende Analysen und Planungen gewährleistet werden. Gerade für den Bereich der mittelständischen Betriebe sollte die Relevanz einer Unternehmenssteuerung „auf lange Sicht“ unter keinen Umständen vernachlässigt werden. Vergleichsweise begrenzte Möglichkeiten in der Risikodiversifikation der Unternehmen über die Abdeckung breiter Geschäftsfelder verlangen insbesondere in Bezug auf die strategische Unterneh-

mensplanung eine Betonung der Sorgfaltspflicht mittelständischer Unternehmen – nicht zuletzt auch im Bereich des Risikomanagements.

Auch eine konsequentere Bewertung unternehmensinterner und externer Risiken anhand der maßgeblichen Kriterien „Schadensausmaß“ und „Eintrittswahrscheinlichkeit“ kann eine Optimierung der Prozesse im Risikomanagement der mittelständischen Unternehmen gewährleisten und so die Generierung aussagekräftiger Informationsgrundlagen insbesondere für die Bereiche der Risikoanalyse, der Risikosteuerung, der Risikokontrolle sowie der Risikokommunikation begünstigen.

6 Fazit und Ausblick

Zusammengefasst zeigen die Untersuchungsergebnisse eine eindeutig positiv zu beurteilende Trendentwicklung des Risikomanagements im deutschen Mittelstand.

Unabhängig von Betriebsgröße und Branchenzugehörigkeit der Unternehmen werden Nutzenpotenziale der Risikomanagementsysteme in den Bereichen „Existenzsicherung“ und „Erfolgssicherung“ sowie mögliche Anstöße in der strategischen Unternehmensorientierung und -steuerung von den Entscheidungs- und Verantwortungsträgern betreffender Unternehmen erkannt und angewandt. Die Identifikation, Analyse, Steuerung und Kontrolle von Risiken wird dabei als Kernprozess des strukturierten Umgangs mit Risiken im Unternehmensbereich verstanden und in den Systemen der Unternehmenssteuerung verankert. Hier stellt die Verzahnung der Risikomanagement- und Unternehmenssteuerungsprozesse durch die Ansiedlung der Aufgaben des Risikomanagements in unternehmensinternen Controlling-Abteilungen die wichtige Verknüpfung des Risikomanagements mit der Unternehmensleitung sicher, während die Aufnahme risikorelevanter Informationen anhand quantitativer und qualitativer Maßstäbe in die Managementberichterstattungen ein ständiges Bewusstsein über die Gesamtrisikolage des

eigenen Unternehmens bei Verantwortlichen und Entscheidungsträgern fördert.

Nach eigenen Angaben sind bisher jedoch nur 3,4% der befragten Unternehmen mit dem Umsetzungsstand des Risikomanagements im eigenen Betrieb zufrieden. Verbesserungspotenziale werden hier vor allem in den zentralen Prozessschritten des operativen Risikomanagements benannt. So erfolgen im Rahmen der Risikoanalyse vorgenommene Bewertungen aktuell nur bei 29,3% der befragten Unternehmen anhand der Bewertungskriterien „Schadensausmaß“ und „Eintrittswahrscheinlichkeit“. Gefahrenpotenziale im Zuge der fortschreitenden Internationalisierung sowie Risiken der Unternehmensnachfolge in der Festsetzung der Risikofelder bleiben häufig unerkannt, während die für ein effizientes und effektives Risikomanagement notwendige Früherkennung risikobelasteter Entwicklungen durch die vielerorts zu kurzfristige Risikobetrachtung der Unternehmen verhindert wird. Auch verglichen mit den Systemen der Großunternehmen gilt, während der Mittelstand zwar zunehmend die Potenziale des Risikomanagements im Rahmen einer nachhaltigen und wertschaffenden Unternehmensführung erkennt, bleiben Optimierungspotenziale vor allem in der operativen Umsetzung der Prozessschritte des Risikomanagements an vielen Stellen ungenutzt. Insbesondere die langfristige Risikobetrachtung im Rahmen der strategischen Unternehmensplanung sowie die Nutzung wichtiger Bewertungsmaßstäbe (Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadensausmaß) können hier mit den bereits umgesetzten organisatorischen Rahmenbedingungen eine effizientere und effektivere Risikohandhabung im deutschen Mittelstand sichern.

Es bleibt also festzuhalten: Die Bedeutung des Risikomanagements ist längst im deutschen Mittelstand angekommen und in seinem wertschaffenden Nutzen für die Unternehmensleitung erkannt – der Umsetzungs- und Integrationsstand entsprechender Systeme steckt jedoch noch in den Kinderschuhen.

Literaturverzeichnis

- Alebrand, Wolf-Werber [Shell] (2012): Interview zum Thema Risikomanagement, Dortmund/Hamburg, 31.08.2012, Dauer 90 Minuten
- Bartels, Peter; Schmid, Peter; Hofbauer, Karl (2010): Fels in der Brandung? Studie über Familienunternehmen. Hg. v. PricewaterhouseCoopers AG.
- Betz, Stefan; Götze, Uwe; Götze-Henselmann-Mikus (2001): Risikomanagement. Heidelberg: Physica-Verlag.
- Brühwiler, Bruno (1994): Internationale Industrierversicherung. Risk-Management, Unternehmensführung, Erfolgsstrategien. Karlsruhe: VVV Verlag.
- BT-Dr. 13/9712 (vom 28.02.1998): Regierungsentwurf, S. 15.
- Burger, Anton (2002): Risiko-Controlling. München: Oldenbourg Verlag.
- Butzke, Marcel [Signal Iduna] (2012): Interview zum Thema Risikomanagement; Dortmund, 28.08.2012, Dauer 90 Minuten
- Campenhausen, Claus von (2006): Risikomanagement. Zürich: Orell Füssli Verlag.
- Denk, Robert (2008): Corporate Risk Management. Unternehmensweites Risikomanagement als Führungsaufgabe. 2. Aufl. Wien: Linde Internat. Verlag.
- Ebert, Christof (2006): Risikomanagement kompakt. Risiken und Unsicherheiten bei IT- und Software-Projekten identifizieren, bewerten und beherrschen. München: Akademiker Verlag.
- Erben, Roland; Kalwait, Rainer; Meyer, Ralf; Romeike, Frank; Schellenberger, Oliver (2008): Risikomanagement in der Unter-

nehmensführung. Wertgenerierung durch chancen- und kompetenzorientiertes Management. Weinheim: Wiley-VCH Verlag GmbH & Co. KGaA.

Gleissner, Werner (2011): Grundlagen des Risikomanagements. 2. Aufl. München: Franz Vahlen Verlag.

Henschel, Thomas (2010): Erfolgreiches Risikomanagement im Mittelstand. Berlin: Erich Schmidt Verlag.

Hinterhuber, Hans H. (1998): Betriebliches Risikomanagement. Wien: Österreich Verlag.

Hommelhoff, Peter; Mattheus, Daniela (2000): Risikomanagement im Konzern. Ein Problemaufriß (3), S. 217–230.

Hüffer, Uwe (2012): Aktiengesetz. 10. Aufl. München: Beck.

Kajüter, Peter (2012): Risikomanagement im Konzern. München: Vahlen.

Kalwait, Rainer (2008): Risikomanagement in der Unternehmensführung. In: Roland Erben, Rainer Kalwait, Ralf Meyer, Frank Romeike und Oliver Schellenberger (Hg.): Risikomanagement in der Unternehmensführung. Wertgenerierung durch chancen- und kompetenzorientiertes Management. Weinheim: Wiley-VCH Verlag GmbH & Co. KGaA.

Kirchoff, Arndt; Bartels, Peter (2011): Risikomanagement 2.0. Ergebnisse und Empfehlungen aus einer Befragung in mittelständischen Unternehmen. Hg. v. Bundesverband der Deutschen Industrie ev. und PricewaterhouseCoopers AG.

KonTraG (Hg.) (1999): Das Kontroll- und Transparenzgesetz: Herausforderungen und Chancen für das Risikomanagement. Wiesbaden: Gabler Verlag.

Kühlmann, Torsten M. (2009): Internationales Risikomanagement. München: Oldenbourg Verlag.

Merbecks, Andreas; Stegemann, Uwe; Frommeyer, Jesko (2004): Intelligentes Risikomanagement. Das Unvorhersehbare meistern. Frankfurt am Main: Ueberreuter Verlag.

Naujoks, Wilfried (1975): Die ökonomische Situation mittelständischer Unternehmen in ausgewählten Wirtschaftssektoren der Volkswirtschaft der Bundesrepublik Deutschland. Unter besonderer Berücksichtigung von Wachstum, Strukturwandel und des Einflusses eines erhöhten Staatsanteils für die zukünftige Branchenstruktur. Bonn: Rheinische Friedrich-Wilhelms Universität.

Scharpf, Paul; Luz, Günther (1996): Risikomanagement, Bilanzierung und Aufsicht von Finanzderivaten. Stuttgart: Schäffer-Poeschel Verlag.

Schmiedel, Andrea (2009): Der Risikomanagementprozess im Unternehmen. Risikomanagement und Risikocontrolling sowie Frühwarnsysteme im Unternehmen. Saarbrücken: Akademiker Verlag.

Stiefl, Jürgen (2010): Risikomanagement und Existenzsicherung. München: Oldenbourg Verlag.

Strobelt, Karl-Heinz [Rhenus] (2012): Interview zum Thema Risikomanagement; Dortmund, 07.08.2012, Dauer 60 Minuten

Stroeder, Dirk (2008): Fundamentale Risiken im deutschen Mittelstand und Modelle zu ihrer Bewältigung. Entwicklung modularer, mittelstandsadäquater Risikobewältigungsstrategien auf Basis einer branchenübergreifenden empirischen Studie unter 421 mittelständischen Unternehmen. Stuttgart: SMB, Stroeder Süddt. Mittelstandsberatung.

Tappe, Sascha [RWE] (2012): Interview zum Thema Risikomanagement; Dortmund, 21.08.2012, Dauer 90 Minuten

Wicke, Hartmut (2011): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). Kommentar. 2. Aufl. München: Beck.

Wolf, Klaus (2009): Risikomanagement und KonTraG. 5. Aufl. Wiesbaden: Gabler Verlag.

Wolke, Thomas (2008): Risikomanagement. 2. Aufl. München: Oldenbourg Verlag.

Anhang

Anhang A - 1:	Fragebogen.....	51
Anhang A - 2:	Fragenkatalog der Experteninterviews.....	56

Anhang A - 1: Fragebogen

In welcher Branche ist Ihr Unternehmen tätig?

Wählen Sie ein Element aus.

Wie hoch ist der Jahresumsatz Ihres Unternehmens?

Wählen Sie ein Element aus.

Wie viele Mitarbeiter beschäftigt Ihr Unternehmen derzeit?

Wählen Sie ein Element aus.

A. Einschätzungen zum Nutzen eines Risikomanagements

Wie schätzen Sie die Bedeutung einer strukturierten Auseinandersetzung mit dem Thema „Risiko“ in mittelständischen Unternehmen ein?

- sehr hoch sehr gering
 hoch k. A.
 gering

Wo sehen Sie mögliche Nutzensvorteile eines betrieblichen Risikomanagements?

- Verbesserung der operativen Unternehmenssteuerung (Umsatz, Gewinn, Rendite)
 Verbesserung der strategischen Unternehmensorientierung
 Einhaltung gesetzlicher Vorschriften
 Schaffung von Wettbewerbsvorteilen durch frühzeitiges Erkennen von Chancen und Risiken
 bessere Konditionen bei der Kapitalbeschaffung
 keine Nutzensvorteile
 k. A.

Chancen und Risiken sind vor dem Hintergrund der Unternehmensführung und -steuerung

- ...zwingend zu berücksichtigen
- ...eine Möglichkeit zur Nutzung von Wettbewerbsvorteilen bei frühzeitigem Erkennen
- ...Potenziale/Bedrohungen, die einer strukturierten Handhabung bedürfen
- ...regelmäßig mit in einem Aufsichtsgremium zu besprechen
- ...hinzunehmen und wenig bis gar nicht beeinflussbar

B. Einschätzung der Risikosituation

Wie schätzen Sie die Risikosituation für Ihr Unternehmen in den nächsten 12 Monaten ein?

- fallend
- gleichbleibend
- steigend

Welche der unten genannten Risikofelder sind für Ihr Unternehmen von besonderer Bedeutung?

- Konjunktur und Wettbewerb
- Gesetzliche und regulatorische Vorschriften
- Fachkräftemangel
- Finanzrisiken
- steuerliche Risiken
- Internationalisierung
- Unternehmensnachfolge
- k. A.

C.

D. Strategie, Organisation und Verantwortung im Risikomanagement

Ist in Ihrem Unternehmen eine spezielle Einheit bzw. Stelle für das Risikomanagement eingesetzt?

- ja nein

Wo ist das Risikomanagement in Ihrem Unternehmen organisatorisch verankert?

- Controlling Abteilung
 spezielles Gremium
 Risikoverantwortlicher für Einzelrisiken/Risiken einer Abteilung

In welchem zeitlichen Rahmen werden Risiken in einer umfassenden Analyse berücksichtigt?

- 1-2 Jahre im Voraus mehr als 5 Jahre im Voraus
 3-5 Jahre im Voraus k. A.

Welche Aufgaben übernimmt das Risikomanagement in Ihrem Unternehmen?

- Berücksichtigung der wesentlichen Chancen und Risiken bei der Planung und Budgetierung
 Abgleich des gesamten Unternehmensrisikos mit Eigenkapital, Liquidität, Gewinn etc.
 qualitative Beschreibung der Risikosituation des Unternehmens
 Berücksichtigung des gleichzeitigen Eintritts mehrerer Risiken
 quantitative Aggregation gleichartiger oder aller Risiken
 k. A.

E.

F. Risikoidentifikation und Risikoanalyse

Welche Risikofelder werden im Rahmen der Risikoidentifikation Ihres Unternehmens berücksichtigt?

- | | |
|---|---|
| <input type="checkbox"/> operative Risiken | <input type="checkbox"/> IT-Risiken |
| <input type="checkbox"/> strategische Risiken | <input type="checkbox"/> Compliance-Risiken |
| <input type="checkbox"/> finanzielle Risiken | <input type="checkbox"/> Umwelt-/Nachhaltigkeitsrisiken |

In wie weit werden die verschiedenen Unternehmensbereiche in die Risikoanalyse eingebunden?

- es werden alle Bereiche und Prozesse des Unternehmens berücksichtigt und einbezogen
- es werden ausgewählte Bereiche und Prozesse berücksichtigt und einbezogen
- k. A.

Werden Risiken Ihres Unternehmens bezüglich ihres Schadensmaßes und dessen Eintrittswahrscheinlichkeit bewertet?

- ja nein

Wie wird in Ihrem Unternehmen die Risikobewertung vorgenommen?

- quantitativ, durch Nutzung konkreter Prozent- und Euro-Werte
- qualitativ, durch Einschätzungen wie z.B. gering, mittel, hoch, existenzgefährdend
- k. A.

G.

H. Risikosteuerung und Risikokontrolle

Welche Steuerungsmaßnahmen nutzt ihr Unternehmen im Umgang mit Risiken?

- | | |
|--|---|
| <input type="checkbox"/> Projektmanagement | <input type="checkbox"/> Ressourcenmanagement |
| <input type="checkbox"/> Qualitätsmanagement | <input type="checkbox"/> Budgetplanungen |
| <input type="checkbox"/> Versicherungsmanagement | <input type="checkbox"/> Krisenkommunikation und Notfallpläne |
| <input type="checkbox"/> IT-Management | |

Welche IT-Unterstützung nutzt Ihr Unternehmen für die Durchführung eines Risikomanagements?

- Standard-Office-Produkt basierte Lösung
- Andere Lösung
- k. A.

In welcher Form werden Funktionsweise und Ergebnisse Ihres Risikomanagements überwacht?

- | | |
|--|---|
| <input type="checkbox"/> Audits von Projektergebnissen | <input type="checkbox"/> Qualitätskontrollen |
| <input type="checkbox"/> Überwachung von Kosten und Verkaufszahlen | <input type="checkbox"/> Prüfung interner und externer Prozesse |
| <input type="checkbox"/> Fortschrittskontrolle von Projektplänen | <input type="checkbox"/> Prüfung der IT-Sicherheit |

I. Risikokommunikation

In welchen Intervallen erfolgt in ihrem Unternehmen eine Form der Risikoberichterstattung?

- | | | |
|--|---------------------------------------|--|
| <input type="checkbox"/> monatlich | <input type="checkbox"/> halbjährlich | <input type="checkbox"/> ad hoc |
| <input type="checkbox"/> quartalsweise | <input type="checkbox"/> jährlich | <input type="checkbox"/> keine Berichterstattung |

J.

K. Umsetzungsstand des Risikomanagements

Wie zufrieden sind Sie mit dem Umsetzungsstand des Risikomanagements in Ihrem Unternehmen?

- | | |
|---|---|
| <input type="checkbox"/> zufrieden | <input type="checkbox"/> Einrichten eines Risikomanagements notwendig |
| <input type="checkbox"/> leichtes Verbesserungspotenzial | <input type="checkbox"/> k. A. |
| <input type="checkbox"/> erhebliches Verbesserungspotenzial | |

Wo sehen Sie Optimierungspotenziale im Risikomanagement Ihres Unternehmens?

- Maßnahmen zur Risikoidentifikation und -bewertung
- Maßnahmen zur Risikovermeidung und -reduzierung
- Maßnahmen zur Optimierung der Risikoberichterstattung
- stärkere Verzahnung mit dem Controlling erforderlich

Anhang A - 2: Fragenkatalog der Experteninterviews

- *In welcher Form hat die Unternehmensleitung einheitliche Vorgaben in Bezug auf das Risikomanagement festgelegt?*
- *Wie ist der Begriff „Risiko“ in ihrem Unternehmen definiert?*
- *Beschreiben sie kurz die Risikostrategie Ihres Unternehmens:*
- *Welche Maßnahmen der Risikobewusstseinsförderung der Mitarbeiter werden in Ihrem Unternehmen eingesetzt?*
- *Für welche Risikofelder ihres Unternehmens sind spezielle Funktionen eingerichtet worden?*
- *Mithilfe welcher Maßnahmen erfolgt in ihrem Unternehmen die Risikoidentifikation?*
- *Wie häufig werden Risiken in ihrem Unternehmen systematische erfasst?*
- *Welche Bezugsgrößen der Risikobewertung nutzt ihr Unternehmen?*
- *In welchen Zeitrahmen werden in ihrem Unternehmen Risikobewertungen vorgenommen?*
- *Inwieweit werden Einzelrisiken im Rahmen Ihrer Risikomanagementprozesse aggregiert?*
- *Welche Instrumente der Risikosteuerung nutzt ihr Unternehmen?*
- *Wie werden die Aufgaben Ihres Risikomanagements überwacht und dessen Funktion vor dem Hintergrund eingeleiteter Maßnahmen sichergestellt?*

B. Beiräte in Familienunternehmen

Felden, Birgit

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	57
Abbildungsverzeichnis	58
Tabellenverzeichnis	58
Herausforderungen und Chancen für Familienunternehmen	59
Schritt 1: Klärung der Ziele und Erwartungen von Gesellschaftern und Geschäftsleitung.....	62
Schritt 2: Die richtigen Voraussetzungen schaffen – Transparenz der Gremienfunktionen	63
Schritt 3: Erarbeitung Beiratsprofil und Beiratssuche	64
Schritt 4: Vorbereitung der Beiratssuche	67
Schritt 5: Auswahl der Bewerber durch persönliche Interviews	69
Schritt 6: Rechtsfragen bei der Beiratseinführung	71
Schritt 7: Information und Einführung der Beiräte	73
Fazit	75

Abbildungsverzeichnis

Abbildung B - 1:	Leitfaden Interviews Beirat.....	70
Abbildung B - 2:	Bestandteile einer Beiratsordnung am Beispiel Unternehmensgruppe L.	72

Tabellenverzeichnis

Tabelle B - 1:	Auszug aus „Anforderungsprofil Beirat“	66
----------------	--	----

Wenn mittelständische Unternehmer und Führungskräfte auf das Thema Beirat angesprochen werden, wird oft ein sehr traditionelles Bild gezeichnet: Beiräte seien nur etwas für große Unternehmen, so nach wie vor die landläufige Auffassung. Manchmal sind die Kommentare auch eher abfällig: „Ruheposten für ehemalige Geschäftsführer und Senioren“, „Kaffeeklatsch für graumelierte Herren, die anschließend golfen gehen...“. Aber ist ein Beirat wirklich nur eine Anstaltsinstitution – oder kann es auch ein sinnvolles Gremium gerade für mittelständische Familienunternehmen sein? Kann damit möglicherweise die Schlagkraft mittelständischer Betriebe erhöht werden? Und wenn ja – wie macht man das ganz konkret?

Die Erfahrungen aus der Beratungspraxis sind hierbei so unterschiedlich wie die Familienunternehmen und die dahinter stehenden Unternehmerfamilien selbst. Aber eines haben Unternehmen, die erfolgreich mit Beiräten arbeiten, gemeinsam: die Steigerung der Professionalität und die Kanalisierung der Emotionalität. Und deshalb ist der Einsatz von Beiräten gerade in Familienunternehmen, z. B. in der Phase eines Generationswechsels, ein effektives aber oft unterschätztes Instrument.

Der nachfolgende Beitrag schildert Ansatzpunkte und Erfahrungen aus der Beratungspraxis. Er soll dazu beitragen, das oftmals recht traditionelle Bild aufzuweichen, Funktionen, Nutzen und insbesondere Chancen für Familienunternehmen aufzuzeigen.

Herausforderungen und Chancen für Familienunternehmen

Demographische Entwicklungen, anstehende Generationswechsel, die Globalisierung der Märkte: der deutsche Mittelstand steht seit vielen Jahren vor permanenten Veränderungen.

Aus der Fülle dieser internen und externen Herausforderungen soll exemplarisch der Generationswechsel betrachtet werden: Nach wie

vor wird noch immer nahezu die Hälfte (ca. 54 %⁸³) aller Unternehmen innerhalb der Familie übergeben. Ab der zweiten Generation geht dabei nicht mehr „automatisch“ Eigentum und Management in eine Hand. Vielfach wird das Eigentum an mehrere Kinder übertragen, was nicht bedeutet, dass alle auch die Geschäfte führen sollen, wollen oder die fachliche Qualifikation dafür mitbringen.

In diesen Unternehmen sind die Familienmitglieder nur (oder auch) aufgrund anderer beruflicher Ausrichtungen und Neigungen Anteilseigner, was neben dem personellen Wechsel auch zu einem Strukturwandel führt, mit dem sich erstmalig neue Fragen stellen:

- Wie kann die Kontrolle der Geschäftsführung erfolgen, wenn man als Gesellschafter nicht (mehr) selbst die Marktcompetenz besitzt, sondern eher ein Kapitalgeber ist?
- Wie kann man als Gesellschafter sachliche, neutrale und „ungeschminkte“ Eindrücke erhalten, um die richtigen Entscheidungen zu treffen?
- Wer ist Ansprechpartner für die Geschäftsführung, wenn verschiedene Gesellschafter vorhanden sind?
- Sprechen alle mit allen oder reicht ein Sprecher der Gesellschafter?
- Und wer trifft zeitnah unternehmerische Entscheidungen, so dass die Geschäftsführung im Tagesgeschäft handlungsfähig ist?

Bei diesen und vielen weiteren Fragestellungen kann ein Beirat wichtige Funktionen erfüllen und einen hohen praktischen Nutzen für Familienunternehmen bieten.

Zum einen unterstützen Beiräte als Mittler zwischen Gesellschaftern und der Geschäftsführung die professionelle Zusammenarbeit bei-

⁸³ Institut für Mittelstandsforschung Bonn (IfM Bonn), Unternehmensnachfolgen. In Deutschland 2010 bis 2014 - Schätzung mit weiterentwickeltem Verfahren -, IfM-Materialien Nr. 198

der Ebenen und ersetzen eine oft „emotionale Beweisführung“ durch sachliche Moderation. In der Praxis zeigt sich, dass gerade Familienmitglieder durch einen Beirat weniger „familiär-emotional“ agieren, was zu schnelleren und rationaleren Entscheidungen führt. Mit mehreren Stämmen nehmen die Streitigkeiten zwischen den Gesellschaftern erfahrungsgemäß zu, die Willensbildung unter den Gesellschaftern wird schwieriger und gemeinsame Beschlüsse sind aufwändiger zu erzielen. Hier kann ein Beirat, der das Vertrauen aller Gesellschafter genießt, auch zwischen den Gesellschaftern moderieren und mitunter sogar langwierige Gerichtsverhandlungen ersparen.

Professionelle Beiräte geben den sich zurückziehenden Gesellschaftern darüber hinaus Sicherheit durch die Kontrolle der Geschäftsführung und unterstützen die junge Generation beim Einstieg in die neuen Aufgaben. Sie übernehmen somit ähnliche Überwachungs- und Kontrollfunktionen wie ein Aufsichtsrat, ohne dass das Unternehmen auf die rechtliche Basis eines Pflichtgremiums angewiesen ist.

Im Beirat kann sich das neue Management mit anderen unternehmerisch denkenden und erfahrenen Persönlichkeiten austauschen. Der Beirat kann durch seinen von außen kommenden Rat Betriebsblindheit verhindern, neue Wege aufzeigen und das Risiko von Fehlentscheidungen verringern. Als Impulsgeber legt er nicht nur den Finger in die Wunde, sondern zwingt auch dazu, eigene Ideen vor anderen zu begründen, was erfolgreiche Konzepte fördert.

Gute Beiräte bedeuten oft auch eine sinnvolle Erweiterung des eigenen Netzwerkes des Unternehmens und sind Vermittler – nicht nur zwischen Gremien, sondern auch Türöffner zu neuen Kunden und Lieferanten.

Wenn dies die Chancen und Möglichkeiten sind, stellt sich die Frage, wie ein Beirat im Mittelstand erfolgreich eingesetzt werden

kann? Dies soll an einem typischen Beispiel aus einem typischen Familienunternehmen verdeutlicht werden:

Ludwig L. hat vor vielen Jahren ein Unternehmen im Sauerland gegründet, das sich früher mit der Produktion von Leuchten beschäftigte. Das Unternehmen produziert noch heute im Hochpreissegment und importiert zusätzlich Ware aus China. Aufgrund einiger Patente und langjährigen, soliden Abnehmern schreibt das Unternehmen seit vielen Jahren hervorragende Zahlen. Die drei Kinder haben sich anderweitig orientiert, sind Musiker, Lehrer und Wissenschaftler geworden und haben keine unternehmerischen Ambitionen. Herr L. möchte seine Nachfolge regeln, das Eigentum aber in der Familie halten, auch wenn alle Kinder nach seiner Aussage „keinen Schimmer von Licht“ haben. Kann hier ein Beirat als Instrument einer professionellen Unternehmensführung helfen und wenn ja, wie?

Schritt 1: Klärung der Ziele und Erwartungen von Gesellschaftern und Geschäftsleitung

In einem ersten Schritt müssen die jetzigen und künftigen Beteiligten ihre konkreten Vorstellungen abgleichen. Mit einem ehemaligen Inhaber und Geschäftsführer Ludwig L., der sich – wie viele andere Unternehmer vor ihm – gut vorstellen kann, als Beiratsvorsitzender eigentlich den Betrieb weiter zu führen, wird eine professionelle Beiratsarbeit nur schwer möglich sein. Gesellschafter, die den Beirat zur eleganten Durchsetzung des eigenen Willens instrumentalisieren, werden langfristig ebenfalls scheitern.

Familie L. muss also zunächst konkret klären, was sie von einem Beirat erwartet. Dies ist nicht mehr die alleinige Entscheidung von Ludwig L., sondern auch die der drei Kinder und seiner Ehefrau, die am Unternehmen beteiligt werden sollen. Nur wenn ein Beirat eine konkrete Zielsetzung der Gesellschafter für seine Arbeit erhält, wird er seine Funktion sinnvoll aufnehmen können. Das kann beispielsweise sein:

- Vermittlung zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführung
- Verbesserung und Erhöhung der Transparenz sowie der Informationsflüsse
- Nach außen und innen klar erkennbarer Rückzug der Altgeneration auf die Gesellschafterebene
- Zusätzliche neutrale und standardisierte Kontrolle der Geschäftsführung
- Vermittlung zwischen den Auffassungen der Familienstämme
- Neue Impulse und Erkenntnisse von außen einbringen
- Umsatzausweitungen über Netzwerkkontakte des Beirats

Hierzu muss zunächst eine Einigung erzielt werden – und die Konzentration auf bestimmte Aufgabenbereiche. Von einer Überfrachtung der Beiratsaufgaben sollte abgesehen werden.

Darüber hinaus sollte den jeweiligen Beteiligten der Nutzen eines Beirats klar sein. Denn die Einführung eines Beirats (soweit nicht gesetzliche Vorgabe) stellt eine freiwillige Handlung dar, dessen Akzeptanz ganz wesentlich davon abhängt, in wie weit alle Beteiligten die Chancen und den Nutzen eines Beirats erkennen.

Wichtig ist auch, sich frühzeitig über den zu erwartenden Kostenrahmen Gedanken zu machen, den schließlich das Unternehmen tragen muss. Niemandem ist zuzumuten, ohne adäquate Entlohnung in einem Beirat tätig zu sein, schließlich bringt er oder sie ja auch eine entsprechende Expertise ein, die zum Unternehmenserfolg beitragen (muss). Eine angemessene Zahlung in angemessener Frist stellt darüber die Unabhängigkeit des Mandatsträgers sicher.

Schritt 2: Die richtigen Voraussetzungen schaffen – Transparenz der Gremienfunktionen

Neben der Klärung der Ziele muss die Unternehmerfamilie weitere Vorleistungen erbringen. Wenn statt eines Unternehmers L. künftig

drei Gesellschafter, eine Geschäftsführung und ein Beirat ein Unternehmen führen sollen, muss diese Zusammenarbeit geplant und durch eine klare Gremienstruktur abgebildet werden.

Folgende Fragen müssen aus Sicht der Gesellschafter, der Geschäftsführung und des Beirats beantwortet sein:

1. Wer soll Mitglied eines Beirats werden können (und wer nicht)?
2. Was sind die konkreten Aufgabe und Funktionen insgesamt und in ihrer personellen Aufteilung?
3. Was darf wer in welchem Umfang und in welcher finanziellen Höhe entscheiden?
4. In welcher Form und Häufigkeit erfolgen die Informationsflüsse?
5. In welchen Zeitabständen ist eine zusätzliche Zusammenarbeit erforderlich?
6. Welche Schnittstellen gibt es und wie sind diese abzugrenzen?

Nur wenn die Funktionen und Schnittstellen transparent und die Grenzen klar sind, kann der Beirat effizient arbeiten.

Schritt 3: Erarbeitung Beiratsprofil und Beiratssuche

Beiräte in Familienunternehmen stehen vor besonderen Herausforderungen. Eine ganz wesentliche Aufgabe ist die Vermittlung zwischen Geschäftsführung und Gesellschaftern wie auch unter den Familiengesellschaftern.

Um diese Funktion auch ausfüllen zu können, sind unabhängige Beiräte oberstes Gebot. Verwandte oder Beiräte, die einem Beteiligten „besonders nahe stehen“ führen schnell zu faktischen Ungleichgewichten und emotionalen Positionskämpfen, die wenig zuträglich sind. Im Fall L. haben sich die Gesellschafter daher gegen einen Kommilitonen des Sohnes und Golf Freunde von Ludwig L.

entschieden, da die Nähe zu einem der Gesellschafter schnell den Verdacht parteiischen Verhaltens erwecken könnte.

Die Anzahl der Beiräte sollte sich an der Größe des Unternehmens und den entsprechenden Aufgabenstellungen orientieren. In der Praxis hat sich eine Mindestgröße von drei Beiräten bewährt, wobei es sich mit Blick auf die Vielzahl von Abstimmungen empfiehlt, eine ungerade Anzahl von Beiräten zu berufen.

Wichtig ist, vorab zu klären, wer welchen Part der Beiratsarbeit abdeckt. Hierfür muss im Vorfeld und unabhängig von evtl. anvisierten Beiräten ein Beiratsprofil erarbeitet werden, in dem die Gesellschafter alle aus ihrer Sicht wichtigen Kompetenzen zusammenstellen. Dabei sind nach unserer Erfahrung folgende Kategorien betriebsindividuell zu befüllen:

- Persönliche Kompetenzen
- Fachlicher Erfahrungshorizont
- Mittelstandskompatibilität und Erfahrung in Familienunternehmen
- Konkrete Aufgaben des Beirats

Nachfolgend ist das Anforderungsprofil des Beirats der Unternehmensgruppe L. dargestellt:

Tabelle B - 1: Auszug aus „Anforderungsprofil Beirat“

Auswahlverfahren Beirat Unternehmensgruppe L.					
Persönliches	Kandidat 1	Kandidat 2	Kandidat 3	...	Kandidat X
Alter möglichst < 55 Jahre	48	42	43		
Geschlecht	m	w	w		
Im akt. Wirtschaftsleben stehend (aktueller Arbeitgeber)					
...					
Erfahrungshorizont fachlich					
Managementenerfahrung in Produktionsunternehmen					
Personalentwicklungs-Know-How					
Vertriebserfahrung					
...					
Kompatibilität Unternehmensgruppe L.					
Gesunder Menschenverstand und „Bauchgefühl“ für Entwicklungen					
Menschlich passend					
...					
Funktion im Beirat					
Bereich Kaufmann mit Personalerfahrung					
Bereich: Erfahrener Techniker					
...					
Vertragliches					
Finanzielle Vorstellungen					
Regionale Flexibilität					
...					
Gesamtfazit erster Eindruck					

	Kriterium nicht erfüllt
	in Teilen erfüllt
	voll erfüllt

Das Anforderungsprofil der Unternehmensgruppe L. zeigt, dass ein Dreierbeirat mit der Kombination Vertrieb/Technik/Kaufmann (Personal) gesucht werden soll.

Neben der fachlichen Kompetenz sollte jedoch immer auch die menschliche Komponente berücksichtigt werden. Vielfach braucht ein Beirat einen „Kümmerer“, bei dem die Fäden zusammenlaufen

und der zwischen den Gremien vermittelt. In Familienunternehmen ist er nicht selten zentrale Instanz für Information und Kommunikation. Diese Rolle übernimmt oft der Beiratsvorsitzende, ihm kommt damit die größte Bedeutung zu.

Als Pendant auf Gesellschafterseite kann es sinnvoll sein, einen Gesellschaftersprecher zu wählen, der die Meinung des Gesellschafterkreises bündelt, so dass die Kommunikation des Beirats nicht permanent mit jedem Familienmitglied erfolgen muss.

Sinnvoll ist es auch, bereits an dieser Stelle die Geschäftsleitung einzubinden und die aus deren Sicht erforderlichen Kompetenzen zu spiegeln. Nicht selten sieht ein Management vor allem die Kontrollfunktion eines Beirats. An dieser Stelle ist Kommunikation gefragt, um das Management von der Sinnhaftigkeit eines Beirats als Sparringspartner und zur Unterstützung des Managements zu überzeugen.

Schritt 4: Vorbereitung der Beiratssuche

Ist das Anforderungsprofil mit der Geschäftsleitung diskutiert und von den Gesellschaftern verabschiedet, beginnt die systematische Suche nach den passenden Personen. Dabei kann grundsätzlich jeder, der unbeschränkt geschäftsfähig ist, Beirat werden.

Man sollte jedoch niemanden wählen, der für die Gesellschaft schon an anderer Stelle tätig ist, zum Beispiel zugleich als Wirtschaftsprüfer oder Rechtsberater oder als Hausbank. Wie groß der Anteil familienfremder Dritte ist oder ob der Beirat mehrheitlich aus Gesellschaftern bestehen soll, ist in der Beiratsordnung bzw. im Gesellschaftsvertrag zu regeln.

Die Suche selbst kann über verschiedene Kanäle erfolgen.

Folgende Wege sind möglich:

Umfeld des Unternehmens: Integrieren Sie die Geschäftsleitung auch hier und bitten Sie um Vorschläge aus dem Unternehmensum-

feld. Branchenverbände, Kammern oder andere Wirtschaftsinstitutionen können hier ebenfalls Hilfestellung bieten.

Umfeld der Gesellschafter: Auch im Umfeld der Unternehmerfamilie, deren Verbänden, Unternehmerclubs etc. können passende Beiräte zu finden sein. Um die Neutralität der Beiratsarbeit zu gewährleisten, bleibt jedoch zu beachten, dass es sich nicht um allzu nahe Freunde bzw. Vertraute eines einzelnen Gesellschafters handelt.

Berater des Unternehmens/spezialisierte Beratungsgesellschaften: Steuerberater und Rechtsanwälte verfügen über große Netzwerke, die sie zum Wohle des Unternehmens nutzen können. Inzwischen haben sich auch einige Gesellschaften auf die Suche und Implementierung von Beiräten spezialisiert.

Institutionen mit Bezug zu Beiräten: Es gibt mehrere Vereine, die sich mit Aufsichtsgremien beschäftigen. Die VDAR - Vereinigung Deutscher Aufsichtsräte, die Vereinigung der Aufsichtsräte in Deutschland e. V. (VARD) und der Arbeitskreis deutscher Aufsichtsrat (AdAR) unterstützen und fördern Mandatsträger sowie die Unternehmen in der Erreichung einer professionellen, effektiven und gewissenhaften Aufsichtsratsarbeit. Der Verein FidAR wurde Ende 2006 von Frauen in Führungspositionen aus Wirtschaft, Wissenschaft und Politik mit dem Ziel gegründet, den Frauenanteil in den deutschen Aufsichtsräten signifikant und nachhaltig zu erhöhen. Das jüngste Mitglied dieser Institutionen ist ARMiD. Aufsichtsräte Mittelstand in Deutschland e. V. ist ein Verband für Aufsichtsräte und Beiräte mittelgroßer, börsennotierter aber auch nicht-börsennotierter deutscher Unternehmen, der sich zum Ziel gesetzt hat, professionelle Mandatsträger zu fördern.

Vor Beginn der Suche sollten folgende Aspekte geklärt sein:

- **Content:** Welche Informationen aus dem Gesellschafterkreis dürfen bei der Recherche weitergegeben werden (familiäre

Zusammenhänge, Anteilsverteilung heute und in Zukunft, strategische Positionierung)

- **Ansprache:** Wer spricht die Kandidaten an? Soll eine Beratungsgesellschaft zunächst anonym recherchieren oder spricht ein Gesellschafter direkt den Kandidaten an? In jedem Fall sollte die Ansprache durch einen persönlichen Kontakt zum Kandidaten erfolgen.
- **Informationen:** Existiert ein neutralisiertes Kurzprofil des Unternehmens und freigegebenes Anschreiben der Gesellschafter?

Schritt 5: Auswahl der Bewerber durch persönliche Interviews

Zentrales Instrument für die Auswahl des Beirats sind persönliche Interviews. Diese sollten entweder durch einen Gesellschafter oder durch einen Externen geführt werden. Insbesondere bei kritischen oder komplexen Gesellschafterstrukturen ist das Hinzuziehen eines externen Beraters, der regelmäßig solche Gespräche führt, sinnvoll.

Die Gesellschafter der Unternehmensgruppe L. wollten ursprünglich alle gemeinsam die Interviews führen, was den künftigen Beirat schnell überfordern oder gar abschreckend wirken kann. Empfehlenswert ist daher auch in diesem Fall, dass ein erfahrener Externer oder/und ein Gesellschafter alle ersten Interviews führen.

Die Interviews für den Beirat der Unternehmensgruppe L. orientierten sich an folgendem Leitfaden:

<p>Lebenslauf</p> <ul style="list-style-type: none">■ Grob die Stationen und wesentlichen Erfahrungen■ Technischer Hintergrund■ Branchenerfahrung Leuchtenproduktion und Systemlösungen■ Erfahrungen Internationalität <p>Erfahrung Gremienarbeit</p> <ul style="list-style-type: none">■ Bisherige Beiratstätigkeit■ Sonstige Moderations- und Kontrollfunktionen <p>Erfahrung Familienunternehmen</p> <ul style="list-style-type: none">■ Besonderheiten in Familienunternehmen■ Gesellschafterfamilie contra externe Geschäftsführung■ Ableitung der Besonderheiten für die Beiratsarbeit <p>Situation Unternehmensgruppe L.</p> <ul style="list-style-type: none">■ Einschätzungen des Unternehmens (akt. Situation Betrieb und Perspektiven)■ Anforderungen an den Beirat im Fall L. <p>Beiratsfunktion</p> <ul style="list-style-type: none">■ Motivation für die Aufgabe■ Vorsitz oder Mitglied■ Schwerpunkt im Dreiergremium (Technik, Personal oder Vertrieb)
--

Abbildung B - 1: Leitfaden Interviews Beirat

Sämtliche Interviews sollten protokolliert werden, damit in einem zweiten Schritt die Eignung der Kandidaten mit dem erstellten Anforderungsprofil abgeglichen werden kann. Damit können sich alle Gesellschafter gleichermaßen einen Eindruck über die geführten Interviews verschaffen, um die anstehende Entscheidung gemeinsam fällen zu können.

Die Kandidaten, die am ehesten in Frage kommen, sollten dann in einer zweiten Interviewrunde allen Gesellschaftern vorgestellt werden, so dass eine gemeinsame Entscheidung kurzfristig gefällt werden kann. Für die Unternehmensgruppe L. gab es 20 Bewerbungen für den Beirat, mit 10 Bewerbern wurden Erstgespräche durch die Autorin geführt. Dem Gesellschafterkreis wurden dann 4 Kandidaten vorgestellt, aus denen drei als zukünftige Beiräte bestätigt wurden.

Schritt 6: Rechtsfragen bei der Beiratseinführung

Anders als bei der Aktiengesellschaft, bei der ein Beirat gesetzlich vorgeschrieben⁸⁴ ist, sind Beiräte in anderen Rechtsformen freiwilliger Natur. Der Beirat nimmt individuell festgelegte Beratungs-, Überwachungs- und Ausgleichfunktionen wahr. Damit lassen sich seine Aufgaben den Bedürfnissen des Unternehmens optimal anpassen. Die Bezeichnung „Beirat“ ist nicht zwingend, ein solches Gremium kann auch „Verwaltungsrat“ oder „Gesellschafterausschuss“ heißen.

Der rechtliche Aufwand zur Errichtung eines Beirats hängt von dessen jeweiligen Aufgaben ab.

Ein Beirat, der nur beratend tätig werden soll, wird durch einen Vertrag zwischen der Gesellschaft mit den einzelnen Beiratsmitgliedern errichtet. Darin werden die jeweiligen Rechte und Pflichten (v. a. Informationsversorgung und Vergütung durch die Gesellschaft sowie Beratungsleistung und Verschwiegenheit durch die Beiräte) festgehalten.

Ein kontrollierender Beirat hingegen muss im Gesellschaftsvertrag verankert sein. Hierbei muss klar werden, wer welche Aufgaben hat. Hat das Gesetz ausdrücklich der Gesellschafterversammlung, den einzelnen Gesellschaftern oder der Geschäftsführung Aufgaben zugewiesen (z. B. Satzungsänderungen durch die Gesellschafter), können diese nicht auf den Beirat übertragen werden. In allen anderen Bereichen kann der Beirat mit Entscheidungsbefugnissen ausgestattet werden. Das gilt auch für die Überwachung der Geschäftsführung oder die Auswahl neuer Geschäftsführer (z. B. § 46 GmbHG). Dabei gilt es, einen individuell passenden Mittelweg zu finden: Sind die Kompetenzen der Geschäftsführer zu eingeschränkt, dürfte man kaum ein engagiertes Management finden,

⁸⁴ vgl. §§ 95–116 AktG

umgekehrt ist ein „zahnloser“ Beirat kein attraktives Betätigungsfeld.

Die Zuständigkeiten und Aufgaben des Beirats sollten in jedem Fall ausdrücklich geregelt werden. Dazu muss der Beirat im Gesellschaftsvertrag verankert sein oder nachträglich durch Satzungsänderung eingefügt werden. Hierbei kann der Gesellschaftsvertrag entweder vorschreiben, dass ein Beirat errichtet wird oder die Gesellschafterversammlung ermächtigen, einen Beirat zu bilden. Inhaltliche Details für diesen Ordnungsrahmen sollten nicht im Gesellschaftsvertrag, sondern in einer Beiratsordnung oder -verfassung festgehalten werden, da diese leichter angepasst werden kann, wenn sich beim Beirat etwas ändert.

Mitglieder	<ul style="list-style-type: none"> ■ Drei Mitglieder
Funktion/ Aufgabe	<ul style="list-style-type: none"> ■ Strategische Themen und Zukunftsorientierung (Impulsgeber) ■ Beratung, Unterstützung und Kontrolle der Geschäftsführung ■ Verfolgungskonsequenz (offene Punkte) ■ Operative Planung diskutieren und prüfen ■ Zusammenarbeit zwischen allen Gremien verbessern
Entscheidungs- umfang	<ul style="list-style-type: none"> ■ Zustimmung Jahresinvestitionsbudget ■ Darlehen + Investitionen außerhalb der Budgetplanung über Mio. € 0,6 ■ Beirat/Geschäftsführung von verbundenen Unternehmen ■ Darlehen an Geschäftsführer ■ Bürgschaften
Informations- fluss	<ul style="list-style-type: none"> ■ Quartalsberichte der Geschäftsführung mit dem aktuellen Stand des Unternehmens ■ Jahresabschluss ■ Planungsunterlagen für das nächste Jahr ■ Vertriebsaktivitäten und Aktuelles
Zeitliche Taktung der Zusammen- arbeit	<ul style="list-style-type: none"> ■ Beirat tagt 4 x pro Jahr ■ Beiratsvorsitzende erstellt vorab in Zusammenarbeit mit der Geschäftsführung Tagesordnungspunkte ■ Nach der Beiratssitzung wird ein Protokoll verfasst, das den Beiratsmitgliedern und den Gesellschaftern zur Verfügung gestellt wird.

Abbildung B - 2: Bestandteile einer Beiratsordnung am Beispiel Unternehmensgruppe L.

Die Gesellschafter behalten stets die Entscheidungsgewalt über die Existenz und die Zusammensetzung des Beirats. In der Regel wählt

die Gesellschafterversammlung die Beiratsmitglieder, mitunter gibt es Vorschlag- oder Entsenderechte einzelner Gesellschafter. Die Tätigkeit im Beirat endet automatisch mit dem Ablauf der festgelegten Amtsperiode, durch Amtsniederlegung oder vorzeitige Abberufung

Jedes Beiratsmitglied hat die ihm übertragenen Aufgaben sorgfältig zu erledigen. Kommt ein Beiratsmitglied seinen Aufsichts- und Kontrollpflichten nicht mit der nötigen Sorgfalt nach und entsteht der Gesellschaft daraus ein finanzieller Schaden, kann eine Schadensersatzpflicht entstehen⁸⁵. Die Haftung von Beiräten ist zwar nicht ausdrücklich geregelt, jedoch kann man sich für deren Ableitung der Analogie zur Haftung des fakultativen Aufsichtsrats der GmbH bedienen. Um die Haftungsrisiken sowohl für das Beiratsmitglied als auch für die Gesellschaft selbst zu minimieren, sollte für jedes Beiratsmitglied eine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung (Directors' & Officers' Liability Insurance oder D&O – Versicherung) abgeschlossen werden. Für berufstätige Beiräte ist außerdem an eine Freistellung vom Arbeitgeber für die Tätigkeit als Beirat zu denken.

Schritt 7: Information und Einführung der Beiräte

Ist die Grundsatzentscheidung gefällt, muss die Einführung systematisch vorbereitet werden. Hier ist insbesondere auf die Information der Beiräte und kulturelle Unterschiede zu achten. Ein erstes Informationspaket sollte das Unternehmen in Form eines aktuellen Businessplans vorstellen. Dazu gehören Informationen über die Branchenentwicklungen und Details über die Erträge einzelner Geschäftsbereiche ebenso wie die grundlegende Unternehmensstrategie.

Typische Fragen von Beiräten im ersten Jahr sind z. B.:

⁸⁵ vgl. § 823 (1) BGB, §§ 111 ff AktG

- Wo sehen die Unternehmensführung und die Gesellschafter das Gesamtunternehmen in fünf Jahren?
- Wo sollen die Schwerpunkte liegen (Make or buy-Entscheidungen, Import)?
- Was soll das Unternehmen in Zukunft kennzeichnen, prägen und was will es erreichen?
- Welche persönlichen Ziele haben die Gesellschafter in den kommenden 10 Jahren?
- Welche finanzielle Kraft haben die Gesellschafter für zukünftige Investitionen?
- Welche finanzielle Risiken können/wollen sie eingehen?

Diese Informationen sind elementares Basiswissen für einen Beirat, um die Rolle als unternehmerischer Sparringspartner auch ausüben zu können und aktuelle Zahlen im Kontext der Unternehmensstrategie beurteilen zu können.

In der Unternehmensgruppe L. standen zentrale Entscheidungen wie der Erhalt des Produktionsstandortes Sauerland versus Aufbau einer Produktion in China und Überlegungen zum Aufbau einer zweiten jungen Markenschiene an. Ein Beiratsmitglied verfügte über Erfahrungen am Produktionsstandort China und konnte entscheidene Hinweise zu Vor- und Nachteilen geben. Die Frage der zweiten Marke wurde nicht nur intensiv im Beirat diskutiert, ein Beirat half sogar maßgeblich dabei mit, einen Kontakt zu einem bundesweiten Möbelhandel herzustellen, der feste Abnahmemengen für die nächsten drei Jahre sicherte.

Viele Beiräte verfügen über Erfahrung in Konzernstrukturen und müssen sich auf die kulturellen Unterschiede zu mittelständischen Familienunternehmen erst einstellen. Nicht immer liegen Planungen, aktuelle Zahlen und Statistiken vor – auch Herr L. hatte „das Meiste im Kopf und ein sicheres Bauchgefühl“ und die Banken waren mit überschaubaren Jahresplanungen zufrieden, da der Betrieb

ja erfolgreich war. Nun sollte alles anders sein: die Beiräte wollten regelmäßig aktuelle und verständliche Informationen. Dabei gilt „weniger ist mehr“: Einige aussagefähige Unterlagen in Form eines Beiratscockpits sind hier Ordern mit Zahlenkolonnen vorzuziehen, durch die ein Externer nicht ohne weiteres durchsteigen kann.

Nicht nur der Beirat muss sich in seine neuen Aufgaben einarbeiten, auch das Unternehmen muss sich auf einen aktiven Beirat einstellen, was zunächst oftmals mit mehr Arbeit verbunden scheint, weil die Informationen zumeist nicht für Externe aufbereitet sind – wenn sie überhaupt vorliegen. Daher sollte das erste Beiratsjahr idealerweise ein Pilotjahr sein, in dem Unternehmen und Beirat zusammen finden, bevor im zweiten Jahr alles in professionellen Bahnen laufen kann.

Fazit

Beiräte sind nicht nur etwas für große Unternehmen – ganz im Gegenteil. Bei sorgsamer Vorbereitung, Klarheit über die Aufgaben und Transparenz der Gremien kann ein kompetenter Beirat gerade in mittelständischen Familienunternehmen vieles bewirken: Als zusätzlicher Erfahrungsgeber, als Vermittler zwischen Familienwelt und Geschäftswelt, als Sparringspartner bei der Begleitung von Wachstum ist ein Beirat ein hervorragendes Instrument für den Erhalt und Ausbau von erfolgreichen Familienunternehmen.

C. Finanzierungskosten: Wichtige Komponente für Finanzierungsentscheidungen

Niggemann, Karl A.; Simmert, Diethard B.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	77
Abbildungsverzeichnis	78
Tabellenverzeichnis	78
1 So kalkulieren Banken die Konditionen	79
1.1 Einstandskosten	79
1.2 Standardstückkosten	80
1.3 Standardrisikokosten	81
1.4 Eigenkapitalkosten	82
1.5 Beispielkalkulation	83
2 Nebenverpflichtungen	84
3 Financial Covenants	84
4 Ratingverbessernde Maßnahmen	87
5 Außendarstellung, steuerliche Rahmenbedingungen	90
6 Eigenkapitalersatzregeln	92
7 Unternehmens- versus Eigentümerinteressen	93
8 Beschränkungen der Finanzierungsfreiheit.....	95
9 Finanzierungsgrundsätze.....	95

Abbildungsverzeichnis

Abbildung C - 1: Alternativen zur Erhöhung der Eigenkapitalquote.....	88
--	----

Tabellenverzeichnis

Tabelle C - 1: Rating-Bonitätsklassen.....	81
Tabelle C - 2: Eigenkapitalanforderungen nach Basel III.....	83

Wenn es darum geht, zwischen verschiedenen Finanzierungsalternativen zu entscheiden, haben für viele Unternehmen die Finanzierungskosten absolute Priorität. Unabhängig davon, dass Finanzierungszusagen nicht selten „versteckte“ Kosten verursachen, wie z. B. klassische Vorfälligkeitsentschädigungen oder auch Abwicklungskosten (dazu gehören u. a. die Kosten für die Bestellung von Sicherheiten), gibt es auch aus Sicht der Unternehmen andere wichtige Entscheidungskriterien: Welche Beschränkungen unternehmerischer Entscheidungsfreiheit ergeben sich? Welche Konsequenzen haben Finanzierungsentscheidungen in der Außendarstellung des Unternehmens? Wie steuereffizient ist die gewählte Finanzierungsform?

Entscheidender noch als die Finanzierungskosten ist die Beachtung von Finanzierungsregeln wie Verschuldungsgrad (Leverage), Zinsdeckung (Interest Cover), Kapaldienstfähigkeit (Debt Service Cover) und Eigenkapitalquote (Equity Ratio). Damit verbunden sind natürlich auch die Auswirkungen auf das Rating – natürlich unter Berücksichtigung der Neuregelungen von Basel III.

1 So kalkulieren Banken die Konditionen

Grundlage der Kalkulation der Kreditkonditionen sind diese Positionen:

1.1 Einstandskosten

Die Einstandskosten sind aktuell außerordentlich günstig. Überwiegend orientieren sich Kreditinstitute am Euro-Geldmarkt-Satz unter Banken. Anfang Juni 2013 ergaben sich diese Einstandssätze:

Tagesgeld:	0,18 %
1-Monatsgeld:	0,22 %
2-Monatsgeld:	0,17 %
3-Monatsgeld:	0,25 %

6-Monatsgeld: 0,35 %

Jahresgeld: 0,55 %

Für längere Fristen ergeben sich diese Einstandssätze:

Laufzeit	Rendite
1 Jahr	0,223 %
2 Jahre	0,348 %
3 Jahre	0,529 %
4 Jahre	0,750 %
5 Jahre	0,972 %
6 Jahre	1,176 %
7 Jahre	1,369 %
8 Jahre	1,545 %
9 Jahre	1,711 %
10 Jahre	1,861 %

Auf die Einstandssätze haben Unternehmen keinen Einfluss. Die Sätze sind von der Entwicklung an den Geld- und Kapitalmärkten abhängig.

1.2 Standardstückkosten

Dabei handelt es sich um die kalkulatorischen Bearbeitungskosten. Diese sind abhängig von der Bearbeitungsintensität. Größere Engagements erfordern mehrstufige Bearbeitungen und Entscheidungen. Zwangsläufig fallen hierbei höhere Kosten an.

Engagements mit geringem Risiko erfordern in der Regel auch einen geringen Bearbeitungsaufwand. Deshalb sind die kalkulierten Standardstückkosten geringer. Engagements mit hohen Risiken füh-

ren zu einem hohen Bearbeitungsaufwand und damit auch zu hohen Kosten.

Die Stückkostenkalkulation kann bei einzelnen Kreditinstituten deutlich abweichen. Letztlich sind diese Kosten jedoch auch von der Komplexität des Kreditengagements abhängig. So verursacht eine Akquisitionsfinanzierung, die aus dem zukünftigen Free-Cashflow getilgt werden soll, zwangsläufig einen sehr viel größeren Bearbeitungsaufwand als eine Maschinen-Investitionsfinanzierung. Natürlich hat die Qualität der bereitgestellten Sicherheiten auch Auswirkungen auf die Kostenkalkulation.

1.3 Standardrisikokosten

Die kalkulierten Risikokosten sind maßgeblich von der Bonität abhängig. Sie differieren zwischen einzelnen Kreditinstituten erheblich. Letztlich sind diese Kosten jedoch auch entscheidend von der Ausfallwahrscheinlichkeit abhängig. In der Regel entspricht die ratingabhängige Ausfallwahrscheinlichkeit dem Satz der Risikokosten. Dazu diese Übersicht der Bonitätsklassen einzelner Kreditinstitute:

Tabelle C - 1: Rating-Bonitätsklassen

Ratingklassen	S&P und Creditreform Rating	Commerzbank	DSGV**	Volksbanken	IFD* Rating Skala	1-jährige PD in %
Beste Bonität, geringstes Insolvenzrisiko	AAA	1.0 - 2.0	1-3	0+ - 1d	1	0,00
Sehr gute Bonität, sehr geringes Insolvenzrisiko	AA+ AA AA-					0,00 0,00 0,02
Gute Bonität, geringes Insolvenzrisiko	A+ A A-					0,05 0,04 0,04
Stark befriedigende Bonität, mittleres Insolvenzrisiko	BBB+ BBB BBB-	2.2 - 2.8	4-6	1e - 2a	2	0,20 0,28 0,36
Befriedigende Bonität, höheres Insolvenzrisiko	BB+ BB BB-	3.0 - 3.6	7-9	2b - 2c 2d - 2e	3 4	0,59 0,87 1,62
Ausreichende Bonität, hohes Insolvenzrisiko	B+ B B-	3.8 - 5.0	10-13	3a - 3b 3c - 3e 4a - 4b 4c - 4e	5 6	2,86 7,78 11,22
Kaum ausreichende Bonität, sehr hohes Insolvenzrisiko	CCC, CC, C	5.2 - 5.8	14-15			27,02
Ungenügende Bonität (Insolvenz, Negativmerkmale)	D	6.1 - 6.5	16	5a - 5e		

** Initiative Finanzstandort Deutschland
* Deutscher Sparkassen- und Giroverband

Je günstiger das Rating, desto niedriger ist die Ausfallwahrscheinlichkeit und damit sind die zu kalkulierenden Risikokosten umso geringer. Speziell bei dieser Kostenposition haben Unternehmen

Einfluss auf die Kalkulation der Konditionen. Werden gezielt Maßnahmen zur Verbesserung des Ratings umgesetzt, hat das zwangsläufig Auswirkungen auf die Kreditkonditionen.

1.4 Eigenkapitalkosten

Bei dieser Position handelt es sich um den kalkulatorischen Zinsanteil, der zur Verzinsung des jeweils eingesetzten Eigenkapitals erforderlich ist (hohe Kapitalbindung durch hohes Risiko = hohe Eigenkapitalbindungskosten). Die Anforderungen an die Eigenkapitalverzinsung können bei Kreditinstituten u. a. aus geschäftspolitischen oder satzungsmäßigen Gründen stark voneinander abweichen.

Der Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht hat die neuen Kapital- und Liquiditätsvorschriften für Banken bekanntgegeben. Demnach müssen Kreditinstitute künftig mehr Eigenkapital vorhalten und Reserven anlegen, um mögliche finanzielle Schwierigkeiten aus eigener Kraft überbrücken zu können. Der notwendige durchschnittliche Eigenkapitalanteil von derzeit noch 8 % soll schrittweise auf 13 % steigen. Die Regelungen bauen auf den Beschlüssen von BASEL II auf und werden entsprechend als BASEL III bezeichnet. Tatsächlich werden von diesen Regelungen natürlich nicht nur die Banken betroffen sein – zwangsläufig werden die Banken die Kosten für die höheren Eigenkapitalanforderungen in Form steigender Margen an ihre Kunden weitergeben.

Ein Vergleich der aktuellen mit den künftigen Eigenkapitalanforderungen lässt erkennen, dass deutlich höhere Anforderungen gestellt werden:

Tabelle C - 2: Eigenkapitalanforderungen nach Basel III

Eigenkapitalbestandteile	BASEL III	BASEL II
Hartes Kernkapital	4,5 %	2,0 %
Weiches Kernkapital	1,5 %	2,0 %
Ergänzungskapital	2,0 %	4,0 %
Kapitalerhaltungspuffer	2,5 %	-
Antizyklischer Puffer	2,5 %	-
Gesamtes Eigenkapital	13,0 %	8,0 %

Entlastend wirkt allerdings, dass längere Übergangsfristen vorgesehen sind. So entwickelt sich die Position „Kapitalerhaltungspuffer“ von 0,625 % im Jahr 2016 auf 2,5 % ab 2019.

Eine Verbesserung des Ratings ist eine sichere Methode zur Zinskostensenkung. „Problemlose“ Bankfinanzierungen aufgrund von Bonität und Kapitaldienstfähigkeit tragen darüber hinaus dazu bei, dass die Stückkosten reduziert werden. Eine selbstverständliche Aufgabe der Finanzverantwortlichen von Unternehmen ist es, die Finanzierungskosten soweit als möglich zu reduzieren. Allerdings gibt es aus Unternehmens- und/oder Eigentümersicht Aspekte, die eine höhere Priorität haben sollten als die Reduzierung der Finanzierungskosten.

1.5 Beispielkalkulation

- 0,972 % Einstandskondition für 5-jährigen Festzinssatz
- 0,150 % Standardstückkosten
- 0,870 % Risikokosten aufgrund der Ausfallwahrscheinlichkeit (Rating BB)
- 0,150 % Eigenkapitalkosten
- 2,142 %

Bei dieser Konstellation ergaben sich bei einer durchgeführten Investitionsfinanzierung mit 5-jähriger Festzinszeit 2,142 % Festzinsen.

2 Nebenverpflichtungen

Unternehmen klagen über zunehmende Covenants-Anforderungen. Dabei geht es um Berichtspflichten an die Kreditgeber, wie

- Bilanzinformationen
- Quartalsberichte
- Planungs-Vorlagen
- Wirtschaftsprüfer-Berichte
- Steuererklärungen.

3 Financial Covenants

Financial Covenants betreffen spezifisch die finanzielle Situation und Ausstattung eines Unternehmens. Dabei geht es um kennzahlenbezogene, häufig dauerhafte Verpflichtungen.

Financial Covenants sollen die Rückzahlungswahrscheinlichkeit der Kreditforderungen erhöhen, indem sie die Solvenz und Liquiditätsausstattung des Unternehmens überwachen.

In der Praxis werden überwiegend diese Kennzahlen angewandt:

1. Verschuldungsgrad (Leverage)

(Netto) Vorrangige bzw. Gesamt-Finanzverbindlichkeiten

EBITDA

... sollte unter 3,0 x bis 4,5 x EBITDA liegen

Die Ermittlung des Verschuldungsgrades ist für Banken auch deshalb von Interesse, weil damit ein Vergleich zu anderen Unternehmen der Branche möglich wird. Bei dieser Kennzahl werden in der Regel auch die nicht-bilanziellen Verbindlichkeiten berücksichtigt.

2. Zinsdeckung (Interest Cover)

EBITDA

Zinsergebnis

... sollte über 4,5 x EBITDA liegen

Der Zinsdeckungsgrad macht eine Aussage darüber, in welchem Umfang der Zinsaufwand durch das operative Ergebnis gedeckt wird. Je niedriger dieser Anteil ist, desto höher ist die zusätzliche Ergebnisbelastung bei steigenden Fremdkapitalkosten – ausgelöst z. B. durch eine gesunkene Risikoeinstufung.

Der Zinsdeckungsgrad ist ein Indikator, ob ein Unternehmen weiteres Fremdkapital aufnehmen kann.

3. Kapitaldienstfähigkeit (Debt Service Cover)

Cashflow vor Finanzierung

Kapitaldienst (Zins + Tilgung)

... sollte mindestens 1,3 betragen

Eine unter 1,3 liegende Kapitaldienstfähigkeit wird zusätzliche Finanzierungen ausschließen.

4. Eigenkapitalquote (Equity Ratio)

Eigenkapital

Bilanzsumme

... sollte mindestens 20 % bei Produktionsunternehmen, mindestens 15 % bei Handelsunternehmen betragen

Je mehr Eigenkapital ein Unternehmen zur Verfügung hat, desto besser ist in der Regel die Bonität des Unternehmens, desto höher ist die finanzielle Stabilität und desto unabhängiger ist das Unternehmen von Fremdkapitalgebern. Da Eigenkapital jedoch teurer ist als Fremdkapital, belastet eine hohe Eigenkapitalquote die Rendite auf das eingesetzte Kapital.

Häufig werden über sogenannte Non-Financial-Covenants Verhaltenspflichten des Kreditnehmers festgelegt. Dazu können zählen:

- Veräußerungsverbot von Vermögensgegenständen
- Finanzierungs- und Investitionsverhalten
- Belastungsverbot mit Grundpfandrechten
- Verpflichtungsverbot bezüglich Bürgschaften.

Die Vereinbarung von Covenants führt zwangsläufig zu der Notwendigkeit, dass die Verletzung der Rechtsfolgen geregelt wird. Die Verletzung oder Verfehlung von Covenants kann – in Abhängigkeit von den Vereinbarungen im Kreditvertrag – zu folgenden Sanktionen für den Kreditnehmer führen:

- Konditionenverschlechterung
- Nachbesicherungsrechte
- Zurückbehaltungsrecht künftiger Raten
- vertragliches Kündigungsrecht.

Die Vereinbarung von Covenants kann die unternehmerische Freiheit maßgeblich beeinflussen. Neben der Einschränkung der Handlungsfreiheit des Managements muss der erhöhte Reportingaufwand berücksichtigt werden, der zu Kosten führt und die Organisation belasten kann. Erheblich höhere Zinskosten können auch anfallen, wenn sich eine unerwartete Unternehmensentwicklung ergibt und die Financial Covenants nicht mehr eingehalten werden können. Letztlich besteht das erhöhte Risiko der vorzeitigen Fälligkeit der Finanzierung bei Verletzung der Covenants. Daraus kann sich ein existenzgefährdendes Risiko für das Unternehmen ergeben.

Unternehmen sind bemüht, ihre Unabhängigkeit zu erhalten. Sie möchten jedwede Abhängigkeit von einzelnen Kreditgebern vermeiden. Vor diesem Hintergrund ist ein gewisser Trend erkennbar, die Passivseite zu diversifizieren. Auch mittelständische Unternehmen streben Unabhängigkeit von ihren Hausbanken an und beschaffen sich von anderen Kapitalpartnern finanzielle Mittel. Die Platzierung von Mittelstandsanleihen dient primär dem Ziel, die Unabhängigkeit zu erhalten und die Kapitalgeber zu diversifizieren. Der damit verbundene Preis in Form höherer Kosten wird akzeptiert.

4 Ratingverbessernde Maßnahmen

Eine wichtige ratingverbessernde Maßnahme ist die Erhöhung der Eigenkapitalquote.

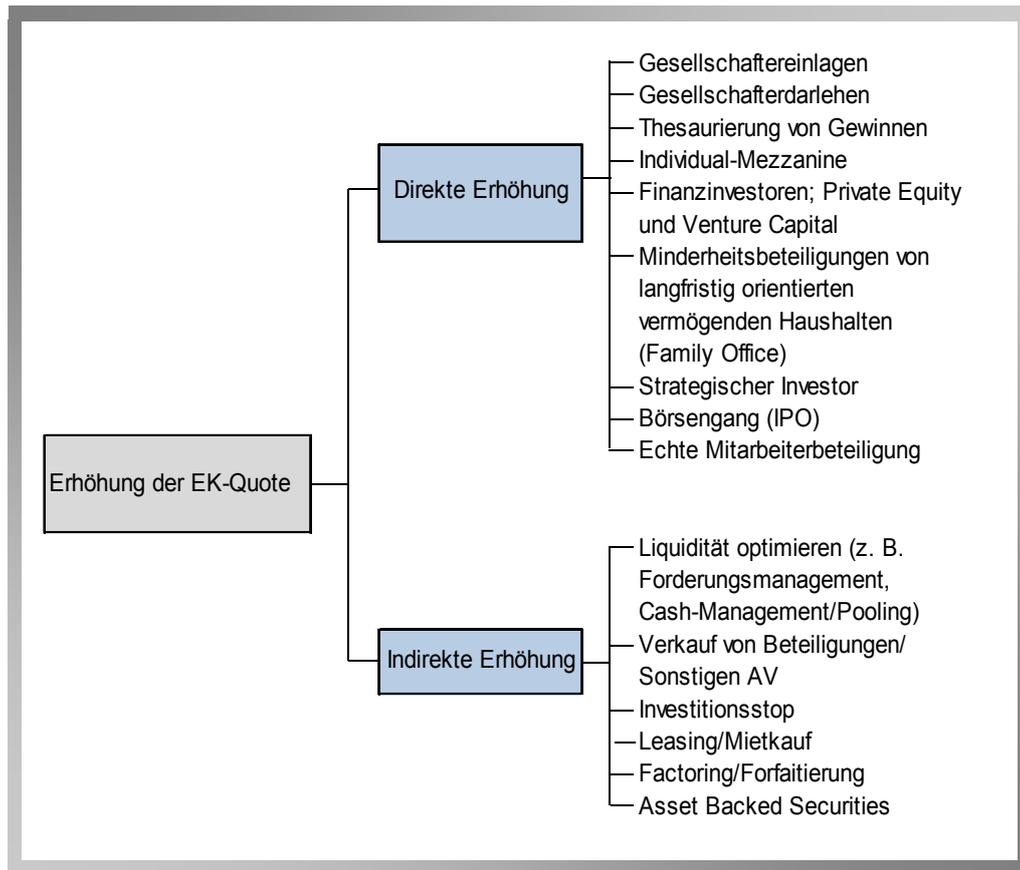


Abbildung C - 1: Alternativen zur Erhöhung der Eigenkapitalquote

Weitere Maßnahmen zur Ratingverbesserung sind

- Abbau von „Liquiditätsfressern“, z. B. durch:
 - ♦ Reduzierung der Einkaufskosten, Konsolidierung der Lieferanten
 - ♦ Reduzierung von Materialreichweiten, Vermeidung von überflüssigen Lagerbeständen
 - ♦ Verbesserung der Produktionsplanung, Reduzierung der Produktionsdurchlaufzeiten
 - ♦ Reduzierung der Test-, Abnahme- und Versandprozesse
 - ♦ Einführung von Konsignationslagern
 - ♦ Just-in-Time-Lieferung
 - ♦ Beschleunigte Auslieferung von Fertigerzeugnissen
 - ♦ Abverkauf von Restbeständen

- Reduktion des Forderungsbestandes, beispielhaft durch:
 - ♦ Neuverhandlung von Kundenverträgen
 - ♦ Vereinbarung von Anzahlungen
 - ♦ Überprüfung der Zahlungsbedingungen
 - ♦ Beschleunigung der Fakturierung
 - ♦ Konsequente Eintreibung der Forderungen durch Debitorenmanagement
 - ♦ Anteil Barverkäufe erhöhen
 - ♦ Verkürzung von Zahlungszielen
 - ♦ Rabatte für kurze Zahlungsziele
 - ♦ Organisierte Rechnungsstellung (schneller und fehlerfrei)
 - ♦ Höheres Skonto anstelle von Rabatten
 - ♦ Eintreiben/Verkaufen von Altforderungen
- Ausweitung der Verbindlichkeiten, wie z. B.:
 - ♦ Zahlungsvereinbarungen mit den Hauptlieferanten (Verlängerung/Verschiebung der Zahlungsfrist, günstigere Konditionen)
 - ♦ Standardisierung der Einkaufsbedingungen (verringert den Arbeitsaufwand und erhöht die Transparenz)
 - ♦ Substitution von Lieferanten mit der Zielsetzung günstigerer Konditionen
 - ♦ Enge Verzahnung von Materialabruf- und Projektterminen

Die Praxis bestätigt, dass zahlreiche Möglichkeiten bestehen, das Rating von Unternehmen zu verbessern. Eine Reduzierung der Finanzierungskosten ist die zwangsläufige Folge.

5 Außendarstellung, steuerliche Rahmenbedingungen

Das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) erfordert die Veröffentlichung von Unternehmensdaten. Viele Unternehmer stehen dieser Jahresabschlusspublizität sehr negativ gegenüber. Diese negative Haltung ist im Wesentlichen auf den Schutz vor Wettbewerbsnachteilen durch Konkurrenten, Lieferanten und Kunden zurückzuführen. Kunden nutzen gern veröffentlichte gute Erträge zu Verhandlungen hinsichtlich der Preise. Lieferanten sind an guten Bonitäten interessiert, damit Debitorenverluste vermieden werden.

Großes Interesse haben auch Arbeitnehmervertreter, die sich für die Aspekte Arbeitsplatzsicherheit interessieren und deshalb gern Informationen über die wirtschaftliche und finanzielle Lage des Unternehmens wünschen. Wünschenswert sind natürlich auch Informationen über die Produktions- und Absatzlage sowie mögliche Rationalisierungsvorhaben.

Sehr starkes Interesse haben erfahrungsgemäß die Konkurrenten. Zum erfolgreichen Bestehen gehört es für viele Unternehmen, kontinuierlich Informationen über die Konkurrenten zu sammeln. Dabei dienen Rechnungslegungsinformationen als wichtige Datenquelle für die Branchen- und Konkurrenzanalyse. Die Jahresabschlussanalyse ist heute eine der wichtigsten Informationsquellen für die Konkurrenzanalyse.

Die Informationsinteressen der Konkurrenten konzentrieren sich dabei nicht ausschließlich auf quantitative Angaben in der Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung oder im Anhang zur finanziellen Stärke oder Ertragskraft des Konkurrenzunternehmens.

Immer wieder wird bekannt, dass Wettbewerber von Unternehmen den Vertrieb gezielt über ungünstige Bilanzrelationen des Wettbewerbs informieren („Welche Konsequenzen hat es für Ihr Unter-

nehmen, wenn Firma XY aufgrund der hohen Verschuldung und anderer ungünstiger Bilanzrelationen Insolvenz anmelden muss – wer übernimmt dann Garantien und Wartung?“).

Ist es nicht interessewährend, Finanzierungsmittel einzusetzen, die als Eigenkapital oder eigenkapitalähnliche Mittel ausgewiesen werden können – auch wenn sie bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise Fremdkapitalcharakter haben?

Unternehmen gestalten zunehmend ihre Finanzierung auch unter dem Aspekt der Außendarstellung. Ziel der Strukturierung ist es, vertrauenerweckende Kennzahlen zu erreichen. Eine solide Eigenkapitalbasis ist ein wichtiges Ziel. So bemühen sich Unternehmen nicht nur unter Liquiditätsaspekten, sondern insbesondere vor dem Hintergrund der Außenwirkung darum, das Working-Capital-Management zu optimieren. Neben der Optimierung der Liquidität durch Forderungsmanagement und Reduzierung der Mittelbindung im Vorratsbereich werden indirekte eigenkapitalerhöhende Maßnahmen gewählt, wie z. B. Factoring, Forfaitierung oder Asset Backed Securities.

Auch die steuerlichen Rahmenbedingungen können materiell große Auswirkungen auf die Netto-Finanzierungskosten haben. Deshalb besteht aus rein steuerlichen Gesichtspunkten häufig ein Interesse an einer hohen Fremdfinanzierung.

Mit der Finanzverwaltung haben Unternehmen oft Auseinandersetzungen über die Grenzen der Gesellschafter-Fremdfinanzierung. Unternehmen haben in diesem Segment vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten. Diese Gestaltungsmöglichkeiten entwickeln sich aber nicht selten zu Konfliktfeldern mit der Finanzverwaltung.

Auch die Zinsschranken-Problematik führt nicht selten dazu, dass die erwartete steuerliche Entlastung durch die Absetzbarkeit der Zinsen gefährdet wird. Bei Personengesellschaften wird der Schuldzinsenabzug in der Praxis immer wieder durch sogenannte „Überentnahmen“ gefährdet. Die Sanktion bei derartig hoch fremdfinan-

zierten Personengesellschaften ist dann – wie auch bei Kapitalgesellschaften – die steuerliche Nichtanerkennung des Finanzierungsaufwandes.

6 Eigenkapitalersatzregeln

Die Eigenkapitalersatzregeln ordnen zum Schutz der Fremdgläubiger an, dass ein Gesellschafter, der „seinem“ Unternehmen in der Krise ein Darlehen gewährt, im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft den Anspruch auf Rückgewähr des Darlehens nur als nachrangiger Insolvenzgläubiger geltend machen kann. Das Fremdkapital wird damit faktisch behandelt wie Eigenkapital. In der Krise von Unternehmen kommen jedoch neben der reinen Darlehensgewährung noch verschiedene andere Finanzierungsinstrumente in Betracht, um eine Fortführung der wirtschaftlichen Aktivitäten zu ermöglichen, ohne dass der Gesellschaft Eigenkapital zugeführt werden muss. Möglich ist z. B. eine Gewährung von Sicherheiten durch den Gesellschafter zugunsten von Fremdgläubigern, die verbilligte miet- oder pachtweise Überlassung von Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens (z. B. im Rahmen der Betriebsaufspaltung) oder die verbilligte Erbringung von Dienstleistungen. Daher stellt sich nicht nur im Rahmen der Überlassung von Darlehen, sondern auch bei der Gewährung von Sicherheiten oder der unentgeltlich oder verbilligten Bereitstellung von Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens stets das Problem der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistung.

Gesellschafter von Unternehmen sind in Krisensituationen immer wieder über die Auswirkungen der Eigenkapitalersatzregeln überrascht. Unternehmer sind gut beraten, die Finanzierungsstruktur so zu gestalten, dass die Eigenkapitalersatzregeln zum Schutz der Fremdgläubiger nicht wirken. Ein wirksames Mittel ist die ausreichende Ausstattung mit Eigenkapital.

7 Unternehmens- versus Eigentümerinteressen

Bei Familienunternehmen dominiert oft nicht das Unternehmensinteresse bei Finanzierungsentscheidungen, sondern die Interessen des Unternehmers/Eigentümers. Diese können von der Ertragsmaximierung (z. B. kurzfristige Fremdfinanzierung eines lukrativen Expansionsvorhabens) bis zu „weicheren“ Entscheidungsfaktoren, wie der Sicherung eines Unternehmens als Lebensmittelpunkt der Unternehmerfamilie, reichen. In diesem Zusammenhang geht es um folgende Fragen:

- Wie viel Eigenkapital möchte der Eigenkapitalgeber dem Unternehmen als Risikokapital zur Verfügung stellen? Oder ist nicht das primäre Interesse der Unternehmerfamilie, verfügbare Mittel risikoarm anzulegen und die unternehmerischen Aktivitäten in höchstmöglichem Umfang mit Fremdkapital zu finanzieren?
- In welcher Form soll die Kapitalisierung des Unternehmens geschehen? Welche Risiken erscheinen im Hinblick auf die aktuelle Situation und die Perspektiven akzeptabel zu sein, und wie sollen diese abgesichert werden?
- Welche Rückzahlungs-/Renditeerwartungen bestehen in welchem Zeitrahmen?

Mit der Entscheidung über die Höhe des Eigenkapitalinvestments ist schon die Grenze einer möglichen Fremdfinanzierung vorgegeben, da Fremdkapitalgeber nur dann finanzieren, wenn eine angemessene Eigenkapitalausstattung gewährleistet ist. Eine hohe Fremdfinanzierung erhöht regelmäßig die Renditeerwartungen der Eigenkapitalgeber.

Die Gesellschafterinteressen sind bei Finanzierungsentscheidungen mit den Interessen des Unternehmens nicht deckungsgleich. Das zeigt sich besonders in möglichen Unternehmenskrisen. Dem Rückzahlungsinteresse des Gesellschafters stellt sich dann unter Umstän-

den das rechtlich geschützte Interesse der Unternehmensfortführung bzw. des Gläubigerschutzes entgegen.

Für Unternehmen stellt sich stets die Frage, wie das Verhältnis von Eigenkapital und Fremdkapitalausstattung sein soll. Hohe operative Risiken, wie z. B. stark zyklische Geschäftsentwicklung, Rohstoffvolatilitäten oder Währungsschwankungen sollten durch möglichst viel Eigenkapital aufgefangen werden. Kommen die Unternehmen dem Eigentümerwunsch nach Maximierung der Eigenkapitalrendite durch höchstmögliches Fremdkapital nach, können dadurch Unternehmen gefährdet werden.

Unternehmen mit stabilem Cashflow können eine höhere Fremdfinanzierung verantworten, durch welche dann letztlich die Eigenkapitalrentabilität verbessert werden kann.

Hauptinteresse aus Sicht von Unternehmen ist die Berechenbarkeit der Ausstattung mit Finanzmitteln. Diesem Interesse dient der – meist teure – langfristige Finanzierungsvertrag mit eingeschränkten Kündigungsmöglichkeiten für die Darlehensgeber. Der Gegentyp sind Finanzierungsgestaltungen, die den Fortbestand der gesamten Finanzierung von der Einhaltung finanzieller und bilanzieller Kerndaten („Covenants“) abhängig machen.

Die Frage nach der Flexibilität ist eine Frage nach einer frühestmöglichen Rückzahlbarkeit der Fremdmittel ohne Mehrkosten bzw. Gebühren.

Unternehmen und deren Gläubiger haben Interesse an einem stabilen und loyalen Gesellschafterkreis, der in Krisensituationen auch bereit ist, Eigenkapitalfinanzierungen zur Verfügung zu stellen.

Die Finanzierung von Unternehmen ist eine entscheidende Komponente unternehmerischen Erfolges. Finanzierungsentscheidungen prägen ein Unternehmen in vielfältiger Hinsicht und bestimmen häufig den Erfolg des operativen Geschäftes. Sie sind in einem

komplexen Geflecht unter Berücksichtigung wirtschaftlicher, rechtlicher, steuerlicher und bilanzieller Vorgaben zu treffen.

Finanzierungsentscheidungen werden nicht immer im Interesse der Unternehmen getroffen. Häufig dominieren Unternehmer-Vorgaben.

Unternehmer treffen Finanzierungsentscheidungen nicht mehr allein im Dialog mit den Hausbanken. Ratingagenturen, finanzwirtschaftliche Spezialisten und Steuerexperten beeinflussen Finanzierungsentscheidungen. Häufig steht eine Vielzahl von Finanzierungsmöglichkeiten zur Verfügung, die gegeneinander abgewogen und geprüft werden müssen. Die klassische Unterscheidung zwischen Eigenkapital- und Fremdkapitalfinanzierung reicht nicht mehr aus, um interessewahrende Entscheidungen zu treffen.

8 Beschränkungen der Finanzierungsfreiheit

Eigentümer von Unternehmen können jedoch bei ihren Finanzierungsüberlegungen nicht immer frei entscheiden. Es müssen kapitalmarktrechtliche und regulatorische Bestimmungen ebenso berücksichtigt werden wie bilanzrechtliche Regelungen, und natürlich auch die Situation und Rahmenbedingungen der Kapitalmärkte. Häufig sind weiterhin gesellschaftsrechtliche Vorgaben zu berücksichtigen – oder auch die Grundsätze „ordnungsgemäßer“ Finanzierung von Gesellschaften aufgrund der Rechtsprechung. Auch steuerrechtliche Regelungen, wie z. B. die Zinsschranke, Mindestbesteuerung, Einschränkung der Nutzung von Verlustvorträgen und Begrenzung des Abzugs von Schuldzinsen wegen Überentnahmen, können Finanzierungsentscheidungen maßgeblich beeinflussen.

9 Finanzierungsgrundsätze

Die Festschreibung von Finanzierungsgrundsätzen hat sich für viele Familienunternehmen bewährt – unabhängig davon, ob die Familien selbst für die Führung verantwortlich sind oder die Geschäfts-

führung einem Fremdmanagement übertragen wurde. Wichtige Grundsätze sind z. B.

- Vorsicht (kalkuliertes Risiko)
- Beweglichkeit (finanziellen Spielraum bewahren)
- Unabhängigkeit
- Sicherheit (Reserven halten).

In immer mehr Unternehmen gibt es deshalb mathematisch orientierte Finanzierungsregeln, wie

- Liquiditätskennzahlen
- Strukturkennzahlen, wie z. B. Eigenkapitalquote und Anlagendeckungsgrad
- Umschlagskennzahlen, wie z. B. Lagerumschlagshäufigkeit
- Rentabilitätskennzahlen, wie Gesamtkapitalrendite oder Umsatzrendite
- Verschuldungskennzahlen, wie z. B. Verschuldungsgrad und Verschuldungsfähigkeit.

Die Einhaltung dieser Finanzierungsgrundsätze hat sich – unabhängig vom Aspekt der Finanzierungskosten – für sehr viele Unternehmen langfristig bewährt.

Gern schreiben Unternehmen Finanzierungsprinzipien fest, die langfristig sinnvoll erscheinen. Dazu zählt u. a. auch das Finanzierungsprinzip „Die billige Finanzierung ist nicht immer die beste Finanzierung“. Es gibt eine Vielzahl von Parametern zu beachten, die oft weit wichtiger sind als die reinen Finanzierungskosten.

Die Praxis kennt aber noch einige andere Finanzierungsprinzipien, wie z. B.

- „Langfristige Kapitalbindungen sind langfristig zu finanzieren“
- „Keine Spekulationsgeschäfte“

- „Der Lieferantenkredit ist der teuerste Kredit“

Das zuletzt aufgeführte Finanzierungsprinzip ist umstritten. Unternehmen mit Einkaufsmacht können ihre Lieferanten oft zu sehr langfristigen Zahlungsfristen „zwingen“ – ohne dass es den Lieferanten gelingt, als Entschädigung eine Risikoprämie mit in die Preise einzukalkulieren.

Finanzierungsentscheidungen werden durch eine Vielzahl von Parametern geprägt – die ausschließliche Beachtung der Finanzierungskosten liegt häufig weder im Interesse des Unternehmens, noch im Interesse der Eigentümer.

D. „Whistleblower“ – Arbeitnehmer als „Anschwärzer des Arbeitgebers“?!

- zugleich eine internationale und rechtsvergleichende Betrachtung

Joachim, Will

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	99
1 Aktuelles Urteil des EGMR	101
2 Problemstellung	101
2.1 Anglo-amerikanische Rechtsfigur: „Whistleblower“	101
2.2 Geldprämie für den „Tipgeber“?	101
2.3 Missstände in US-amerikanischen Unternehmen und ihre Aufdeckung durch „Whistleblower“	102
2.4 Hinweisgeber nach deutschem Arbeitsrecht.....	104
2.4.1 „Gammelfleischfall“	104
2.4.2 Rechtliche Konsequenzen.....	104
3 Konkreter Sachverhalt bzw. Streitfall	105
3.1 Missstände in der (stationären) Altenpflege.....	105
3.2 Rechtswidrigkeit der Kündigung	105
3.3 Recht zur freien Meinungsäußerung: Öffentlicher Hinweis auf Missstände	106
4 Allgemeine Schlussfolgerungen	106
4.1 Kündigungsschutz für rechtmäßig handelnden Arbeitnehmer.....	106
4.2 Klarstellung der Rechtslage: Weitere Gesetze?	107
4.3 Bestehende Rechtslage.....	107
4.3.1 Arbeitsvertrag	107
4.3.2 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	108
4.3.3 Ausreichender Rechtsschutz	108

5	Fazit und Ausblick:	108
	Literaturverzeichnis	111

1 Aktuelles Urteil des EGMR

Nach einem aktuellen Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) dürfen Arbeitnehmer ihren Arbeitgeber bei rechtswidrigen Handlungen „anschwärzen“, ohne gravierende Rechtsfolgen wie eine (fristlose) Kündigung des Arbeitsverhältnisses fürchten zu müssen. (Urteil des EGMR vom 21.7.2011).

Diese Entscheidung stellt einen Meilenstein in der Arbeitsrechtswirklichkeit dar, welche den Arbeitnehmerschutzgedanken betont und den „mündigen Mitarbeiter“ in seinem Grundrecht auf freie Meinungsäußerung wirksam schützt, zumindest nachhaltig unterstützt.

2 Problemstellung

Worum geht es grundsätzlich?

2.1 Anglo-amerikanische Rechtsfigur: „Whistleblower“

„Whistleblower“ – der Terminus stammt aus dem US-amerikanischen Wirtschafts- und Arbeitsrecht. Während er in anderen Ländern – sogar gesetzlich – geschützt ist, drohen dem „tatkräftigen Tippgeber“ erhebliche Nachteile. Bezeichnenderweise gibt es keinen exakten deutschen Begriff für den „Pfeifer (aus lauterem Motiv)“. Der „Whistleblower“, der die Pfeife bläst, schlägt Alarm, macht auf Missstände, Diskriminierungen und Rechtsverstöße aufmerksam. Anders als in den USA wird der „Hinweisgeber“ in Deutschland – auch in der bisherigen arbeitsrechtlichen Rechtsprechung – kritisch gesehen.

In der aktuellen Diskussion wird der „(Warn)Pfeifer“ oft als „petzender Provokateur“ denn als „konstruktiver Kommunikator“ charakterisiert, der - in der juristischen Betrachtung wertend dargestellt - seine (grundgesetzlich) geschützte Meinung kundtut.

2.2 Geldprämie für den „Tippgeber“?

In den USA ist im Grundsatz anerkannt, dass ein „Tippgeber“ für seinen Tatbeitrag, wenn er denn zum Aufdecken und abstellen ei-

nes „rechtswidrigen Missstands“ führt, sogar eine „Prämie“ einstreichen kann. In Fällen des rechtswidrigen Verstoßes gegen Compliance- oder Bestechungsvorschriften gebührt dem Anzeigenden eine „Belohnung“ von zwischen zehn bis dreißig Prozent des von der betroffenen Firma zu leistenden Schadensersatzes. In den USA werden die Prämien vor allem bei Fällen von Kapitalmarktdelikten gezahlt. Neuerdings erfolgt eine substantielle Zahlung auch im Arzneimittelrecht und in Verbindung damit im Arbeitsrecht. Dies ist unlängst im Fall der Pharmafirma Boehringer Ingelheim bestätigt worden, die in den USA u.a. mit dem US-Justizministerium einen außergerichtlichen Vergleich über rund 95 Mio. US Dollar abgeschlossen hat; davon erhielt ihr „Hinweis gebender“ Arbeitnehmer ca. 17 Mio. US Dollar als „Prämie“. Boehringer Ingelheim wurden aufgrund des Hinweises des Mitarbeiters „unsaubere Methoden“ bei dem in den US-Absatzmarkt eingeführten Mittel gegen Asthma und Husten bei Kindern vorgeworfen. Die Medikamente sind angeblich nie bei Minderjährigen getestet worden. Dem Vernehmen nach will der „willige „Whistleblower“ weiter für seine bisherige Firma arbeiten – wenn man ihn denn lässt.

2.3 Misstände in US-amerikanischen Unternehmen und ihre Aufdeckung durch „Whistleblower“

Aufgrund einer repräsentativen Meinungsumfrage ist in den USA die Motivation der Tippgeber untersucht worden. So ist gefragt worden: „Wann würden Sie sich an die Öffentlichkeit oder staatliche Stellen wenden, um Misstände oder Verfehlungen in Ihrem Unternehmen zu melden?“ 82 % befürworteten diese Verhaltensweise bei schweren Verbrechen, 76 % dann, wenn jemand zu Schaden kommen könnte, 70 % bei fortgesetztem Missstand, 65 % bei zu erwartenden Umweltschäden, 65 %, wenn die Firma die Beschwerde ignoriert, 43 % bei finanzieller Belohnung. Die Motivation ist verschieden ausgeprägt, überwiegend von einem „sozialen Engagement“ bestimmt.

Aufschlussreich sind aufgrund der US-amerikanischen Erhebung die Auflistung der Stellen, an die sich der „Whistleblower“ vorrangig wendet: Er hält sich zuvörderst an seinen eigenen Vorgesetzten, und zwar gehen 56 % der Befragten so vor. 26 % schalten das höhere Management ein. Damit ist die interne Kommunikation zunächst vorgegeben. Grundsätzlich liegt diese Vorgehensweise nahe, um das Arbeitsverhältnis zukünftig möglichst wenig weiteren Belastungen und arbeitsrechtlichen Reaktionen auszusetzen. Einrichtungen außerhalb der Firma nehmen die wenigsten der Befragten in Anspruch, so etwa 5 % ein Hotline, weitere 5 % sprechen andere Mitarbeiter gezielt an und 6 % ergreifen sonstige Maßnahmen. Die eingegangenen Tipps belaufen sich in den USA von 2.751 in 2007 auf 7.471 in 2011. Mithin ist ein deutlicher Anstieg des „Whistleblowing“ zu verzeichnen. Die ausgezahlten Prämien schwanken demgegenüber beträchtlich. In 2007 wurden 13,6 Mio. US Dollar, 2008 22,4, 2010 18,8 Mio. und 2011 8,0 Mio. US Dollar an Prämien ausgekehrt.

Die Besonderheit der US-amerikanischen Entwicklung ist zu betonen. Zum einen stellt sie eine Richtung weisende Rechtsentwicklung dar. Sie erlangt Einfluss auf die kontinentaleuropäische Rechtsentwicklung und damit auch auf die deutsche Entwicklung des Arbeitsrechts. Zum anderen sind die Tendenzen und „Auswüchse“ des US-„Prämiensystems“ entsprechend einzuordnen. Zweifelhaft ist, ob sie direkt in Europa und in Deutschland umsetzbar sind. Vor einem typisch US-amerikanischen „catch as catch can“ ist eindringlich zu warnen. Hier mögen die Rechtsgebiete des US-Kapital-, Steuer- und Compliance-Rechts zukünftig weite und ausbaubare Betätigungsfelder darstellen.

Rechtsvergleiche sind grundsätzlich interessant und reizvoll. Sie mögen Anregungen und Impulse geben, um das nationale Rechtssystem voran zu bringen. Allerdings sind die jeweiligen kulturellen, nationalen Eigenheiten und Gepflogenheiten stets angemessen zu

berücksichtigen. Dies gilt auch und gerade bei einer anstehenden Übernahme von US-Recht.

2.4 Hinweisgeber nach deutschem Arbeitsrecht

Selbst wenn er einen Skandal aufdeckt, wird er oft als „Nestbeschmutzer“, Querulant bzw. Denunziant beschimpft, ausgegrenzt und „gemobbt“. Vom Arbeitgeber bekommt er das arbeitsrechtliche „Waffenarsenal“ zu spüren, welches u.a. reicht von Versetzung, Kompetenzbegrenzung, Ermahnung, Abmahnung, ordentlicher bzw. außerordentlicher Kündigung aus wichtigem Grund bis hin zu eventuellem Schadensersatz.

2.4.1 „Gammelfleischfall“

In einem zuvor publik gewordenen Arbeitsrechtsstreitfall beschwerte sich ein LKW-Fahrer aus der Fleischbranche über von ihm zu transportierendes Fleisch, dessen Haltbarkeitsdaten längst abgelaufen waren. Dieser Fall ist bekannt geworden unter der wenig schmeichelhaften Bezeichnung „Gammelfleisch“. Dem Arbeitnehmer ist aufgrund seiner vermeintlichen Illoyalität dem Arbeitgeber gegenüber gekündigt worden.

2.4.2 Rechtliche Konsequenzen

Aus dem erwähnten Beispielfall folgt allgemein formuliert:

Dem Arbeitnehmer wird z.B. Verrat von Betriebsgeheimnissen, Störung des Betriebsfriedens oder Verletzung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten vorgeworfen. Namentlich die Verletzung der Loyalitäts- bzw. Treuepflicht des Mitarbeiters steht in der Diskussion. Zumindest in Deutschland wandelt er – bisher – auf schmalem Grat. Kündigung und endgültiger Jobverlust sind regelmäßig die einschneidenden Folgen für den „Alarm schlagenden Arbeitnehmer“. Dieser beruft sich auf sein Grundrecht der freien Meinungsäußerung aus Art. 5 Abs. 1 Grundgesetz (GG). Grundsätzlich trifft den Arbeitgeber eine Fürsorgepflicht gegenüber dem Arbeitnehmer, dass dieser gestützt auf eine zutreffende Tatsachengrundlage seine Meinung frei kundtun darf.

Grundsätzlich offenbart sich ein Aufeinandertreffen widerstreitender Interessen. Diese müssen grundsätzlich, sodann im jeweiligen Streitfall zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden. In der Regel erfolgt eine umfassende Interessenabwägung.

3 Konkreter Sachverhalt bzw. Streitfall

Worum geht es im Fall?

3.1 Misstände in der (stationären) Altenpflege

Die Beschwerdeführerin war bei einem Berliner Klinikkonzern beschäftigt, an welchem das Land Berlin mehrheitlich beteiligt ist. 2005 wurde ihr Arbeitsvertrag fristlos gekündigt, nachdem sie – im Anschluss an vorherige, vergebliche interne Kommunikation – gegenüber ihrem Pflegeunternehmen Strafanzeige wegen besonders schweren Betrugs erstattet hatte. Ihrer Meinung nach erhielten Pflegebedürftige und deren Angehörige wegen Personalmangels keine angemessene Gegenleistung für die aufgewendeten Kosten. Der medizinische Kontrolldienst der Krankenkassen hatte die Zustände in der Altenpflegeeinrichtung zuvor als mangelhaft kritisiert.

3.2 Rechtswidrigkeit der Kündigung

Die Anwälte der gekündigten Pflegerin erachteten die Kündigung und Weigerung der deutschen Gerichtsbarkeit, ihre Wiedereinstellung zu verfügen, als Verstoß gegen die Europäische Menschenrechtskonvention. In dem jahrelangen Rechtsstreit ist sie zuvor vor den Arbeitsgerichten einschließlich des Bundesarbeitsgerichts mit ihrer Kündigungsschutzklage und vor dem Bundesverfassungsgericht mit ihrer Verfassungsbeschwerde gescheitert.

Der EGMR in Straßburg entschied demgegenüber, dass die Kündigung der Berliner Altenpflegerin gegen Artikel 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EGMRK), Freiheit der Meinungsäußerung, verstoßen hat. Das Gericht betont, dass die Vorwürfe der Pflegerin zwar eine ruf- und geschäftsschädigende Wirkung auf den Pflegebetriebe gehabt hätten. Demgegenüber sei in einer demo-

kratischen Gesellschaft das öffentliche Interesse an Informationen über Mängel in der institutionellen Altenpflege in einem staatlichen Unternehmen derart bedeutend, dass es gegenüber dem Interesse dieses Unternehmens am Schutz seines Rufes und seiner Geschäftsinteressen überwiegt. Das EGMR berücksichtigt im Fall die Schwere des Grundrechteingriffs und erachtet die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses als maximale Sanktion. Die Richter erfassen nicht nur die weitreichenden Auswirkungen für die Klägerin, sondern auch die aus der Kündigung resultierende Abschreckungswirkung für andere Mitarbeiter.

3.3 Recht zur freien Meinungsäußerung: Öffentlicher Hinweis auf Missstände

In dem Sektor der Altenpflege, der alte, kranke, hilfsbedürftige Menschen beinhaltet, welche ihre Anliegen und Rechte häufig selbst nicht mehr wahrnehmen können, sind die Pflegekräfte bestens geeignet, ihren Arbeitgeber und auch die Öffentlichkeit auf relevante Missstände aufmerksam zu machen. Daraus folgt, dass die Kündigung nicht nur gegen die EMRK verstößt, sondern auch unverhältnismäßig ist. Das Straßburger Gericht erkennt der klagenden Altenpflegerin 10.000 € Schadensersatz und 5.000 € Kostenerstattung zuzüglich Zinsen zu.

4 Allgemeine Schlussfolgerungen

Was folgt daraus?

4.1 Kündigungsschutz für rechtmäßig handelnden Arbeitnehmer

Die deutsche Arbeitsrechtsprechung wird sich mit diesem Fall bei ähnlich gelagerten Sachverhaltskonstellationen auseinandersetzen zu haben und prüfen müssen, ob in berechtigten Fällen dem „Alarm schlagenden Arbeitnehmer“ nicht Rechts- und vor allem Kündigungsschutz zu gewähren ist. So ist etwa fraglich, ob – als weiteres Praxisbeispiel- der gekündigte Lagerarbeiter, der die Medien über das betrügerische Umetikettieren von abgelaufenem

Fleisch informierte, nicht zukünftig Schutz vor dem Jobverlust erhalten muss. Im Fall der Berliner Altenpflegerin kann die Bundesregierung innerhalb von drei Monaten Einspruch gegen die EGMR-Entscheidung einlegen. Dies ist offensichtlich nicht erfolgt.

4.2 Klarstellung der Rechtslage: Weitere Gesetze?

Die Gewerkschaften fordern eine Klarstellung der deutschen Rechtslage. Die Arbeitgeberverbände warnen vor neuen Gesetzen. So heißt es in einer Stellungnahme der Bundesvereinigung der Arbeitgeberverbände (BDA): „Eine gesetzliche Regelung ist gefährlich und überflüssig. Sie kann missbraucht werden, um Kollegen und das eigene Unternehmen ohne rechtfertigenden Grund bloßzustellen“. Die Diskussion ist eröffnet und geht weiter. Schon jetzt hat das Bundesarbeitsministerium reagiert und eine eingehende Prüfung angekündigt, „ob und wenn ja, in welchen Fällen eine gesetzliche Klarstellung der Rechtslage erforderlich ist“.

4.3 Bestehende Rechtslage

„De lege lata“, mithin nach geltender Rechtslage, ist auf folgendes hinzuweisen:

4.3.1 Arbeitsvertrag

Auf der Grundlage des jeweiligen Arbeitsvertrags treffen die Parteien nach § 611 BGB neben den Hauptpflichten der Arbeitsleistung einerseits und Entlohnung andererseits nach zahlreiche Nebenpflichten. So ist der Arbeitgeber zu Schutz- und Fürsorge des Arbeitnehmers verpflichtet. Daraus folgt, dass der Mitarbeiter auf tatsächliche Misstände am Arbeitsplatz reagieren kann. Zunächst hat er sich an seine unmittelbaren Vorgesetzten und widrigenfalls an die Geschäftsführung zu wenden, um Beseitigung der Fehler zu erlangen. Unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes muss er zuerst die interne Kommunikation suchen; erst als „letztes Mittel“ mag er sich an die Öffentlichkeit wenden.

Der Arbeitnehmer hat dabei Loyalitätspflichten einzuhalten, welche sich aus dem Arbeitsvertrag in Verbindung mit § 242 BGB herleiten

lassen. Auch daraus folgt, dass er sich der soeben erwähnten Grundsätze der abgestuften Kommunikation und der Ausprägungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu bedienen hat, z.B. ein milderes Mittel zu wählen.

4.3.2 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

Nicht unerwähnt sollte ein Hinweis auf das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, AGG, bleiben. Danach darf der Arbeitgeber keine diskriminierenden Maßnahmen aufgrund von z.B. Alter, Herkunft, Religion, sexueller Ausrichtung, Geschlecht treffen. Das konkretisierte Willkürverbot bei Maßnahmen des Arbeitgebers dürfte in der Regel ausreichend sein, dem Arbeitnehmer im Einzelfall Schutz vor rechtswidrigen Maßnahmen zu gewähren, wenn er auf rechtswidrige Missstände im Unternehmen bzw. im Betrieb aufmerksam macht.

4.3.3 Ausreichender Rechtsschutz

Einstweilen bedarf es daher keiner weiteren, den Arbeitnehmer schützender Gesetze; das vorhandene System als Arbeitnehmerschutzrecht reicht – derzeit – aus. Damit kann der Richter im jeweiligen Einzelfall angemessen reagieren.

Einer unübersichtlichen Ausweitung des bestehenden Rechtssystems kann nicht das Wort geredet werden. Die jeweiligen nationalen Eigenheiten sind stets zu berücksichtigen.

Das deutsche Arbeitsrecht ist als traditionelles Arbeitnehmerschutzrecht vor allem von der Arbeitsgerichtsbarkeit in Jahrzehnten kontinuierlicher Rechtsprechung beständig und behutsam geschaffen und ausgebaut worden. Davon ist auszugehen; daran ist grundsätzlich festzuhalten.

5 Fazit und Ausblick:

Misstände können und sollen „aufgeschreckt“ und aufgedeckt werden. Das gilt nicht nur in einer internationalen wirtschaftsrechtlichen, vor allem aus den USA stammenden Betrachtungsweise,

sondern verstärkt auch bei einer kontinentaleuropäischen Sichtweise. Sie bezieht den – vor allem im deutschen Arbeitsrecht vorherrschenden - Arbeitnehmerschutz ausdrücklich ein und baut ihn konsequent aus.

Der – in jedem Streitfall gesondert zu prüfende und festzustellende – Arbeitnehmerschutz nimmt aufgrund des zukünftig vermehrt zu beachtenden Menschenrechtsschutzes und des aktuellen EGMR-Judikats tendenziell zu. Die Ausübung der Meinungsfreiheit aufgrund eines zutreffenden Sachverhalts wird gestärkt. Das Urteil ist in seiner grundsätzlichen Tendenz durchaus zu begrüßen.

Bedenklich stimmt, wie lange und durch welche umfangreichen Instanzen die Arbeitnehmerin ihr Recht suchen muss, bevor sie es nach langen Jahren von Rechtsunsicherheit, z.T. bedroht und geschädigt durch Geldknappheit, soziale Besitzstandsbeschädigung – endlich (!) – findet.

Der Individualrechtsschutz wird richtungs- und zukunftsweisend gestärkt. Davon kann die Rechtsgemeinschaft langfristig profitieren. Das gilt vornehmlich auch im Arbeitsrecht. Das deutsche Arbeitsrecht, welches regelmäßig als Arbeitnehmerschutzrecht in Erscheinung tritt, wird durch die EGMR-Entscheidung sowie durch Rechtsentwicklungen in den USA künftig weiter ausgebaut.

Abzuwarten bleibt, ob sich mit dieser Entscheidung eine gefestigte Rechtsprechung in Deutschland herausbilden wird. Der Einfluss europäischer Rechtsentwicklungen auf das deutsche Recht, vor allem gestaltet durch die Judikatur, nimmt kontinuierlich zu. Zu nennen sind dabei insbesondere der Europäische Gerichtshof, EuGH, und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, EGMR.

Vor einer unbenommenen, gleichsam „1 zu 1“ Übernahme von Erkenntnissen des US-amerikanischen Rechts ist deutlich zu warnen. Das gilt ausdrücklich vor einem zu ausgeprägten Belohnungs- und Prämiensystem des Hinweisgebers. Gleichwohl werden die aktuellen Erkenntnisse zum „Whistleblower“ und vorliegend zum „Alarm

schlagenden Arbeitnehmer“ einen begrenzten, gleichwohl die künftige Arbeitsrechtsentwicklung mit prägenden Charakter aufweisen. So wird namentlich das Recht auf freie Meinungsäußerung im Sinn von Art. 5 Abs. 1 GG nachhaltig gestärkt.

Literaturverzeichnis

bmj: Rechtssache H. gegen Deutschland. URL

http://www.bmj.de/SharedDocs/EGMR/DE/20110721_28274_08.html. – Aktualisierungsdatum: 2011-07-21 –
Überprüfungsdatum 2013-06-20

Handelsblatt (Hg.): Prämie für Denunzianten? In: Handelsblatt (2012-10-30), Nr. 210

Joachim, Willi E. (2012): Reasonable Man. In: Schmitt, Michael N. (Hg.): Yearbook of International Humanitarian Law 2011 - Volume 14. [s.l.]: T.M.C. Asser Press (Yearbook of International Humanitarian Law, 14), Bd. 14

E. Rechtsform als Schicksal: Dargestellt am Beispiel ländlicher Betriebe in Brandenburg.

Vom Einzelhof zum Großbetrieb

Schlüter, Wolfgang

Am 14. Dezember 1991 fand im Dorfkrug in Gießen an der Neiße eine einzigartige Versammlung statt:

Über 100 Bauern, Landwirte, landwirtschaftliche Arbeiter und Angestellte planten ihre bäuerliche Zukunft nunmehr in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft durchzuführen.

Wenn man das Wort Aktiengesellschaft hört, denkt man an Hedgefonds, denkt man an Heuschrecken und an fallende und steigende Dax-Kurse. Nichts für einen bäuerlichen Betrieb.

Ich erinnere mich noch deshalb so genau an diese Versammlung am 14. Dezember 1991, weil ich sie beurkundet habe. Der amtierende Notar Dr. Brill hatte einen Herzinfarkt erlitten. Und mit Genehmigung des Justizministers des Landes Brandenburg und des Oberlandesgerichtspräsidenten in Hamm und in Abstimmung mit der Notarkammer durfte ich als westfälischer Notar aus dem fernen Bielefeld diesen Vorgang beurkunden.

Am Anfang sprach ich die Erschienenen an mit „Liebe Genossinnen und Genossen“. Das waren die anwesenden Damen und Herren gewöhnt. Es erhob sich kein Widerspruch. Nach Ende der Verhandlung, die medizinisch etwa zu vergleichen ist mit einer Operation am offenen Herzen, erlaubte ich mir die Anrede, verehrte Aktionärinnen und verehrte Aktionäre. Hier erhob sich ein leichtes Murmeln. Vor allen Dingen im Kreise der älteren Damen, die seinerzeit noch in der schönen sorbischen Tracht erschienen waren.

Der Beschluss der Erschienenen lautete, ich zitiere:

„Wir sind die Mitglieder der Landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaft Friedensgrenze Groß-Gastrose (Agrigenossenschaft Neißetal). Wir beschließen: Die Landwirtschaftliche Produktionsgenossenschaft Friedensgrenze Groß Gastrose (Agrigenossenschaft Neißetal) beschließt einstimmig die Umwandlung der Genossenschaft in eine Aktiengesellschaft mit Wirkung zum 01. Juli 1991. Die Firma wird geändert in Bauern AG Neißetal.“

Seinerzeit ging die Agrigenossenschaft Neißetal aus der LPG Friedensgrenze Groß Gastrose hervor. Diese hatte 814 Mitglieder, 123

Mitarbeiter, bewirtschaftete 2.350 Hektar, 10.000 Schweine, vorwiegend Ferkel, 1.700 Stück Rindvieh, 600 Kühe mit Milchwirtschaft. Die Milchquote betrug 2.788 Dezitonnen. Der Preis betrug damals 44 Pfennig pro Liter. Die Bodenpunkte werden angenommen zwischen 20 und 60.

Nach dem damaligen Landwirtschaftsanpassungsgesetz waren die landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften verpflichtet, sich bis zum 31.12.1990 zu organisieren, oder sie wurden aufgelöst.

Der Umwandlungsbeschluss – von der LPG in eine Genossenschaft – stammt vom 19.07.1990. Nach § 25 Abs. 2 des Landwirtschaftsanpassungsgesetzes a. F. hatte die Eintragung nur beschreibende und keine konstitutive Wirkung.

Das heißt, nach § 385 des Deutschen Genossenschaftsgesetz konnten wir die bestehende Institution ohne weitere Umstände in eine Aktiengesellschaft umwandeln.

Mit einem unglaublichen Mut und voller Vertrauen in die juristisch-chirurgischen Künste, nach mehrmaligen Treffen im Cecilienhof und in Berlin mit dem Vorstand, wurde diese Aktion in die Wege geleitet.

Herr Buder zum Aufsichtsratsvorsitzenden gewählt. Das ist er heute noch. Stellvertreter wurde der jetzige Vorstand Bernd Starick, Herr Siegert, Käte Henrich und Wilhelm Schmidtchen.

Herr Braschink, die verstorbene Frau Tarnick und Herr Baum wurden Vorstand.

Der Graphiker Lange aus Bielefeld übernahm die graphische Gestaltung der Namensaktie über 50,00 DM (Auflage 20.000 Stück) – eine hübsche, vinkulierte Schweineaktie.

Ich nahm als westfälisch-lippischer Notar die Beurkundung vor. Sie entsprach meiner Beurteilung der Lage, wenn bei uns auch nur weitgehendst die auf sich gestellten Bauernhöfe als Einzelbetriebe

kennt. Erinnern Sie sich an das Gedicht, dass Sie in Ihrer Jugend gelernt haben:

„Als Wächter an des Hofes Saum reckt sich empor der Eichenbaum.“

Das im Jahre 1991 sich über 100 Landwirte, Bauern und landwirtschaftliche Angestellte entschlossen, ihre bäuerliche Zukunft in einer Aktiengesellschaft fortzuführen, war seinerzeit revolutionär und beruhte auf einer richtigen Beurteilung der Lage.

Heute gibt es in Deutschland 374.514 bäuerliche Betriebe. Davon sind 350.134 Einzelunternehmen und nur 19.000 Personengesellschaften. Als juristische Personen werden nur 4.667 Betriebe geführt. Das sind 1,2% aller bäuerlichen Betriebe in Deutschland, die allerdings 17,2% aller Flächen bewirtschaften.

Wie war die Entwicklung?

Bis Ende des II. Weltkrieges war Brandenburg gekennzeichnet durch bäuerliche Einzelwirtschaften und Gutsbetriebe. Kleinbauern sind Wirtschaften unter 5 Hektar. In der Nachkriegszeit wurden Betriebe über 20 Hektar merkwürdigerweise als Großbauer eingestuft.

1882 gehörten 36,3% der Flächen zu Betrieben mit mehr als 100 Hektar.

Brandenburg war für die Versorgung von Brandenburg und Berlin zuständig. Die Lage war kläglich.

Erst infolge Einsatzes von Kunstdünger konnten die Erträge gesteigert werden. Trotzdem gerieten in den 20er Jahren des vorigen Jahrhunderts viele bäuerliche Betriebe in Schwierigkeiten. Am 13. September 1933 wurde das sog. Erbhofgesetz erlassen und sorgte dafür, dass bäuerliche Wirtschaften nicht mehr geteilt, belastet und verkauft werden durften.

Während des Krieges erheblicher Arbeitskräftemangel, Abzug der Pferde. Die deutsche Wehrmacht zog mit fast 900.000 Pferden gen

Russland und Bruder, Vater und Sohn wurden eingezogen. Die Arbeit lag bei den Frauen und den gefangenen Franzosen.

Eine vorweggenommene Emanzipation, heute schamhaft verschwiegen, aber eine viel größere Darstellung als „Emma“ oder wie die anderen Emanzen heißen.

Durch die mythologische Verbindung von Boden und Sippe und Blut (BluBo – unser Grundstück in Bielefeld) kam dem Reichsnährstand im 3. Reich eine besondere Bedeutung zu.

Die Landwirtschaft in Brandenburg konnte sich bis Ende des Krieges auf diese Weise erhalten.

Gegen Ende des Krieges brach eine Katastrophe über Brandenburg heran. Ostbrandenburg verschwand hinter der Neiße und wurde von den Polen und Russen ausgeplündert. Die anderen Teile Brandenburgs wurden verwüstet, Scheunen und Ställe niedergebrannt. So heißt es in der Chronik von Groß Gastrose, Vieh getötet, fortgetrieben, Erntevorräte vernichtet, Getreideäcker abgeweidet, Saatgut geraubt. Alle Betriebe über 100 Hektar wurden unter dem Vorwand Nationalsozialismus oder Junkertum enteignet. Es bleiben die Kleinbauern mit 5 Hektar und die Großbauern mit etwa 20 Hektar. Viele Bauern wurden verhaftet und verreckten in Ketschendorf und in Fünfeichen, wo sie heute noch – 60 Jahre nach dem Geschehen – auf dem Friedhof in Halbe ohne Namenszeichen beerdigt sind.

Brandenburg wurde von Flüchtlingen aus Ostbrandenburg, Schlesien, Westpreußen, Ostpreußen, Sudetenland überschwemmt, die alle ernährt werden mussten.

Es trat dann die erste Bodenreformphase von 1945 bis 1949 ein, die auch an Groß Gastrose und allen Gebieten hier nicht vorbeiging.

Enteignete Betriebsflächen wurden ärmeren oder landlosen Bauern, teilweise auch Flüchtlingen und Vertriebenen zugesprochen, sie er-

hielten 5 Hektar. Außerdem wurden volkseigene Musterbetriebe errichtet.

Die Landwirte und Bauern und Brandenburg bekamen durch die Verwaltung ein hohes Ablieferungssoll auferlegt. Aufgrund der Überschüsse entwickelte sich ein Schwarzmarkt.

Im Herbst 1945 ordnete die Provinzialverwaltung die entschädigungslose Enteignung an, wie geschildert. Grundbücher sollten vernichtet werden.

Grundlage dieser Entscheidung als erster Schritt der Kollektivierung und Industrialisierungen der Landwirtschaft war die Programmklärung des Zentralkomitees der KPD zur nationalen und sozialen Befreiung des deutschen Volkes vom 24. August 1930.

Dort hieß es wörtlich in dem Beschluss:

„Wir werden die Herrschaft der Großgrundbesitzer brechen, werden ihren Grund und Boden entschädigungslos enteignen und den landarmen Bauern übergeben, werden Sowjetgüter mit modernstem Maschinenbetrieb schaffen, die Arbeitsbedingungen des Landproletariats denjenigen der städtischen Arbeiterschaft gleichsetzen und viele Millionen werktätige Bauern in den Aufbau des Sozialismus einbeziehen.“

Und so wurde es durchgeführt in allen sozialistischen Staaten.

Mühsam organisierten sich die Bauern in Groß Gastrose, richteten Flurschutz ein, um Felddiebstähle zu vermeiden und bearbeiteten mit hohem persönlichen Einsatz die Felder mit der Hand, weil Maschinen nicht vorhanden waren.

Die Leistungen waren entsprechend.

Unter dem Motto „Schaffung der Grundlagen des Sozialismus, speziell der Landwirtschaft“ ordnete der 3. Parteitag und die 2. Parteikonferenz der SED im Jahre 1952 den Durchbruch der Enteignung an.

Die zweite Phase von 1952 bis 1960 war mit staatlich organisiertem Zusammenschluss von privaten Betrieben zu genossenschaftlichen Großbetrieben, sog. landwirtschaftlichen Produktionsgenossen-

schaft – LPG – verbunden. Es ging angeblich um die Erhöhung der Produktivität und der Effektivität. Der Zusammenschluss war nur scheinbar freiwillig. Es wurde jeder ökonomische und politische Druck ausgeübt. Den LPGs wurden konkrete Ziele gesteckt, nämlich die ständige Erhöhung der landwirtschaftlichen Produktion, die Verringerung der schweren körperlichen Arbeit, die Stärkung der demokratischen Kräfte und die allmähliche Umgestaltung zum genossenschaftlich sozialistischen Großbetrieb.

Es bedarf keiner großen Erörterung, dass diese Genossenschaft genannten Kolchosebetriebe mit dem Begriff der Genossenschaft nichts zu tun hatten.

Es handelte sich um staatlich gesteuerte Kommandowirtschaft. So wurden die LPGs in Gründungsversammlungen errichtet. Die Statuten waren gesetzlich vorgeschrieben. Mitglieder waren Bauern, Landarbeiter und auch andere in der Landwirtschaft Beschäftigte.

Aus der Geschichte sind drei Typen bekannt:

Typ 1, Typ 2 und Typ 3.

- Typ 1: Genossenschaftliches Eigentum am Ackerland;
- Typ 2: Genossenschaftliches Eigentum durch Maschinen, Geräte und Zugvieh;
- Typ 3: Zucht und Nutztviehhaltung

Die völlige Missachtung formeller Vorschriften, was das Eigentum anbetrifft, führte aber dazu, dass auf die Grundbücher zwar verzichtet, dass die Eigentumsverhältnisse nicht katalogisiert wurden in Grundbüchern, sondern durch Ukas für die Nutzung der eigenen Flächen der LPG zugeordnet. Der eingebrachte Grund und Boden hatte Veräußerungsbeschränkungen, die LPGs hatten ein gesetzlich garantiertes Nutzungsrecht.

Die Arbeiter in der LPG erhielten einen leistungsbezogenen Arbeitslohn mit Gewinnbeteiligung und für die eingebrachten Flächen sog. Bodenanteile.

Die SED und Staatsorgane übten jedoch großen Einfluss auf Entscheidungen aus. Die Einflussreichen Vorsitzenden wurden oft per SED-Parteiauftrag von außerhalb eingesetzt.

Formell ähnelte dieser Vorgang der Zerschlagung der großbäuerlichen Betriebe nach Ermordung der Kulaken in der Ukraine und in Russland sowie in allen anderen jetzigen GUS-Staaten, getreu dem Beschluss des ZK der KPD aus dem Jahre 1930 und im sozialistischen Vorbild die Gleichsetzung aller Arbeitskräfte. Das erinnert mich an ein Lied, das ich als Pimpf im kleinen braunen Hemdchen gesungen habe und das lautet: „Ob Bauer, Bürger, Ackersmann, schlägt doch die Schranken zusammen, Kameraden“. Ob hier wohl eine Geisterverwandtschaft bestand?

Diesen Weg mussten auch die Bauern an der Neiße durchmachen.

Am 01. März 1953 wurde in Groß Gastrose die 5. landwirtschaftliche Produktionsgenossenschaft des Kreises Gruben mit dem Namen Friedensgrenze gegründet: Typ 3.

Zu vermerken ist, so in dem Bericht in der Chronik in Groß Gastrose, dass die Bauern Rumsch, Puttke und Kolzke ihre Höfe verließen, ihre Wirtschaftsflächen fielen unter die LPG.

Trotz großen Einsatzes hatte diese LPG Friedensgrenze in den ersten Jahren mit wahnsinnigen Schwierigkeiten zu kämpfen.

Nach und nach traten ab 1955 die einzelnen sog. Großbauern mit ihren 20 ha in die LPG 3 ein, 1955 der Einzelbauer Gulbe.

Mit aller Kraft setzen sich die Bauern auch in dem LPG-Typ 1, 2 und 3 auf ihrer Scholle ein.

Schwierigkeiten entstanden durch fachfremde Vorsitzende. Zum Beispiel wird in der Chronik Ernst Schröder 1957 genannt, der keine

umfangreichen bäuerlichen Erfahrungen besaß, sondern eigensinnig gegen traditionelle Erfahrungen handelte. Die LPG Friedensgrenze erhielt Nachschub. Es konnten Lastwagen mit Anhängern und Traktoren angeschafft werden für den Milchtransport. Schweinehaltung und Wassergeflügelzucht wurden verbessert. Weitere Betriebe traten bei aus Taubendorf. Bisher hatte die LPG ca. 42 Mitglieder. Einige Baubrigaden sorgten für Neubau und Reparaturen und halfen der Feldbaubrigade.

Eine Maschinen- und Traktorstation half der LPG bei der Bewirtschaftung.

Bis zum Jahre 1956 waren 60 Einheitstraktoren im Einsatz.

Am 03. Juni 1959 verabschiedete die Volkskammer der DDR das LPG-Gesetz. Damit war die letzte Kollektivierungsphase eingeleitet. Im sog. sozialistischen Frühling von März bis Mai 1960 wurden die letzten 400.000 Landwirte zum Eintritt in die LPG gezwungen.

Die Chronik Groß Gastrose weist von 1959 bis 1960 steigende Ergebnisse auf und einen steigenden Druck durch sog. Aufklärer, die unter dem Stichwort „Mutti, heute hat unser Lehrer gesagt, morgen ist das ganze Dorf vollgenossenschaftlich“ die letzten Groß- und Kleinbauern zum Eintritt in die LPGs zwangen.

Verschiedene Bauern versuchten ihre Betriebe möglichst über den Typ 1, also gemeinsame Bewirtschaftung der Flächen, jedenfalls selbstständig zu erhalten. So entstand die LPG Einigkeit, die später auch in die LPG Friedensgrenze einging.

Hans Baum, offensichtlich der Vorfahre unseres Vorstandes Baum, unterschrieb das Gründungsprotokoll.

Viele Bauern traten dann in die LPG Typ 1 und dann in die LPG Typ 3 ein. Die Chronik nennt die Namen Pehle, Dietrich, Heide, Naumann, Lehmann, Friedrich, Klepsch, Hanaschke u. a.

In Erinnerung darf ich noch die Abrechnung der Arbeiter auf Felder und in Ställen nach dem Gesetz über die Verbesserung der Versor-

gung der Bevölkerung bringen. Über die Pflicht der Ablieferung landwirtschaftlicher Erzeugnisse vom 22. Februar 1950 wurde nach Einheiten abgerechnet, eine Einheit brachte 16 Mark. Bei Verstößen gab es eine Bestrafung.

1959 schloss sich die LPG Friedensgrenze mit der LPG Neißestrand Grieben zusammen.

Eine dritte Phase von 1968 bis 1989 ist gekennzeichnet durch die Industrialisierung des Agrarsektors. Die sog. Rückständigkeit des Dorfes gegenüber der Stadt war das Ziel und die Gleichsetzung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Stadt- und Dorfbevölkerung.

Gezeichnet war das Ganze durch hochspezialisierte Aufteilung, nämlich die Aufteilung in Pflanzen und Tierbetriebe, also Tierzucht oder Pflanzenproduktion, die von den alten Bauern als unwirtschaftlich bekämpft wurde. Dünger und Pflanzenmittel wurden im erhöhten Maße eingesetzt. Die LPG Friedensgrenze durchlebte eine wichtige Entwicklungsetappe. Alle umliegenden LPGs schlossen sich der LPG Friedensgrenze an. Frieden 1970, Schlagsdorf 1972, Groß Gastrose Einigkeit 1973 und Taubendorf Grüne Aue 1973, so dass in den 70er Jahren bereits 2.000 ha gemeinsam bewirtschaftet wurden. 1973 zählte man bereits 5.336 Schweine, 707 Zuchtsauen und 1.074 Rinder.

Die LPG Friedensgrenze wies 423 Mitglieder auf.

Der Inventarbeitrag betrug 5.000 Mark pro Hektar und wurde aber, noch bevor die gesetzlichen Grundlagen dafür geschaffen sind, seinerzeit 1989 an die Berechtigten zurückgezahlt.

Bereits damals entstand die Milchviehanlage in Hornow und die Sauenzuchtanlage in Gießen.

Immerhin begann am 10. Mai 1978 die LPG Friedensgrenze ihr 25-jähriges Bestehen. Die Mitglieder berichteten stolz über ihre Erfolge, die auch beispielsweise in der Betriebsküche bestanden, Urlaubsplätze und Verbesserung des Lebensstandards.

1989 wurde die Pflanzenproduktion und die Tierproduktion wieder zusammengelegt, die Inventarbeiträge zurückgezahlt und die Mitglieder der LPG-Genossenschaft standen vor der Frage, wie sie in einer völlig veränderten marktwirtschaftlichen Welt ihr bäuerliches Schicksal in Zukunft gestalten sollten.

Auf dem Rücken von dem Landmaschinenhändler Tiede und Köppen kam ich sozusagen als juristischer Tiefengrubber in dieser Zeit nach Brandenburg und Mecklenburg und habe über 40 Betriebe bei der Umwandlung beraten.

Von Herrn Tiede wusste ich ein paar Schlüsselzahlen, nämlich, dass 1 Hektar Land etwa 1.700 DM Ertrag bringt und 1.300 DM Kosten, so dass der Profit etwa 300 DM pro Hektar betrug und dass die Ausrüstung mit landwirtschaftlichen Maschinen bei einem Wiedereinrichter mit etwa 500 ha ebenso teuer war, nämlich 1 Mio. DM, wie bei einem Großbetrieb von 1.000 oder mehrere Tausend Hektar.

Mir war also von vorherein klar, und das deckte sich auch mit dem Erkenntnissen der landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaft, dass Größe Ertrag steigernd und kostenmindernd ist.

Im Gegensatz zu den Agrarbetrieben in anderen sozialistischen Staaten war die Durchsetzung der Grundsätze des ZK der KPD von 1930 nur formal gelungen. Nicht übersehen kann man bis heute, in der Erinnerung nach meinen Erfahrungen, die ich 1989 und 1990 machen durfte, die Identifizierung der Mitglieder der LPGs mit ihrem bäuerlichen Betrieb. Diese Identifizierung beruhte aber weniger auf dem gewonnenen Urlaub oder auf der Betriebsküche, sondern auf der in Jahrhunderten gewachsenen Verbundenheit des Bauern mit seinem Hof und seinem Grund und Boden.

Nach heute, wenn ich mit einzelnen Mitgliedern der Aktiengesellschaft durch die Gegend fahre, zeigen sie mir, das ist die Fläche von meinem Hof und manchmal sehe ich, wie ältere Herren mit dem Finger über die Neiße zeigen und sagen, dort hinten, im Osten, da können sie meinen Hof erkennen.

Wenn sie jetzt denken, nanu, dann denken sie richtig.

Die deutschen LPGs waren also im Gegensatz zu den Kolchosen in Mittel- und Osteuropa von einer anderen Qualität, die im Wesen des deutschen Bauerntums liegen.

Die systematische Phase der geistigen Kollektivierung der Landwirtschaft und die Industrialisierung der in der Landwirtschaft Beschäftigten ist in der DDR nicht gelungen.

Wie sollten diese bäuerlichen Betriebe die Zukunft neu meistern?

Der Gesetzgeber hatte durch das Landwirtschaftsanpassungsgesetz alle Möglichkeiten offengelassen. Die LPGs konnten sich in jede nur mögliche Rechtsform umwandeln und mussten sich darauf einrichten, an sog. Wiedereinrichter ihr Land zur Verfügung zu stellen. Das war möglich, weil infolge der Missachtung der formellen Eigentumsverhältnisse oder fehlende Umschreibung der Eigentumsverhältnisse auf die LPGs das Eigentum noch bei den ursprünglichen Bauern verblieben war.

Wirft man einen Blick auf die GUS-Republiken oder Vietnam oder andere sozialistische Staaten, dann sieht man die ungeheuren Probleme der Transformation des Agrarsektors oder insbesondere der Landwirtschaft in der Kollektivwirtschaft in die freie Welt.

Die Deregulierung und Privatisierung der Landwirtschaft und die Entwicklung wirtschaftlicher Selbsthilfestrukturen ist unterschiedlich verlaufen.

Russland hatte alle landwirtschaftlichen Strukturen vernichtet, die Kulaken erschlagen und mit Industriearbeitern besiedelt. Um den Mitarbeitern der früheren Großbetriebe eine Existenz zu sichern, wurden die Großbetriebe teilweise belassen.

In anderen Staaten wurden die ehemaligen Großflächen wieder zerschlagen und so Familienverantwortlichkeit in kleinsten Stücken den Familien zugeführt, die sich jetzt, infolge fehlender Ertragsmöglichkeiten, wieder zu größeren Einheiten zusammenschließen.

In den meisten anderen sozialistischen Staaten war der bäuerliche Gedanke gestorben.

Anders jetzt in Brandenburg. Der bäuerliche Gedanke war nie gestorben. Er war transformiert. Und da ein Bauer immer ein guter Wirtschaftler sein muss, tauchte die Überlegung auf, im Cecilienhof und später auch an anderen Stellen, welche Rechtsform ist für diese neue Wirtschaft geeignet?

Wettbewerb, Zuschüsse, Lebensfähigkeit, Erhaltung der sozialen Strukturen, alles das spielte eine Rolle. Hinzu kam noch, dass westdeutsche Banken die Forderung gegen die bäuerlichen Betriebe, die im Wege der Schlüsselzuweisung ihnen zugewiesen waren, aufgekauft hatten und zur Verwertung schritten. Das heißt, die Aasgeier stürzten sich auf die bäuerlichen Betriebe und wollten die gerade um ihr Leben kämpfenden Betriebe noch mit Forderungen überlasten und sie in die Insolvenz führen.

Mein Rat war damals, gut, dann nehmt die Insolvenz, pachtet die Flächen neu und gründet euch neu.

Das haben wir in vielen Fällen durchgeführt.

Der Aufkauf der Forderungen gegen die LPG war eine rechtliche Unverschämtheit. Und ich erinnere mich noch mit dem Prof. Dr. Schachtschneider an die Sitzung vor dem Verfassungsgericht in Naumburg, einem von Parteimitgliedern gesteuertem Verfassungsspruchkörper, bei dem es um die Verfassungswidrigkeit des Aufkaufs dieser Forderung ging. Wie immer entschied das Bundesverfassungsgericht glatt und angenehm für die Regierung. Der Aufschrei war groß, dass die Regierung sich entschließen musste, Bilanzierungshilfen einzuführen, d.h. die Schulden wurden an die letzte Stelle der Bilanz gesetzt und lösten keine Insolvenzpflicht aus.

Die Verantwortung für den laufenden Betrieb drängte.

Der Gedanke, eine landwirtschaftliche Produktionsgenossenschaft in eine Genossenschaft zu überführen, lag nahe und war wohl auch

der geheime Hintergrund. Der Verfasser des Landwirtschaftsanpassungsgesetzes übersieht aber, dass das LPG-System ein sog. Top Down-System ist, ein Kommandosystem, und mit dem Gedanken der Genossenschaft, nämlich die beiden S-Prinzipien: Mitgliederförderung, Selbsthilfe, Selbstverantwortung und Selbstverwaltung, mit dem Identitätsprinzip, nämlich Identität von Entscheidungsträgern und Geschäftspartnern, nichts zu tun hat.

Nun muss ich sie einmal bitten, mich zu der alten deutschen Stadt Stettin zu begleiten, denn in Stettin ist Otto von Giercke geboren, der 1867 in Berlin mit einer Schrift zum Genossenschaftsrecht habilitierte, die später den 1. Band seines Deutschen Genossenschaftsrechts bilden sollte. Später war er Ordinarius in Breslau.

Giercke entwickelte durch historische Analyse eine Konzeption des Genossenschaftsrechts, die bei seinem Lehrer Georg Bäsler ihren Ursprung fand. Er schloss sich wie Bäsler der germanistischen Ausprägung der historischen Rechtsschule an. Er unterschied den genossenschaftlichen Verband, also Sippe, Familienbund im Mittelalter, Körperschaften, von dem herrschaftlichen Verband, heute Anstalten des öffentlichen Rechts.

Bereits 1799 gründete Owen in England in einer Baumwollspinnerei in Schottland eine Unterstützungsgenossenschaft. Die Rogdale Equitabel Pioneers Society war eine Einkaufsgenossenschaft, eine Arbeitergenossenschaft, die 1844 in Nordengland gegründet wurde. 1847 rief Friedrich-Wilhelm Raiffeisen in Weierbusch den ersten Hilfsverein zur Unterstützung der notleidenden ländlichen Bevölkerung ins Leben und gründete 1862 den Heddersdorfer Darlehenskassenverein. Hermann Schultze-Delitzsch hatte die Rohstoffsassoziation und 1850 den ersten Vorschussverein geschaffen.

Im bäuerlichen Leben kennen wir die Bezugs- und Absatzgenossenschaft, die bäuerlichen Kreditgenossenschaften, die Volksbanken- und Raiffeisenbanken. Allen ist eingegeben: Oberste Leitmaxime ist die gesetzlich vorgegebene Förderung der Mitglieder, die primär

über Leistungsbeziehungen zwischen den Mitgliedern, Wirtschaften und dem Gemeinschaftsunternehmen erfolgen sollten. Das Förderungsprinzip und die Grundsätze der Selbsthilfe. Also völlig altruistische Vorstellungen, die mit dem harten Kampf im freien Wettbewerb der landwirtschaftlichen Betriebe nichts zu schaffen hat.

Ich brachte dann den Gedanken der Aktiengesellschaft ins Spiel. Landwirtschaftliche Aktiengesellschaften. Man denkt an Heuschrecken, man denkt an Hedgefonds, man denkt an Börsen. Es gibt nur eine landwirtschaftliche Aktiengesellschaft, die ich kenne und die an der Börse notiert ist. Man denkt an Aufkäufer von Aktien, an feindliche Übernahmen und denkt eigentlich daran, dass die Aktie eigentlich ein dem bäuerlichen Leben abträgliche Gestaltung sein kann.

Natürlich haben wir Schlitzohren daran gedacht, dass man mit Hilfe von Aktien andere Betriebe aufkaufen kann, ohne finanzielle Mittel aufzunehmen, d.h. durch Aktientausch oder Kapitalerhöhung. Aber im Grunde genommen dachten wir an eine Lösung, die auch bäuerliche Großbetriebe in der jetzige Zeit lebensfähig erhalten, aber die Identität zwischen den arbeitenden Bauern, Landwirten und Landwirtschaftsgehilfen und dem eigenen Betrieb erhalten.

So kamen wir zu der Lösung, eine kleine Aktiengesellschaft zu wählen in der Form der geschlossenen Aktiengesellschaften, d.h. die Aktien sind vinkuliert. Sie sind wie unsere Schweinchen eingesperrt und können nur mit Hilfe und mit den Stimmen des Aufsichtsrates übertragen werden. Das Eindringen von Holländern und Italienern ist ausgeschlossen. Und wenn man sich die Liste der Teilnehmer an der ersten Versammlung einmal ansieht, dann wird man feststellen, es handelt sich durchweg um Leute aus Groß Gastrose, aus Kerkwitz, aus Hornow, aus Guben, aus Schlagsdorf, d.h. alles hiesige Leute, die nach alter Tradition in tiefer, wenn auch oft unbewusster Verbindung zu Grund und Boden und zu dem bäuerlichen Leben stehen.

In einem marktwirtschaftlichen System entscheidet allein der wirtschaftliche Erfolg über die Existenz von Unternehmen. Das Streben nach Gewinn kollidiert solange nicht mit dem Förderauftrag der Genossenschaft, als die Gewinne nicht um ihrer selbst willen, sondern als Mittel zur Erfüllung des Förderauftrages angestrebt werden. Gewinnstreben ist also kein Selbstzweck einer Genossenschaft. Das heißt also, für einen erfolgreich arbeitenden bäuerlichen Betrieb ist die Genossenschaft kein geeignetes Mittel, um Gewinn zu erwirtschaften.

Der Verstand sagte, die große Struktur muss erhalten bleiben, um die Ertragskraft und damit deren Erfolg zu sichern, und das ist nun reichlich gelungen.

Den wirtschaftlichen Erfolg darzustellen, dazu dient der Lagebericht der Gesellschaft.

Die Anforderungen an einen modernen bäuerlichen Betrieb sind unglaublich.

Mit der damals ganz offensichtlich ersten deutschen Gründung eines bäuerlichen Betriebes als Aktiengesellschaft haben wir versucht, eine bewährte Einheit zu erhalten und nicht zu zerschlagen und durch den freiwilligen Beitritt der Mitglieder die Identifizierung der Bauern, Landwirte und landwirtschaftlichen Mitarbeiter zu erreichen.

Durch die lebendige Form der Auseinandersetzung, Hauptversammlung, Aufsichtsrat, Vorstand und die Mitarbeit im gemeinsamen Betrieb verhindern wir die Brasilianisierung der Landwirtschaft, wo immer weniger immer mehr besitzen und die landwirtschaftlichen Mitarbeiter zu Tagelöhnen verkommen, eine Gefahr, die von der sozialistischen Landwirtschaft ausgegangen wäre.

Der Weg vom Einzelhof unter dem preußischen allgemeinen Landrecht, vom Landgut des BGB, Reichserbhofgesetz, Kolchose, LPG,

Genossenschaft zur Bauern AG ist lang. Er zeigt die Kontinuität aber auch das Beharrungsvermögen der deutschen Bauern.

F. Überlegungen zur einkommensteuerlichen und erbschaftsteuerlichen Behandlung von liechtensteinischen Familien-Stiftungskonstruktionen im Rahmen von steuerlichen Selbstanzeigen

Hoffmann, M. Karsten

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	131
1 Problemstellung und Zielsetzung.....	132
2 Typische liechtensteinische Familien-Stiftungskonstruktionen und deren Würdigung im Rahmen von steuerlichen Selbst- anzeigen	132
3 Schlußbetrachtung.....	136

1 Problemstellung und Zielsetzung

Häufig werden in jüngerer Zeit in Deutschland bisher nicht erklärte Einnahmen aus Kapitalvermögen in persönlichen Einkommensteuererklärungen von dem Steuerpflichtigen zurechenbaren Bank- und Wertpapiervermögen aus den Ausland geführten Konten und Wertpapierdepot von liechtensteinischen Familienstiftungen im Wege der steuerlichen Selbstanzeige nacherklärt, und zwar für die Veranlagungszeiträume, für die noch keine (Festsetzungs) Verjährung eingetreten ist. Dabei stammt der in Form von privatem Kapitalvermögen bestehende Kapitalstock aus dem die nachzuerklärenden steuerpflichtigen Einnahmen zugeflossen sind häufig aus bereits versteuerten Einnahmen aus beruflicher Tätigkeit und/oder aus Erbschaften bzw. Schenkungen.

Zielsetzung dieses Beitrages ist es kurz die wesentlichen Probleme einer typischen liechtensteinischen Familien-Stiftungskonstruktion zu beleuchten, wie diese in der Praxis bei der Abwicklung von entsprechenden steuerlichen Selbstanzeigen vorkommen.

2 Typische liechtensteinische Familien-Stiftungskonstruktionen und deren Würdigung im Rahmen von steuerlichen Selbstanzeigen

Gemäß Gründungsauftrag zur Errichtung der (juristischen Person) Familienstiftung A, Vaduz/Liechtenstein wurde häufig eine weitere juristische Person B, regelmäßig in der Rechtsform einer (B) Ltd., mit Sitz im Ausland, gerne in Nassau/Bahamas, als eine 100%ige Tochter-Kapitalgesellschaft der Familienstiftung A, Vaduz/Liechtenstein gegründet, die zivilrechtlicher Inhaber des Kontos-/Wertpapierdepots bei einer Bank ist, die ihrerseits wiederum häufig in der Schweiz domiziliert.

Ohne die Gründung einer Tochtergesellschaft B Ltd, Nassau/Bahamas, wären unter anderem in umsatzsteuerrechtlicher, kapitalmarktrechtlicher und kapitalertragsteuerrechtlicher Hinsicht:

- Dienstleitungen in Liechtenstein und in der Schweiz mehrwertsteuerpflichtig gewesen,
- es nicht möglich gewesen, dass die Stiftung A mit Sitz in Vaduz/Liechtenstein US-amerikanische Wertschriften hält und es hätten
- Transaktionen mit ausländischen Obligationen der Eidgenössischen Stempelabgabe unterlegen.

Zudem wurde die Stiftungskonstruktion durch die Zwischenschaltung der Tochter-Kapitalgesellschaft mit Sitz in Nassau/Bahams zusätzlich Dritten gegenüber verdeckt und anonymisiert mit der Zielsetzung das Entdeckungsrisikos der Steuerhinterziehung weiter zu minimieren.

Gemäß den Beistatuten der Familienstiftung A, Vaduz/Liechtenstein sind regelmäßig Mitglieder aus dem Kreis der Familie begünstigt. Regelmäßig ist der Gründer der Familienstiftung A, Vaduz/Liechtenstein auch Erstbegünstigter. Eine häufig anzutreffende Gestaltungsvariante ist es, dass die Stiftung A mit Sitz in Vaduz/Liechtenstein fiduziarisch als Familienstiftung rechtsgültig errichtet wird und als Zweck der Stiftung die wirtschaftliche Unterstützung von Angehörigen bestimmter Familienmitglieder vereinbart wird. Dem bzw. den Erstbegünstigten steht es häufig jederzeit frei, einen Antrag auf Ausschüttung des gesamten Stiftungsvermögens oder Teilen davon, der Erträge hieraus sowie eines allfälligen Liquidationsergebnisses zu stellen. Sämtliche Ausschüttungen haben zu jeder Zeit dem Stiftungszweck entsprechen. Die von der Stiftung getroffene Vermögensanlagepolitik erfolgt stets in vorheriger Abstimmung mit dem Stifter und gleichzeitig Erstbegünstigten.

Die Errichtung einer ausländischen Familienstiftung durch einen unbeschränkt Steuerpflichtigen im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 a ErbStG, d. h. unter anderem durch einen Inländer, ist in Deutsch-

land erbschaft- und schenkungssteuerpflichtig gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 1 und § 7 Abs. 1 Nr. 8 ErbStG.

Diese Erbschaft- und Schenkungssteuerpflicht besteht jedoch nach der Rechtsprechung des BFH ausdrücklich nicht, wenn die Stiftung nach den getroffenen Vereinbarungen und Regelungen über das Stiftungsvermögen im Verhältnis zum Stifter nicht tatsächlich und rechtlich frei verfügen kann, etwa weil der Stifter die Stiftung und das Stiftungsvermögen tatsächlich oder rechtlich beherrscht oder die Übertragung des Stiftungsvermögens einem freien Widerrufsvorbehalt des Stifters unterliegt, sog. (verdeckte) Treuhandschaft.

Ist das wirtschaftliche Eigentum am Vermögen der ausländischen Familienstiftung durch besondere Vereinbarungen nicht auf die Stiftung übergegangen, sondern beim Stifter geblieben, hat der Stifter die gesamten Einkünfte der Stiftung in Deutschland als eigene Einkünfte erzielt und originär zu versteuern, d. h. es ist mangels eigenen Einkünften der Familienstiftung A bzw. der B Ltd. auch kein Einkommen den Begünstigten zurechenbar. In der Regel sind Stifter und erstbegünstigte Personen identisch.

Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Stiftungsvorstand an die Weisungen des Stifters gebunden ist, der Stifter wesentlichen Einfluss auf die Anlageentscheidungen des Stiftungsvorstandes hat oder wenn der Stifter sich das Recht vorbehalten hat, das Stiftungsgeschäft insgesamt jederzeit ohne Angabe von Gründen zu widerrufen. Nach BFH-Urteil vom 22.12.2010, I R 84/09, Rz. 12 ist: „gerade die Frage der Gestaltungs- und Verfügungsmacht über das Stiftungsvermögen aber entscheidungserheblich.“ Verdeckte Treuhandschaften betreffen nach Erfahrung des Verfassers in der Praxis eine nicht unerhebliche Zahl ausländischer Stiftungsgründungen der vergangenen Jahrzehnte. Siehe dazu auch BFH-Urteil vom 25.04.2001, II R 14/98, BFH-Urteil vom 26.01.2011, VIII R 14/10, BFH-Urteil vom 22.12.2010, I R 84/09. Zu dem Vermögen der Familienstif-

tung A gehört die 100%ige Beteiligung an der B Ltd. Nassau/Bahamas.

Im Falle einer verdeckten Treuhandenschaft, werden die Einkünfte der Familienstiftung A, Vaduz/Liechtenstein und infolgedessen auch (siehe die diesbzgl. Erläuterungen der nachstehenden Absätze) die Einkünfte der von der Stiftung beherrschten 100%igen Tochter-Kapitalgesellschaft B Ltd. Nassau/Bahamas von dem Erstbegünstigten der Stiftung als eigene Einkünfte erzielt und sind infolgedessen originär bei Ihnen zu versteuern sind. Im BFH-Urteil vom 22.12.2010, I R 84/09, Rz. 11 wird dazu ausgeführt: „Diese Zurechnung [nach § 15 AStG, Anm. des Verf.] setzt voraus, dass die Familienstiftung ein entsprechendes Einkommen im steuerrechtlichen Sinne erzielt... Die Vorschrift regelt nur die Zurechnung des Einkommens, nicht aber die – vorgelagerte – Frage der Erzielung von Einkünften.“

Liechtensteinische Stiftungen, die allein zur Steuervermeidung gegründet wurden, waren auch bereits Gegenstand zivilrechtlicher Entscheidungen. Aufgrund der missbräuchlichen Verwendung der Stiftung entfällt deren zivilrechtliche Abschirmwirkung, siehe auch OLG-Urteil Düsseldorf vom 30.04.2010, 22 U 126/06. Vergleichbare Konstruktionen werden auch im Zusammenhang mit steuerlich unbeachtlichen „Lebensversicherungsmänteln“ verwendet, siehe auch BMF-Schreiben vom 01.10.2009. Auch hier qualifiziert die Finanzverwaltung die fremd vorgenommene Vermögensverwaltung durch die Lebensversicherung als steuerlich unbeachtlich.

Es sprechen daher gute Gründe dafür, dass die zivilrechtliche Abschirmwirkung der Tochter-Kapitalgesellschaft der Familienstiftung A, Vaduz/Liechtenstein, der B Ltd., Nassau/Bahamas, im vorstehend beschriebenen Sinne rechtsmissbräuchlich ist und insoweit sowohl des Vermögen der B Ltd. als auch die daraus erzielten Einkünfte nicht eigene Einkünfte der B Ltd., Nassau/Bahamas sind, sondern über die als verdeckte Treuhandenschaft zu qualifizierende Familien-

stiftung A, Vaduz/Liechtenstein als eigene Einkünfte des bzw. der Erstbegünstigten von diesen originär zu versteuern sind.

Dafür spricht auch, dass von Seiten der depotführenden Bank, häufig domizilierend in Zürich/Schweiz, in den von ihr für jüngere Jahre auch nach deutschem Steuerrecht erstellten Ertragnisaufstellungen für die Erträge des Depots der B Ltd, Nassau/Bahamas, eine aus dem für natürliche Personen anzuwendenden Steuerformular Anlage KAP abgeleitete Darstellungsform gewählt wurde, die exakt einer Ertragnisaufstellung entspricht, wie diese für eine in Deutschland steuerpflichtige natürliche Person als Depot-/Kontoinhaber banktypisch aufgestellt wird. Die Überschrift über diesen Ertragnisaufstellungen lautet: „Zusammenfassung Einkünfte VZ XY, lautend auf B Ltd. – Zusammenfassung der Werte aus der Ertragnisaufstellung und der Kapitalgewinn-/Verlustrechnung zum Übertrag in die Anlage KAP“.

3 Schlußbetrachtung

Die steuerliche Legalisierung der Einkünfte und des Vermögens von liechtensteinischen Familien-Stiftungskonstruktionen im Rahmen von steuerlichen Selbstanzeigen stellen den Berater und die Finanzverwaltung vor besondere praktische und theoretische Probleme. Die Banken bzw. deren darauf spezialisierte Tochter-(Treuhand) Gesellschaften, die häufig die Gründung der Stiftung, deren Tochter-Kapitalgesellschaft und die Konten-/Depotführung „aus einer Hand“ als besondere Dienstleistung ihren Kunden anbieten, drängen mittlerweile ihre Kundschaft zur steuerrechtlichen Legalisierung („Bereinigung“) der Vergangenheit und zur Erbringung entsprechender Nachweisungen für die Vergangenheit und für die Zukunft. Anderenfalls wird als bankseitige „ultima ratio“ im Rahmen einer sog. „Weißgeldstrategie“ des Finanzplatzes die Kündigung der Geschäftsbeziehung mit Auflösung des Depots und zwangsweiser Auszahlung des liquiden Gegenwertes per Zusendung eines Verrechnungsschecks an den Heimat-Wohnsitz angekündigt, häufig

zum Ende des Jahres 2013. Dabei bleibt zu beachten, dass es nach wie vor auch sehr beachtliche - legale und legitime - aussersteuerliche Gründe gibt, die dafür sprechen können, dass Konstrukt einer liechtensteinischen Familienstiftung zu wählen. Zu nennen wären unter anderem die Notwendigkeit einer dauerhaft rechtlichen Ver selbständigung von Vermögen, Aspekte der Nachfolgeplanung und der Asset Protection.

G. Aktuelle Entwicklungen im Bilanzsteuerrecht der Personengesellschaften

Kühn, Ralf

Bei der Übertragung / Überführung von Wirtschaftsgütern im Bereich der Personengesellschaften gibt es eine Fülle von denkbaren Konstellationen und Streitpotenzialen zwischen Finanzverwaltung und Steuerpflichtigen.

Deren Behandlung hängt u. a. davon ab,

- aus welcher Vermögensart das Wirtschaftsgut kommt und in welche Vermögensart es gelangt
- ob es sich um voll entgeltliche, teilentgeltliche oder um unentgeltliche Geschäfte handelt;
- ob die Übertragung gegen Erhöhung bzw. Minderung von Gesellschaftsrechten erfolgt oder nicht;
- ob das Wirtschaftsgut zum Teilwert, zu einem niedrigeren oder zu einem höheren Wert übertragen wird.

Mit den Vorschriften der §§ 6 Abs.3, 6 Abs.5 EStG und 24 UmwStG stehen dabei verschiedene *leges speciales* im Raum, deren Verhältnis untereinander 2013 wieder Gegenstand neuer Entwicklungen war, die jedoch mitnichten als abgeschlossen gelten können.

Beide Komplexe sind immer wieder Gegenstand umfangreicher BMF Schreiben gewesen, etwa im Umwandlungssteuererlass vom 11.11.2011 und im BMF-Schreiben zur Überführung und Übertragung von einzelnen Wirtschaftsgütern nach § 6 Abs. 5 EStG vom 8.12.2011.

Die Einbringung von Wirtschaftsgütern aus dem Betriebsvermögen eines Gesellschafters in eine Personengesellschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten wurde bereits seit Mitte der 70er Jahre von Rechtsprechung und Finanzverwaltung als tauschähnlicher Vorgang eingestuft. Dennoch wurde den Beteiligten bis einschließlich Veranlagungszeitraum 1998 ein Wahlrecht eingeräumt, den Buchwert des übertragenen Wirtschaftsguts fortzuführen oder aber eine Neubewertung bis maximal zur Höhe des Teilwerts durchzuführen. Die Beteiligten konnten also entsprechend der Regelung

des § 24 UmwStG für die Übertragung von betrieblichen Sachgesamtheiten das Wirtschaftsgut mit dem Buchwert, dem Teilwert oder einem Zwischenwert ansetzen. Der Wertansatz bei der Personengesellschaft war für die Ermittlung des Veräußerungsgewinns beim Einbringenden maßgeblich.

Dagegen war bei Einbringungsvorgängen in den Veranlagungszeiträumen 1999 und 2000 aufgrund der durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 neu in das Gesetz eingefügten Vorschrift des § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG zwingend der Teilwert anzusetzen.

Eine steuerneutrale Übertragung in das Gesamthandsvermögen war also im Gegensatz zur Übertragung in das Sonderbetriebsvermögen des Gesellschafters nicht mehr möglich. Durch die Übertragung wurde ein Veräußerungsgewinn des Einbringenden realisiert, der allerdings bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen ggf. durch die Übertragung auf ein Reinvestitionsgut bzw. die Bildung einer Rücklage nach § 6b EStG kompensiert werden konnte. Diese restriktive Handhabung wurde mit Wirkung ab dem Veranlagungszeitraum 2001 durch § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG i.d.F.d. StSenkG wieder aufgegeben.

Nunmehr sieht § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 1 EStG vor, dass bei der Übertragung von Einzelwirtschaftsgütern aus einem Betriebsvermögen des Mitunternehmers gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten, ebenso wie bei der unentgeltlichen Übertragung, zwingend der Buchwert anzusetzen ist. Ein Wahlrecht zum Ansatz eines höheren Wertes besteht nicht mehr. Voraussetzung für den Buchwertansatz ist, dass die spätere Besteuerung der stillen Reserven sichergestellt ist (§ 6 Abs. 5 Satz 1 EStG). Es wird dabei in Kauf genommen, dass stille Reserven von dem Einbringenden auf die anderen Gesellschafter der Personengesellschaft übergehen.

Zur Verhinderung von missbräuchlichen Gestaltungen wurde eine Sperrfristregelung geschaffen. Danach ist rückwirkend auf den Zeitpunkt der Übertragung der Teilwert anzusetzen, wenn das

übertragene Wirtschaftsgut innerhalb von 3 Jahren nach Abgabe der Steuererklärung des Übertragenden für den Veranlagungszeitraum der Übertragung veräußert oder entnommen wird. Die Sperrfristregelung gilt nicht, wenn die bis zum Zeitpunkt der Einbringung entstandenen stillen Reserven bei Übertragung des Wirtschaftsgutes durch Erstellung einer negativen Ergänzungsbilanz dem Einbringenden zugeordnet werden.

Darüber hinaus ist der Teilwert anzusetzen, soweit durch die Übertragung der Anteil einer Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse an dem Wirtschaftsgut unmittelbar oder mittelbar begründet oder erhöht wird. Durch diese Regelung soll verhindert werden, dass stille Reserven missbräuchlich aus dem Bereich der vollen Besteuerung in den Bereich der Steuerbefreiungen im Sinne der §§ 3 Nr. 40 EStG bzw. 8b Abs. 2 KStG verlagert werden. Aus dem gleichen Grund sieht § 6 Abs. 5 Satz 6 EStG einen rückwirkenden Ansatz des anteiligen Teilwertes für den Fall vor, dass der Anteil einer der o.g. Kapitalgesellschaften an dem Wirtschaftsgut zwar nicht unmittelbar bei Einbringung, aber innerhalb von 7 Jahren nach der Übertragung begründet oder erhöht wird.

Nach § 6 Abs. 5 EStG ist die Einbringung eines Wirtschaftsgutes „aus einem Betriebsvermögen des Mitunternehmers“ begünstigt. Darunter fällt z.B. die Übertragung aus einem Einzelunternehmen des Einbringenden (§ 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 1 EStG) oder die Übertragung aus einem Sonderbetriebsvermögen des Einbringenden bei derselben oder einer anderen Personengesellschaft (§ 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EStG).

Überträgt nun ein Mitunternehmer ein Wirtschaftsgut seines Sonderbetriebsvermögens unentgeltlich auf einen anderen Mitunternehmer derselben Mitunternehmerschaft, so liegt darin keine Entnahme im Sinne des § 4 Abs. 1 S. 2 EStG, weil das Wirtschaftsgut das Betriebsvermögen der Gesellschaft nicht verlässt.

Nach § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG i.d.F. des StSenkG besteht für Übertragungen von Wirtschaftsgütern ab dem 01.01.2001 die (zwingende) Möglichkeit der steuerneutralen Übertragung zu Buchwerten (BMF-Schreiben vom 07.06.2001, BStBl I 2001, 367). Das hat zur Folge, dass z.B. die Übertragung von Sonderbetriebsvermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf einen ebenfalls an der Personengesellschaft beteiligten Angehörigen nunmehr ohne Aufdeckung der stillen Reserven möglich ist.

Werden im Zuge dieser Übertragung aber noch weitere Übertragungsvorgänge, z.B. nach § 6 Abs. 5 oder § 6 Abs. 3 EStG vorgenommen, so kommt es nach aktueller Rechtsmeinung der Finanzverwaltung für die Steuerneutralität entscheidend auf die Reihenfolge der Übertragung und auf den Gesamtplan an.

Wie das BMF Schreiben zu § 6 Abs. 3 EStG deutlich macht, müssen für die Anwendbarkeit dieser Rechtsvorschrift und damit die Vermeidung der Aufdeckung stiller Reserven die wesentlichen Betriebsgrundlagen in einem einheitlichen Vorgang übertragen werden.

Dieser Übertragung wird i.d.R. ein Kausalgeschäft, d.h. ein Übergabe- bzw. Schenkungsvertrag, zu Grunde liegen. Ein einheitlicher Vorgang kann aber auch bei mehreren Übertragungsakten vorliegen. Beruhen die mehreren Übertragungsakte auf einem einzigen Kausalgeschäft, so stellt die Erfüllung des Kausalgeschäfts durch die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an den wesentlichen Betriebsgrundlagen einen einheitlichen Vorgang dar. Liegen mehrere Kausalgeschäfte vor (schrittweise Übertragung), handelt es sich um einen einheitlichen Vorgang, wenn zwischen den Übertragungsakten ein enger sachlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht.

Ein enger sachlicher Zusammenhang ist auch dann noch gegeben, wenn die kurzfristige Übertragung aller wesentlichen Betriebs-

grundlagen zwar geplant war, aber durch besondere Umstände verzögert worden ist.

Erfolgt die Übertragung auf Grund mehrerer Kausalgeschäfte ist bei der Beurteilung des Vorgangs die Gesamtplanrechtsprechung des BFH zu beachten.

Danach setzt ein einheitlich zu beurteilender Vorgang voraus, dass

- mehrere Teilschritte in sachlichem Zusammenhang, d.h.
- auf Grund eines in sich geschlossenen Konzepts, aufeinander folgen und
- der Steuerpflichtige die einzelnen Teilschritte beherrscht, d.h. er allein den Erfolg seines Plans herbeiführen kann.

Als für den sachlichen Zusammenhang sprechendes Indiz kann dabei ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen den einzelnen Teilschritten anzusehen sein. Der Zeitrahmen muss nach den Umständen des Einzelfalles beurteilt werden. Die Indizwirkung z.B. aufgrund zeitlicher Nähe ist widerlegbar, wenn die Vorgänge nachweislich auf Grund eines später gefassten Beschlusses erfolgen.

Das BMF-Schreiben vom 03.03.2005 weist in Tz. 7 zwar die Anwendung der Gesamtplanrechtsprechung auf den Fall des § 6 Abs. 3 EStG an. Es enthält aber keine weiteren Aussagen zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen von einer Übertragung im Rahmen eines Gesamtplans auszugehen ist. Insbesondere enthält es keine Aussagen zu einer zeitlichen Einschränkung.

Von der Beherrschbarkeit der einzelnen Teilschritte durch den Steuerpflichtigen ist zumindest dann auszugehen, wenn

- der Steuerpflichtige alleine handelt oder
- enge gesellschaftsrechtliche Verflechtungen bestehen, die es den Gesellschaftern er möglichen, ihren Willen in allen beteiligten Gesellschaften durchzusetzen oder

- bei mehreren beteiligten Personen die Abfolge der einzelnen Teilschritte durch vertragliche Vereinbarungen von vornherein festgelegt ist und
- der Steuerpflichtige bei seinem Handeln, bezogen auf den Eintritt des Erfolges, grds. keinem besonderen Risiko ausgesetzt ist.

Werden unter diesen Voraussetzungen funktional wesentliche Wirtschaftsgüter im sachlichen Zusammenhang mit einer sich anschließenden unentgeltlichen Übertragung der verbleibenden betrieblichen „Sachgesamtheit“ ausgegliedert, ist § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG nicht anwendbar.

Der klassische Anwendungsfall des Gesamtplanes ist die vorherige Ausgliederung von Sonderbetriebsvermögen bei der Veräußerung oder Übertragung von Betrieben und Mitunternehmeranteilen.

In seiner Entscheidung vom 25.11.2009 hat der 1. Senat des BFH – allerdings in einem nicht entscheidungsrelevanten sogenannten obiter dictum – auch zu Fragen des Gesamtplans Stellung genommen.

Nach Auffassung des Senats liegt dann kein schädlicher Gesamtplan vor, wenn die Auslagerung einer wesentlichen Betriebsgrundlage aus dem einzubringenden Mitunternehmeranteil auf Dauer erfolgt. Sie löse dann andere wirtschaftliche Folgen aus als die Einbeziehung des betreffenden Wirtschaftsguts in den Einbringungsvorgang.. Anders könne es sein, wenn sie alsbald rückgängig gemacht wird. Ergangen ist diese Entscheidung zu § 20 UmwStG. Auch im Rahmen der Einbringung nach dieser Vorschrift muss der gesamte Mitunternehmeranteil eingebracht werden. Stimmen in der Literatur (etwa Jebens, BB 2010, 1192 f.) wollen hieraus auch eine Anwendung im Bereich der §§ 16 Abs. 1, 6 Abs. 3 EStG und § 24 UmwStG herauslesen.

Die Entscheidung des 1. Senats ist – wie auch schon im Hinblick auf die Übertragung von Wirtschaftsgütern zwischen Schwesterperso-

nengesellschaften – auf wenig Gegenliebe bei den Kollegen des 4. Senats gestoßen. Folgerichtig hat der 4. Senat in seinem Urteil vom 25.02.2010, IV R 49/08 die Anwendung der Gesamtplanrechtsprechung – hier allerdings zur Frage der Tarifbegünstigung nach §§ 16, 34 EStG – ausdrücklich bestätigt.

Zur Begründung führt er aus, dass im Vergleichsfall (Veräußerung der Wirtschaftsgüter, die der eigenen gewerblichen Tätigkeit der Personengesellschaft zuzuordnen sind, in Verbindung mit der Buchwertausgliederung von Mitunternehmeranteilen an Unterpersongesellschaften) der erzielte Gewinn nur dann nach den §§ 16, 34 EStG begünstigt ist, wenn er auf der Realisierung der stillen Reserven in sämtlichen der eigenen Geschäftstätigkeit der Oberpersongesellschaft dienenden wesentlichen Wirtschaftsgütern beruht.

Als wesentliche Betriebsgrundlagen werden hierbei alle funktional oder quantitativ wesentlichen Wirtschaftsgüter angesehen (BFH-Urteil vom 3. September 2009 IV R 61/06, BFH/NV 2010, 404, m.w.N.), ungeachtet dessen, ob diese im Gesamthandsvermögen oder im Sonderbetriebsvermögen (I oder II) der Mitunternehmer gehalten werden (BFH-Urteil vom 2. Oktober 1997 IV R 84/96, BFHE 184, 425, BStBl II 1998, 104).

Folge hiervon ist nicht nur, dass die Vergünstigungen der §§ 16, 34 EStG zu versagen sind, wenn beispielsweise die der eigenen Geschäftstätigkeit der Personengesellschaft zuzuordnenden Grundstücke – im sachlichen Zusammenhang der Betriebsveräußerung durch die Oberpersongesellschaft – zu Buchwerten in das Vermögen einer Schwesterpersonengesellschaft oder in ein anderes betriebliches Eigenvermögen der Gesellschafter übertragen (oder überführt) werden (Gesamtplanrechtsprechung; BFH-Urteil vom 6. September 2000 IV R 18/99, BFHE 193, 116, BStBl II 2001, 229). Gleiches gelte darüber hinaus bezogen auf die Gegebenheiten des Streitfalls (Veräußerung von Gesellschaftsanteilen an der Oberpersongesellschaft in Verbindung mit der Buchwertausgliederung von Mitunte-

mehmeranteilen an Unterpersonengesellschaften), wenn im Zusammenhang mit der Anteilsveräußerung durch die Obergesellschaft eine oder mehrere der in ihrem Sonderbetriebsvermögen oder im Gesamthandsvermögen der Oberpersonengesellschaft gehaltenen wesentlichen Betriebsgrundlagen zu Buchwerten in andere Betriebsvermögen ausgegliedert werden.

Beachtenswert ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass der BFH die vorherige Ausgliederung der Tochterpersonengesellschaft – also einer Sachgesamtheit – als unschädlich angesehen hat!

Mit zwei Entscheidungen vom 19.9.2012 (veröffentlicht am 10.10.2012) und vom 2.8.2012 (veröffentlicht am 17.10.2012) hat der BFH nun erneut zu grundsätzlichen Fragen des § 6 Abs. 3 EStG und des § 6 Abs. 5 EStG Stellung genommen.

Dabei geht es zum einen um die steuerliche Behandlung der teilentgeltlichen Übertragung eines Einzelwirtschaftsguts innerhalb der Mitunternehmerschaft und zum anderen explizit um die Frage der Schädlichkeit der Ausgliederung eines funktional wesentlichen Wirtschaftsguts nach § 6 Abs. 5 EStG vor bzw. zeitgleich mit einer Übertragung nach § 6 Abs. 3 EStG.

Mit dem Urteil vom 19.9.2012 (AZ.: IV R 11/12) hält der BFH im Fall der Übertragung eines Wirtschaftsguts aus dem Sonderbetriebsvermögen in das Gesamthandsvermögen gegen ein Entgelt, das den Buchwert nicht überschreitet, die Einheitstheorie für anwendbar. Dies widerspricht der Verwaltungsauffassung, die in diesen Fällen der Teilentgeltlichkeit die Trennungstheorie anwendet.

Der Kläger K war im Streitjahr 2001 als Kommanditist zu 70 % am Vermögen einer GmbH & Co. KG beteiligt. Mit Vertrag vom 26.6.2001 übertrug er zwei bis dahin zu seinem Sonderbetriebsvermögen gehörende bebaute Grundstücke auf die KG. Auf einem der Grundstücke lastete eine Verbindlichkeit in Höhe von rund 296.500, die die KG übernahm. Die KG bilanzierte die Grundstücke anschließend mit ihrem Buchwert.

Das Finanzamt war hingegen der Auffassung, dass die Übertragung des mit der Verbindlichkeit belasteten Grundstücks anteilig zur Aufdeckung stiller Reserven geführt habe. In Anwendung der Trennungstheorie bildete es für die teilentgeltliche Übertragung eine Entgeltsquote, die sich als Quotient aus der übernommenen Verbindlichkeit und dem Verkehrswert des Grundstücks ergibt. Dieser Verkehrswert betrug 1.520.000, so dass sich eine Entgeltsquote von 19,5 % ($296.500 \text{ €} / 1.520.000 \text{ €} \times 100$) ergab. Ausgehend von einem Buchwert von rd. 1.026.500 € beliefen sich die stillen Reserven auf 493.500, die dann in Höhe von 19,5 % aufgedeckt, d.h. entgeltlich übertragen worden sind. Das Finanzamt kam deshalb zu Sonderbetriebseinnahmen in Höhe von ca. 96.250 € ($493.500 \text{ €} \times 19,5 \%$). Zugleich gewährte es die Abschreibung aus einer zweiten AfA-Reihe, die sich aus der Anschaffung ergab.

Einspruch und Klage gegen den entsprechend geänderten Gewinnfeststellungsbescheid hatten keinen Erfolg. Der BFH hielt die Revision für begründet und gab damit dem Kläger Recht. Die Übertragung des Grundstücks aus dem Sonderbetriebsvermögen des Klägers in das Gesamthandsvermögen der Klägerin habe – ungeachtet der Übernahme der den Buchwert des Grundstücks nicht überschreitenden Verbindlichkeit – nicht zu einem Gewinn im Sonderbetriebsvermögen des Klägers geführt.

Zur Begründung prüft der BFH in zwei Schritten, ob eine Aufdeckung stiller Reserven – erstens – durch Veräußerung oder – zweitens – durch Entnahme eingetreten ist.

a) Aufdeckung stiller Reserven durch Verkauf

Hierzu stellt der BFH zunächst fest, dass der Gesellschafter einer Personengesellschaft wie ein fremder Dritter Wirtschaftsgüter aus seinem Sonderbetriebsvermögen an die Gesellschaft entgeltlich veräußern könne. Dabei erziele er dann einen Gewinn in seinem Sonderbetriebsvermögen, wenn das Entgelt den Buchwert überschreitet. Entgelt für die Übertragung eines Wirtschaftsguts sei jede

Gegenleistung, gleichgültig ob sie in Geld, Sachen oder Rechten bestehe. Die Übernahme der Verbindlichkeit sei deshalb ein Entgelt. Da dieses Entgelt im Streitfall aber den Buchwert nicht überschreite, entstehe kein Gewinn.

b) Aufdeckung stiller Reserven durch Entnahme

Zutreffend stellt der BFH weiter fest, dass insoweit, als das Entgelt hinter dem Verkehrswert des Grundstücks zurückbleibe, die Übertragung unentgeltlich durchgeführt worden sei und es damit jedenfalls nicht zu einer Gewinnrealisierung durch Veräußerung komme.

Fraglich aber sei, ob eine Gewinnrealisierung aufgrund Entnahme entstehe. Eine Entnahme liege vor, wenn ein Wirtschaftsgut das Betriebsvermögen aus betriebsfremden Gründen ohne angemessene Gegenleistung verlasse.

Eine Entnahme aber liegt nach Auffassung des BFH ebenfalls nicht vor. Denn das übertragene Wirtschaftsgut habe das Betriebsvermögen nicht verlassen, zu dem es vor der Übertragung gehörte, da das Betriebsvermögen einer Personengesellschaft neben dem Gesamthandsvermögen auch das Sonderbetriebsvermögen umfasse. Wechsele ein Wirtschaftsgut aufgrund einer Übertragung von einem Teil des Betriebsvermögens der Personengesellschaft in einen anderen Teil desselben Betriebsvermögens, stelle dies deshalb keine Entnahme i.S.d. § 4 Abs. 1 Satz 2 EStG dar. Anders als bei einem von einer einzelnen Person unterhaltenen Betrieb sei deshalb bei einer Personengesellschaft ein zivilrechtlicher Rechtsträgerwechsel ohne gleichzeitige Entnahme denkbar.

Die Anordnung der Buchwertfortführung in § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG sei – so der BFH – eine Bewertungsvorschrift für die dort genannten Wirtschaftsgutstransfers. Im Fall eines unentgeltlichen Transfers ordne diese Vorschrift für die dadurch ggf. verwirklichte Entnahme die Bewertung mit dem Buchwert an. Für unentgeltliche Übertragungen ohne Entnahmecharakter bringe die Vorschrift lediglich

deklaratorisch zum Ausdruck, dass der Buchwert auch nach der Transaktion fortzuführen sei.

Zur Frage der Aufdeckung der stillen Reserven durch Veräußerung betrachtet der BFH die Veräußerung als einheitlichen Vorgang. Er folgt damit der Einheitstheorie und wendet sich gegen die bisher in diesen Fällen von Rechtsprechung und Verwaltung angewandte Trennungstheorie (BMF-Schreiben vom 8.12.2011, BStBl 2011 I S. 1279, Rz. 15 unter Hinweis auf BFH vom 11.12.2011, AZ.: VIII R 58/98, BStBl 2002 II S. 420). Die Einheitstheorie ist – jedenfalls bislang – den Fällen der Übertragung ganzer betrieblicher Einheiten, d.h. von Betrieben, Teilbetrieben oder Mitunternehmer(teil)anteilen vorbehalten.

Der Grund hierfür liegt in § 16 Abs. 2 EStG.

So hat der BFH in der Vergangenheit die Einheitstheorie ausdrücklich allein für (Teil-)Betriebe oder Mitunternehmeranteile für angemessen gehalten hat. In den Fällen einer Sachgesamtheit sei die Trennungstheorie abzulehnen, da sie dazu führe, dass stets ein Teil des Betriebs oder Mitunternehmeranteils als verkauft und der andere als unentgeltlich übertragen angesehen werden müsse mit der Folge, dass der Erwerber die stillen Reserven nur in dem unentgeltlichen Teil des Betriebsvermögens fortführen könne.

Demgegenüber entspreche es dem Sinn der in § 7 Abs. 1 EStDV a.F. angeordneten Buchwertfortführung, die stillen Reserven insgesamt fortzuführen, solange sie nicht durch ein die Buchwerte übersteigendes Entgelt aufgelöst würden. Eine andere Betrachtung sei mit dem Wortlaut des § 16 Abs. 2 EStG nicht zu vereinbaren (BFH-Urteil vom 10.7.1986, AZ.: IV R 12/81, BStBl 1986 II S. 811). Dieser Hinweis auf § 16 Abs. 2 EStG zeigt, dass Einzelwirtschaftsgütern die Einheitstheorie nicht eröffnet ist. Da es sich bei § 6 Abs. 3 EStG um die Nachfolgeregelung des § 7 Abs. 1 EStDV handelt, hat diese Überlegung ungeschmälert auch für die Regelung des § 6 Abs. 3 EStG Geltung.

Der Gesetzgeber ist der deutlichen Abschichtung zwischen betrieblichen Sachgesamtheiten einerseits und Einzelwirtschaftsgütern des Betriebsvermögens andererseits gefolgt. Mit dem Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 wurde für Sachgesamtheiten mit § 6 Abs. 3 EStG die Regelung des § 7 Abs. 1 EStDV fortgeführt; während für Einzelwirtschaftsgüter – unter Aufhebung des sog. Mitunternehmererlasses (BMF-Schreiben vom 20.12.1977, BStBl 1978 I S. 8) – die gesonderte Regelung des § 6 Abs. 5 EStG eingeführt wurde.

Die vorliegende BFH-Entscheidung verneint für die streitgegenständliche Übertragung des Einzelwirtschaftsguts aus dem Sonderbetriebsvermögen in das Gesamthandsvermögen eine Entnahme. Demgegenüber nimmt die Verwaltung in den Fällen der unentgeltlichen Übertragung von Wirtschaftsgütern nach § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG stets eine Entnahme an (BMF-Schreiben vom 8.12.2011, BStBl 2011 I S. 1279, Rz. 8). Dies nicht zuletzt deshalb, weil nach Auffassung der Verwaltung auch in den Fällen der Überführung von Wirtschaftsgütern, d.h. den Fällen des § 6 Abs. 5 Satz 1 und 2 EStG, eine Entnahme vorliegt (BMF-Schreiben vom 8.12.2011, BStBl 2011 I S. 1279, Rz. 1). Der Normzweck von § 6 Abs. 5 Satz 1 und 2 EStG sowie den Fällen der unentgeltlichen Übertragung nach Satz 3 liegt dann darin, dass mit diesen Regeln die Bewertung der Entnahme mit Null angeordnet wird.

Zu Recht weist der BFH in der vorliegenden Entscheidung darauf hin, sein Verständnis von Entnahme führe dazu, dass die Regelung des § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG für unentgeltliche Übertragungen, die keine Entnahme darstellten, nur deklaratorischen Charakter habe.

Diese Lesart aber ist mit dem Werdegang der Regelung des § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG nur schwer in Einklang zu bringen. Wie bereits ausgeführt, führte der Gesetzgeber mit dem Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 für die Vorgänge der Überführung und Übertragung von Einzelwirtschaftsgüter erstmals eine gesetzliche, in einem Absatz zusammengefasste Regelung ein. Maßgebliches Kriterium

für die Behandlung der Überführungen und Übertragungen war die Frage des Rechtsträgerwechsels: Übertragungen zwischen verschiedenen Betriebsvermögen desselben Steuerpflichtigen (Überführungen) waren zum Buchwert vorzunehmen, Übertragungen zwischen Gesamthandsvermögen und Sonderbetriebsvermögen oder zwischen zwei Sonderbetriebsvermögen derselben Mitunternehmerschaft hingegen zum Teilwert. Aus der Sicht des Gesetzgebers handelt es sich damit durchweg um Fälle, deren Regelung erforderlich war, d.h. um Regelungen mit konstitutivem Charakter. Daran änderte sich nichts, als der Gesetzgeber mit dem Unternehmersteuerfortentwicklungsgesetz der Regelung des § 6 Abs. 5 seine heutige Fassung gab, die auch für Übertragungen den Buchwert vorsieht. In der Gesetzesbegründung zum Unternehmersteuerfortentwicklungsgesetz wird sogar ausgeführt, dass mit der Neufassung des § 6 Abs. 5 EStG "insbesondere der klassische Fall des bisherigen Mitunternehmererlasses – die Einbringung von Einzelwirtschaftsgütern gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten – als Spezialform des Tausches geregelt werden sollte, aber daneben auch die unentgeltlichen Übertragungen von Satz 3 erfasst sind (Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts, BT-Drs. 14/6882 S. 32).

Für die in § 6 Abs. 5 EStG geregelten Fälle der Überführungen und Übertragungen kommt es damit im Ergebnis nicht darauf an, ob sie eine Entnahme darstellen: Der Transfer des Einzelwirtschaftsguts führt jedenfalls nicht zur Aufdeckung stiller Reserven.

Wenn es mit dem BFH für die Anwendung des § 6 Abs. 5 EStG maßgeblich darauf ankommen soll, ob eine Entnahme vorliegt, so gilt es allerdings den hierfür geltenden Entnahmebegriff bei Mitunternehmerschaften zu präzisieren. Dabei geht es insbesondere um folgende Fragen: Soll das Betriebsvermögen der Mitunternehmerschaft die Grenze bilden, bei deren Überschreiten es zu einer Ent-

nahme kommt? Oder gilt ein funktionaler Betriebsvermögensbegriff, der über die Mitunternehmerschaft hinaus reicht?

Abgekommen zu sein schein der vierte Senat des BFH von der Auffassung, dass die Entnahme Folge eines Zurechnungswechsels sei. Mit Beschluss vom 15.4.2010 (AZ.: IV B 105/09, BStBI 2010 II S. 971) hatte er für die Übertragung eines Grundstücks zwischen beteiligungsidentischen Schwesterpersonengesellschaften – anders als die Entscheidung vom 25.11.2009 (AZ.: I R 72/08, BStBI 2010 II S. 471) – die Buchwertfortführung mit dem Hinweis für zulässig erachtet, dass bei der Besteuerung von Personengesellschaften das Transparenzprinzip gelte. Die stillen Reserven des übertragenen Wirtschaftsguts seien den Beteiligten zuzuordnen, sodass sie sich durch die Übertragung nicht verschöben. Inzwischen ist in der Hauptsache das erstinstanzliche Urteil ergangen, das dem Beschluss folgend die Buchwertübertragung bejaht (FG Niedersachsen vom 31.5.2012, AZ.: 1 K 271/10). Die Revision ist anhängig (AZ.: IV R 28/12). Damit wird der vierte Senat erneut Gelegenheit haben, zur Frage der Übertragung zwischen Schwesterpersonengesellschaften Stellung zu nehmen. Mit der Revisionsache – AZ.: I R 80/12 (Vorinstanz FG Baden-Württemberg vom 19.7.2012, AZ.: 13 K 1988/09, die ebenfalls dem Beschluss vom 15.4.2010, AZ.: IV B 105/09, folgte) ist dieselbe Frage zugleich auch beim ersten Senat anhängig, so dass nach der Entscheidung vom 25.11.2009 erneut eine Divergenz mit dem ersten Senat eintreten könnte und dann nach § 11 Abs. 2 FGO der Große Senat zu entscheiden hätte. Darüber hinaus ist eine Revision zur Frage der Anwendung der Trennungstheorie bei einem Fall der teilentgeltlichen Übertragung nach § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 1 EStG anhängig, und zwar beim zehnten Senat bezüglich der persönlichen Einkommensteuer des Mitunternehmers (AZ.: X R 28/12, Vorinstanz FG Baden-Württemberg vom 23.5.2012, AZ.: 14 K 2982/10) und beim vierten Senat bezüglich der gesonderten und einheitlichen Feststellung von Besteuerungsgrundlagen (AZ.: IV R 33/12, Vorinstanz FG Baden-Württemberg vom 23.5.2012, AZ.: 14 K 2985/10).

Auch insoweit ist also eine Abstimmung innerhalb des BFH erforderlich.

Mit dem Urteil vom 2.8.2012 (AZ.: IV R 41/11) nimmt darüber hinaus der BFH eine unentgeltliche Übertragung eines Mitunternehmeranteil im Ganzen nach § 6 Abs. 3 Satz HS 1 EStG auch dann an, wenn ein funktional wesentliches Betriebsgrundstück des Sonderbetriebsvermögens kurz vorher bzw. zeitgleich zum Buchwert nach § 6 Abs. 5 EStG übertragen worden ist.

Dem lag folgender Fall zu Grunde:

Vater V war alleiniger Kommanditist und GmbH-Gesellschafter einer GmbH & Co. KG, die eine Spedition betrieb. Er vermietete das in seinem Eigentum stehende Betriebsgrundstück an die KG. Am 1.10.2002 übertrug er seiner Tochter T im Wege der vorweggenommenen Erbfolge 80 % seiner Kommanditanteile an der KG sowie die gesamten Anteile an der GmbH. Am 19.12.2002 übertrug er dann das Betriebsgrundstück auf die am 27.9.2002 gegründete zweite GmbH & Co. KG, die I-KG, bei der er alleiniger Kommanditist ist. Die I-KG setzte das Mietverhältnis mit der KG fort. Ebenfalls am 19.12.2002 wurden auch die restlichen Kommanditanteile auf T übertragen.

V hatte sowohl die Übertragungen der Kommanditanteile als auch die Grundstücksübertragung zum Buchwert vorgenommen. Das Finanzamt stimmte dem nur in Bezug auf die Übertragung des Grundstücks zu. Wegen dessen Ausgliederung hätten die Übertragungen des Kommanditanteils nicht zum Buchwert erfolgen dürfen. Die im übertragenen Kommanditanteil enthaltenen stillen Reserven in Höhe von 100.000 € (Geschäftswert) seien aufzudecken, als laufender Gewinn zu versteuern und dem V als buchtechnische Entnahme sowie der T als buchtechnische Einlage zuzurechnen.

Im Einzelnen legte die Finanzverwaltung dar, dass ein Anteil am Gesamthandsvermögen nicht nach § 6 Abs. 3 EStG zum Buchwert übertragen werden könne, wenn im zeitlichen und sachlichen Zu-

sammenhang mit der Übertragung funktional wesentliches Sonderbetriebsvermögen gemäß § 6 Abs. 5 EStG zum Buchwert in ein anderes Betriebsvermögen überführt oder übertragen werde (BMF-Schreiben vom 3.3.2005, BStBl 2005 1 S. 458, Rz. 6 und 7). Wegen des identischen Wortlauts von § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG und § 7 Abs. 1 EStDV a.F. könne die zu § 7 Abs. 1 EStDV a.F. ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung auch auf die gesetzliche Nachfolgevorschrift, die lediglich klarstellende Funktion habe, angewandt werden; hierzu gehöre auch die Anwendung der Gesamtplanrechtsprechung.

Deshalb könne weder für die Übertragung am 01.10.2002 die Buchwertfortführung des § 6 Abs. 3 Satz 1 HS 2 Var. 2 i.V.m. § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG (Übertragung eines Mitunternehmerteils unter Zurückbehaltung von Sonderbetriebsvermögen mit der Folge der Behaltefrist) noch für die Übertragung am 19.12.2002 diejenige des § 6 Abs. 3 Satz 1

HS 1 EStG (Übertragung eines Mitunternehmeranteils) zur Anwendung kommen. Die Buchwertfortführung nach § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG komme nicht in Betracht. Es fehle an der Voraussetzung, dass die nicht mit übertragenen Wirtschaftsgüter weiterhin Betriebsvermögen derselben (ursprünglichen) Mitunternehmerschaft blieben. Denn im Streitfall sei das Betriebsgrundstück an die neu gegründete I-KG übertragen worden. Schädlich i.S.d. Behaltefrist des § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG seien auch nach § 6 Abs. 5 EStG zum Buchwert erfolgte Übertragungen von funktional wesentlichem Betriebsvermögen, die im zeitlichen Zusammenhang mit der unentgeltlichen Übertragung eines Mitunternehmeranteils erfolgten.

Der BFH hielt sämtliche Übertragungen als Buchwertübertragungen für möglich. Die Übertragungen am 1.10.2002 des 80 %-igen Kommanditanteils und der vollständigen Anteile an der Komplementär-GmbH sei ein Fall des § 6 Abs. 3 Satz 1 HS 2 Var. 2 i.V.m. § 6 Abs. 3

Satz 2 EStG, da Sonderbetriebsvermögen – nämlich in der Form des Grundstücks – nur unterquotal übertragen wurde.

Einen Gesamtplan, der eine im engen zeitlichen Zusammenhang erfolgte Buchwertübertragung nach § 6 Abs. 5 EStG als schädlich für das Buchwertprivileg des § 6 Abs. 3 EStG ansieht, wenn das übertragene Wirtschaftsgut für die zu übertragende Sachgesamtheit funktional wesentlich ist, sieht der BFH nicht. Der Grund hierfür liegt in seinem Verständnis, wie sich diese beiden Buchwertprivilegien zueinander verhalten.

Nach Auffassung des BFH handelt es sich bei den Regelungen in § 6 Abs. 3 Satz 1 und Abs. 5 Satz 3 EStG um zwei gleich lautende (übereinstimmende) Gesetzesbefehle, die sich logisch nicht widersprechen. Deshalb seien deren Rechtsfolgen bei gleichzeitigem Vorliegen der jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen grundsätzlich auch nebeneinander zu befolgen. Dies bedeute, dass nach dem Gesetzeswortlaut auch gleichzeitige Buchwerttransfers nach § 6 Abs. 3 und Abs. 5 EStG möglich seien.

Denn der Gesetzeszweck des § 6 Abs. 3 EStG, die Generationenachfolge zu erleichtern, stehe mit demjenigen des § 6 Abs. 5 EStG, Umstrukturierungen von Personengesellschaften zu erleichtern, nicht in Widerspruch. Vielmehr lägen beide Zwecke nebeneinander vor, wenn die Beteiligten von Übertragungsvorgängen in zeitlichem Zusammenhang sowohl die Rechtsnachfolge des bisherigen Betriebsinhabers als auch Umstrukturierungen im vorgenannten Sinne beabsichtigten. Soweit durch die parallele Anwendung beider Vorschriften missbräuchliche Gestaltungen zu befürchten sein könnten, werde dem durch die Regelung von sog. Sperrfristen in beiden Vorschriften vorgebeugt (vgl. § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG und § 6 Abs. 5 Satz 4 EStG). Die Grenze dieser parallelen Anwendung sei erst dann erreicht, wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit einer Sachgesamtheit und damit die Einkünfteerzielung des betreffenden Einzelunternehmers oder der Personengesellschaft durch die Übertragung

von Einzelwirtschaftsgütern in einer Weise berührt würde, dass es wirtschaftlich zu einer Zerschlagung des Betriebs und damit im Ergebnis zu einer Betriebsaufgabe käme.

Allein der Umstand, dass ein bislang funktional wesentliches Wirtschaftsgut aus dem Betrieb ausscheide, ohne dass es diesem künftig auf veränderter Rechtsgrundlage (z.B. Miete oder Pacht) weiter zum Wirtschaften zur Verfügung stehe, rechtfertige aber noch nicht zwingend die Annahme, dass künftig keine funktionsfähige Sachgesamtheit mehr bestehe.

Im Übrigen finde die von der Verwaltung vertretene Differenzierung hinsichtlich funktional wesentlichem und nicht wesentlichem Sonderbetriebsvermögen (BMF-Schreiben vom 3.3.2005, BStBl 2005 I S. 458, Rz. 7 und 8) im Wortlaut des § 6 Abs. 5 EStG keine Stütze.

Mit der Übertragung des Grundstücks auf die I-KG am 19.12.2002 werde auch nicht die Sperrklausel des § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG ausgelöst. Die Übertragung führe deshalb nicht zum nachträglichen Ansatz des Teilwerts hinsichtlich der am 1.10.2002 vorgenommenen Übertragungen. Dazu bemerkt der BFH, er gehe davon aus, dass die Sperrfrist spätestens dann ende, wenn der Erwerber des Mitunternehmeranteils – hier T – auch den restlichen Mitunternehmeranteil erhalte. Die Sperrfrist sieht der BFH im Urteilsfall also am 19.12.2002 als beendet an. Da T bis dahin keine schädliche Übertragung des am 1.10.2002 erhaltenen Mitunternehmeranteils vornahm, sieht der BFH die Sperrklausel nicht als verletzt an.

Die überquotale (Mit-)Übertragung von Sonderbetriebsvermögen soll nach Auffassung des BFH allein nach § 6 Abs. 3 EStG zu beurteilen sein. Damit widerspricht er der Verwaltungsauffassung, die nur die quotale (Mit-) Übertragung § 6 Abs. 3 EStG zuordnet, den überquotalen Teil aber als einen Fall des § 6 Abs. 5 EStG ansieht

(BMF-Schreiben vom 3.3.2005, BStBl 2005 I S. 458, Rz. 16). Seine Auffassung – so der BFH – folge aus einer teleologischen Auslegung von Satz 2 der Vorschrift.

Die Voraussetzungen des § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG seien (nur) erfüllt, wenn nicht mindestens ein Anteil am Sonderbetriebsvermögen übertragen werde, der dem Anteil des übertragenen Teilanteils am gesamten Mitunternehmeranteil des Übertragenden entspreche. Dieser Anteil könne indes nur wertmäßig und nicht gegenständlich (wirtschaftsgutbezogen) verstanden werden.

§ 6 Abs. 3 und Abs. 5 EStG: Vorrang oder Gleichrangigkeit?

Während der BFH davon ausgeht, Übertragungen nach § 6 Abs. 3 EStG und nach § 6 Abs. 5 EStG seien nebeneinander möglich, denn Betriebsnachfolge können mit Umstrukturierung einhergehen, sieht die Verwaltung einen Vorrang des § 6 Abs. 3 EStG.

Vorweg lässt sich dazu festhalten, dass die Gesamtplan-Doktrin europaweit und im angloamerikanischen Recht unter dem Stichwort „substance over form“ zum bewährten Instrumentarium der Missbrauchsabwehr gehört. Die Entscheidung des Großen Senats zum Zwei-Stufen-Modell (BFH, Beschl. v. 18.10.1999 - GrS 2/98 - BStBl II 2000, 123) ist hier ebenso zu erwähnen wie die Rechtsprechung des EuGH zur „künstlichen Gestaltung“ (zusammenfassend zu Gesetzes-/Steuerungsumgehung und Rechtsmissbrauch im europäischen Recht P. Fischer in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 42 AO Rn. 151 ff.). In der Sache geht es um die Erkenntnis, dass die Befugnis zur zivilrechtlich-privatautonomem Gestaltung von Rechtsfolgen nicht das Recht umfasst, einen wirtschaftlichen Sachverhalt, zu dem das zwingende Steuerrecht eine nicht abdingbare normative Aussage enthält, „künstlich“ zu zergliedern und den Rechtsanwender darauf zu verweisen, dass er den parzellierten und für sich jeweils allein wirtschaftlich bedeutungslosen Teil- bzw. Zwischenakten die in einer „isolierten Betrachtung“ zukommende steuerliche Bedeutung beimisst (P. Fischer, a.a.O., Rn. 356 ff., 375 ff.). Dies hätte auch mit „wirtschaftlicher Betrachtungsweise“ nichts zu tun.

In seinem Ausgangspunkt ist dem BFH zuzustimmen, dass es Sinn und Zweck des § 6 Abs. 3 EStG wie auch schon ihrer Vorgängerrege-

lung des § 7 Abs. 1 EStDV a.F. ist, die Übertragung von Sachgesamtheiten, d.h. die Generationennachfolge zu erleichtern. Demgegenüber dient § 6 Abs. 5 EStG – der BFH führt es aus – ebenso wie seine Vorgängerregelung, der Mitunternehmererlass, dem Ziel, Umstrukturierungen zu erleichtern.

Leitbild der Generationennachfolge ist es für die Finanzverwaltung, dass die Sachgesamtheit in der Zusammensetzung, wie sich beim Rechtsvorgänger befindet, auf den Rechtsnachfolger übergeht. Damit aber hat für die Verwaltung eine zeitgleiche Umstrukturierung keinen Platz. Sie ist der Generationennachfolge damit sachlogisch untergeordnet. Denn die Frage der vollständigen Sachgesamtheit wird aus dem Blickwinkel des Übergebers beurteilt. Der BFH will hier einen Wechsel des Blickwinkels vornehmen und die Frage der Vollständigkeit der Sachgesamtheit aus der Perspektive des Übernehmers beantworten. Man könnte es auch auf die Formel bringen: Aus der Betriebsübergabe wird mit dem BFH die Betriebsübernahme.

Dabei hat der BFH bislang stets den Blickwinkel des Übergebers eingenommen. Bereits mit einer Entscheidung vom 23.4.1971 (AZ.: IV 201/65, BStBl 1971 II S. 686) hatte der BFH festgestellt, dass § 7 Abs. 1 EStDV a.F. dazu diene, Betriebsvermögen unverändert auf den Rechtsnachfolger übergehen zu lassen und dabei keine Entnahme anzunehmen. Es sei der "Gedanke des Gesetzes", dass "das Einkommensteuerrecht den Vorgang nicht unter dem Gesichtspunkt der Beendigung des Gewerbebetriebs des Rechtsvorgängers und der Eröffnung des Gewerbebetriebs durch den Rechtsnachfolger betrachte, sondern steuerlich eine unveränderte Fortführung des Betriebs annehme".

Zentraler Aspekt des § 7 Abs. 1 EStDV a.F. – und damit auch des § 6 Abs. 3 EStG – ist damit für die Finanzverwaltung die Perspektive des Übergebers, d.h. die Fortführung des Betriebs in unveränderter Form. Diesem Gedanken hat der Gesetzgeber des Steuerentlas-

tungsgesetzes 1999/2000/2002 dann dadurch Rechnung getragen, dass er strikt zwischen der für Sachgesamtheiten gedachten Regelung des § 6 Abs. 3 EStG und derjenigen für Einzelwirtschaftsgüter nach § 6 Abs. 5 EStG unterschieden hat. Eine Gleichordnung und Gleichzeitigkeit von § 6 Abs. 3 und § 6 Abs. 5 EStG ist mit dieser vom Gesetzgeber angelegten Struktur für die Verwaltung nicht vereinbar.

Der BFH gibt dem Vorrang des § 6 Abs. 3 EStG nur noch insoweit Raum, als er fordert, dass die Übertragung nach § 6 Abs. 3 EStG eine wirtschaftlich funktionsfähige, lebensfähige Sachgesamtheit voraussetze. Zweifelsfrei senkt der BFH hier die Anforderungen. Zum einen lehnt der BFH die Unterscheidung von funktional wesentlichen Wirtschaftsgütern und solchen, die nicht wesentlich sind, ab. Hierzu ist festzustellen, dass diese Differenzierung eine Vereinfachung bewirkt, die sich zugunsten der Steuerpflichtigen auswirkt. Wenn es bei § 6 Abs. 3 EStG auch auf nicht wesentliche Wirtschaftsgüter ankäme, würde dies Übertragungen deutlich erschweren. Mit dieser Differenzierung soll gerade zum Ausdruck kommen, dass es allein auf diejenigen Wirtschaftsgüter ankommt, die für den wirtschaftlichen Fortbestand der Sachgesamtheit erforderlich sind.

Zum anderen zeigt sich der BFH hinsichtlich der funktionalen Wesentlichkeit großzügig. Eine bloße schuldrechtliche Nutzungsbeziehung sei ausreichend. Damit öffnet der BFH die Sachgesamtheit in einer Weise, die für die Finanzverwaltung zweifeln lässt, ob die Existenz als Wirtschaftseinheit gewährleistet ist.

Im Unterschied zu Verwaltungsauffassung ist der BFH der Ansicht, dass überquotal übertragenes Sonderbetriebsvermögen an der Übertragung nach § 6 Abs. 3 EStG teilnehme und nicht § 6 Abs. 5 EStG folge. Diese Aussage muss als Folge der ebenfalls in dieser Entscheidung getroffenen Annahme gesehen werden, wonach sich die Frage, ob Sonderbetriebsvermögen quotal, über- oder unterquotal übergehe, anhand der Werte der Wirtschaftsgüter des Sonderbe-

triebsvermögens und nicht gegenständlich beurteile. Denn auf einen nur wertmäßig bestimmten überquotalen Anteil an einem Wirtschaftsgut des Sonderbetriebsvermögens ist die Sperrfrist des § 6 Abs. 5 EStG nicht anwendbar. Die Sperrfrist erfasst Wirtschaftsgüter und ist damit gegenständlich ausgerichtet. Folgerichtig weicht der BFH für die überquotale Übertragung auf die Regelung des § 6 Abs. 3 EStG aus.

Beide Annahmen leitet der BFH indessen aus § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG ab, der zu einer anteiligen (quotalen) Übertragung von Sonderbetriebsvermögen anhalte.

Hier zeigt sich, dass sich der BFH zum Missfallen der Finanzverwaltung von den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers entfernt hat, zugleich aber wirtschaftlichen Realitäten annähert. Die Regelung des § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG sollte eine Erleichterung der Übertragungen i.S.d. § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG sein, indem sie bei der Übertragung von Mitunternehmer(teil)anteilen hinsichtlich des Sonderbetriebsvermögens eine Öffnung bereitstellt. Hintergrund war, dass es die Betriebsübergabe erleichtern kann, wenn der Übertragende Wirtschaftsgüter des Sonderbetriebsvermögens zurückbehalten und als Instrument der Altersabsicherung der Mitunternehmerschaft zur Nutzung überlassen kann.

§ 6 Abs. 3 Satz 2 EStG hatte also den Charakter einer Ausnahme im Verhältnis zur Grundregel des § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG, die zugleich auch den Grundsatz der quotalen Übertragung beinhaltet. Denn dort wird die Übertragung von einem "Anteil eines Mitunternehmers" gesprochen. Ein solcher Anteil besteht aus dem Gesamthandsanteil und dem Sonderbetriebsvermögen. Behandelt § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG den Grundfall der quotalen Übertragung und § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG die Ausnahme der Zurückbehaltung von Sonderbetriebsvermögen, dann zeigt sich, dass diese Norm – anders als der BFH dies sieht – auf überquotale Übertragungen nicht anwendbar sein will. Vielmehr fällt die Übertragung, da nicht mehr von § 6 Abs.

3 EStG abgedeckt, in den Anwendungsbereich des § 6 Abs. 5 EStG. Diese aber kann angesichts der ökonomischen Realität auf Basis einer Beurteilung des Gesamtbilds der Verhältnisse sehr wohl und entgegen der Meinung der Finanzverwaltung neben § 6 Abs. 3 EStG existieren. Es entspricht der Absicht auch des historischen Gesetzgebers, die Unternehmensnachfolge durch § 6 Abs.3 und die Unternehmensumstrukturierung durch § 6 Abs. 5 EStG zu erleichtern – gerade in Fälle der Unternehmensnachfolge aber paaren sich sehr häufig beide Szenarien.

Die weitere Entwicklung bleibt hier abzuwarten. Setzt sich der BFH mit seiner Sichtweise durch, eröffnet dies jedenfalls gerade bei der Unternehmensnachfolge und damit einem für die steuerliche Gestaltungsberatung zentralen Thema erhebliches Gestaltungspotential.

H. Der Beteiligungsvertrag – Praxishinweise für Gesellschafter und Investoren

Langenhorst, Marius Christian; Thiel, Christina

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	163
Abbildungsverzeichnis	163
1 Form und Funktion eines Beteiligungsvertrages	164
2 Interessensgegensätze der Beteiligten	165
3 Investition und Milestone-Regelungen	167
4 Garantie-Regelungen	172
5 Mitwirkungsrechte	173
6 Anteilsübertragungen	174
7 Verwässerungsschutz	176
8 Sicherung des Exits	177
9 Fazit	178

Abbildungsverzeichnis

Abbildung H - 1: Inhalte des Beteiligungsvertrages	165
Abbildung H - 2: Gegensätzliche Interessen von Gesellschafter und Investor	167

1 Form und Funktion eines Beteiligungsvertrages

Ein Beteiligungsvertrag – auch Gesellschaftervereinbarung (Shareholder Agreement) genannt – dient dazu, dass sich die Gründer oder Altgesellschafter (im folgenden „Gesellschafter“ genannt) mit einem oder sogar mehreren Investoren auf die Konditionen der Finanzierung des Unternehmens einigen und sich über die jeweiligen Rechte und Pflichten abstimmen. Beteiligen sich Investoren an einem Unternehmen, geschieht die Übernahme von neuen Gesellschaftsanteilen in aller Regel im Rahmen einer Kapitalerhöhung und nicht durch den Kauf von Anteilen, da nur im ersteren Fall das Ziel verfolgt werden kann, das Eigenkapital einer Gesellschaft zu erhöhen und dem Unternehmen dadurch wie gewünscht zusätzliches Kapital zufließen zu lassen. Es geht in den einzelnen Bestandteilen des Beteiligungsvertrages maßgeblich darum, dass die grundsätzlichen Probleme der Finanzierung des Unternehmens gelöst werden, wobei in der Praxis alle Beteiligten für eine erfolgreiche Investition Schritte aufeinander zugehen müssen. Anders als eine Satzung ist der Beteiligungsvertrag nicht im Handelsregister zu veröffentlichen; der Inhalt kann demnach zwischen den Beteiligten vertraulich behandelt werden. Der Beteiligungsvertrag wird dabei in Form einer schuldrechtlichen Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern und den Investoren geschlossen, wobei die Satzung des Unternehmens in das investiert werden soll, nur soweit wie notwendig angepasst bzw. geändert wird. Alle weiteren – nicht notwendigerweise in der Satzung zu regelnden Inhalte – werden dann Gegenstand des Beteiligungsvertrages. Es ist also zwingend darauf zu achten, dass einzelne Klauseln des Vertrages, denen Satzungsqualität zukommt, später auch durch eine Änderung dieser Satzung durch eine Gesellschafterversammlung umgesetzt werden, da ansonsten diese Klauseln später innerhalb und gegenüber der Gesellschaft keine Wirkung entfalten. Obgleich der Beteiligungsvertrag grundsätzlich privatschriftlich zwischen den Parteien abgeschlossen wird, sind eventuell einzelne Inhalte notariell beurkundungspflichtig.

tig, z.B. die Vereinbarung eines Vorkaufsrechts über die GmbH-Anteile. Die bei Beteiligungsverträgen häufig verwendeten Vertragsklauseln sollen im Ergebnis zu einem wechselseitigen System von Anreiz- und Kontrollmechanismen führen, die die jeweiligen Interessensgegensätze erkennen und trotzdem einen für beide Seiten sinnvollen Ausgleich finden lassen.

Der Beteiligungsvertrag lässt sich grundsätzlich in die hier dargestellten wesentlichen Regelungsbereiche unterteilen:

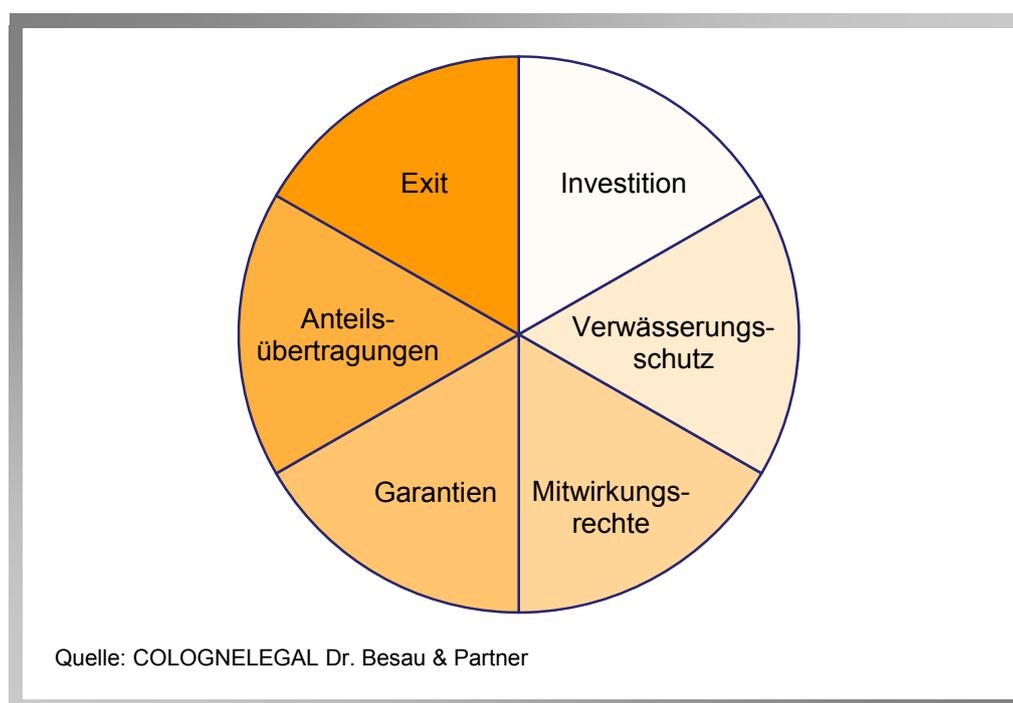


Abbildung H - 1: Inhalte des Beteiligungsvertrages

2 Interessensgegensätze der Beteiligten

Ziel der Gesellschafter ist es, dass das Investment in einer Summe getätigt wird und sie selbst möglichst wenig Einfluss an dem Unternehmen verlieren und möglichst geringe Angaben (Garantien) gegenüber den Investoren abgeben. Den Gesellschaftern wird es wichtig sein, dass sie einen möglichst großen Verhandlungsraum für Folgefinanzierungen mit diesen oder anderen Investoren haben, während die Investoren sich besonders um eine Verwässerung ihrer Anteilsquote fürchten und daher ihrerseits besondere Regelungen durchzusetzen versuchen. Die Investoren streben es an, dass im Ge-

genzug zum Erhalt möglichst vieler Anteile an dem Unternehmen möglichst wenig Kapital investiert wird. Zudem sind die Investoren in der Regel besonders darauf bedacht, das eingesetzte Kapital an sogenannte „Milestones“ zu binden und von den Gesellschaftern möglichst viele belastbare Garantien zu erhalten. Weiterhin ist es in der Regel im Interesse der Investoren, dass die operativ tätigen Gesellschafter dem Unternehmen erhalten bleiben, selbst aber möglichst einfach und mit möglichst großer Ertragszuweisung aus dem Unternehmen aussteigen können. Ebenso gegenläufig sind die Vorstellungen in der zukünftigen Stimmenverteilung. Während die Gesellschafter regelmäßig die Stimmenmehrheit behalten wollen, legen es die Investoren darauf an, dass die Stimmenverteilung an dem Kapitalbeitrag gemessen werden soll, der oftmals bei den Gründungsgesellschaftern aufgrund der Leistungserbringung in den Anfangsjahren der Gesellschaft meistens erheblich niedriger ausfällt als bei später hinzutretenden Investoren. Würden aber die Gesellschafter in jedem Fall die Stimmenmehrheit behalten, könnten sie die Investoren zukünftig in fast allen vorgenannten Punkten überstimmen. Es sollten also die Nachteile und Einschränkungen der jeweiligen Partei in einem objektiv vernünftigen Verhältnis zu dem Gewinn und der Zugeständnisse an die andere Partei stehen.

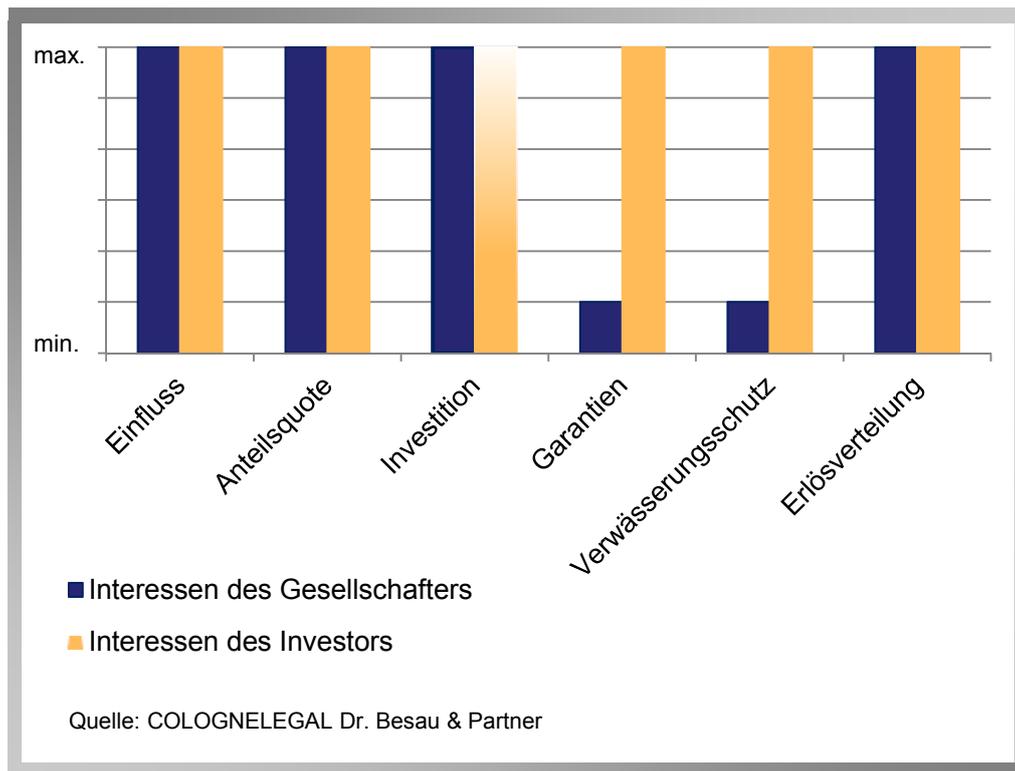


Abbildung H - 2: Gegensätzliche Interessen von Gesellschafter und Investor

Nachfolgend sollen die wichtigsten Inhalte eines Beteiligungsvertrages kurz dargestellt und mit Hinweisen für die Praxis erläutert werden.

3 Investition und Milestone-Regelungen

Ein Beteiligungsvertrag basiert auf der sogenannten Pre-Money-Bewertung. Das ist der Wert, der der Gesellschaft unmittelbar vor der Bereitstellung zusätzlichen Kapitals durch die Investoren zugemessen wird. Addiert man die Investitionssumme (Einlage der Investoren) hinzu, gelangt man zu der sogenannten Post-Money-Bewertung. Die Bewertung der Gesellschaft legt die Beteiligungsquote fest, die den Investoren mindestens einzuräumen ist. Der Beteiligungsvertrag enthält dabei regelmäßig Vereinbarungen über den Beitritt der Investoren. Dazu zählen die gesellschaftsrechtliche Umsetzung der Beteiligung (z.B. Kapitalerhöhung gegen Bareinlage) sowie weitere zu erbringende Leistungen der Investoren (z.B. Leistung einer Zuzahlung in die Kapitalrücklage). Ferner können

Vereinbarungen zur Verwendung des Beteiligungsbetrages getroffen werden (z.B. Finanzierung von Innovationen oder Sanierungszwecken). In diesem Zusammenhang ist es möglich, dass der Investor Regelungen über eine nachträgliche Anpassung seines Investitionsbetrages oder des Beteiligungsumfanges für den Fall treffen will, dass seine Erwartungen hinter der Entwicklung des Unternehmenswertes der Gesellschaft zurückbleiben. Immer häufiger wird in der Praxis allerdings auch das investierte Kapital zunächst in Form von Fremdkapital (Darlehen) eingebracht und erst kurz vor dem sogenannten „Exit“ in Anteile (Eigenkapital) umgetauscht. Dies hat für die Investoren den Vorteil, dass sie bis zur Umwandlung den Status eines normalen Gläubigers und damit auch im Insolvenzfall eine bevorzugte Stellung innehaben. Aus der Sicht des Unternehmens hat dies zwar den Nachteil, dass die Investition das Eigenkapital nicht stärkt, jedoch sind die Verhandlungspositionen im Rahmen einer solchen Gestaltung über Fremdkapital für die Gesellschafter in der Regel günstiger. Auch wenn der Verhandlungsspielraum bei Kapitalfinanzierungen insbesondere im Bereich des Risikokapitals (Venture Capital) grundsätzlich sehr groß ist, sind diesem in der Praxis gewisse Grenzen gesetzt. Während sich die Investoren nicht nur mit einigen Prozenten am Unternehmen abfinden, werden die Gesellschafter in der Regel nie mehr als 50% der Anteile abgeben. In der Praxis werden daher in der Regel die Beteiligungen zwischen 15 - 51% verhandelt.

Sofern es bei der Bewertung des Unternehmens große Unsicherheiten gibt, werden häufig sogenannte „Milestone-Regelungen“ angewandt, da diese eine Möglichkeit darstellen zu einer für beide Seiten akzeptablen Bewertung zu gelangen, in dem sie in einer ergebnisbezogenen Gestaltung des Beteiligungsvertrages bestehen. Als Meilensteine werden bewertungsrelevante Kriterien herangezogen, bei deren Erreichen sich die Bewertung der Gesellschaft erhöht, oder im gegenteiligen Fall die Bewertung reduziert. Seitens der Investoren besteht zudem die Möglichkeit durch die Milestone-

Regelungen das zur Verfügung gestellte Kapital an den tatsächlichen Liquiditätsbedarf der Gesellschaft anzupassen und damit die Risiken von Fehlinvestitionen bei Nichterreichen von vereinbarten Zielen deutlich geringer zu halten, zumal das Kapital in Teilbeträgen (Tranchen) der Gesellschaft zugeführt wird. Dieses sogenannte „Tranching“ weist große Ähnlichkeiten mit einer Stufenfinanzierung auf. Es bietet allerdings den Vorteil, dass keine neue Finanzierungsrunde mit den damit verbundenen Kosten notwendig ist. Während das Tranching in Europa üblich ist, wird dieses Verfahren in den USA sehr selten umgesetzt. Der Vorteil für die Investoren kann aber damit auch zugleich für einen Vorteil auf Seiten der Gesellschafter führen, da mit der Auszahlung von Teilbeträgen unter Abhängigkeit bestimmter Milestones-Regelungen die Gesellschafter dadurch besonders angehalten werden mit dem Investitionskapital vernünftig umzugehen und die im Beteiligungsvertrag definierten Ziele möglichst genau zu erreichen. Ferner kann durch die Milestone-Regelungen fixiert werden, dass zwei Finanzierungsrunden zu einer zusammengefasst werden, wenn die Bewertung für die zweite Runde für den Fall des Erreichens der Meilensteine bereits fest vereinbart ist. Es ist jedoch im Gegenzug zu berücksichtigen, dass der Handlungsspielraum der Gesellschafter durch diese vereinbarten Meilensteine erheblich eingeschränkt werden kann, welches im schlechtesten Fall dazu führen wird, dass das Unternehmen sich nur noch um die Einhaltung der vereinbarten Stichtage kümmert, um das Erreichen der nächsten Meilensteine zu erreichen, anstatt strategisch am Gesamterfolg des Unternehmens zu arbeiten. Grundsätzlich sind die Gesellschafter und Investoren in der Definition dieser Milestone-Regelungen frei, es finden sich jedoch immer wieder ähnliche Konditionen wie z.B.

- gesellschaftsbezogene Meilensteine, z.B. Bestellung einer neuen Unternehmensführung, Abschluss von Kundenverträgen, Gewinnung neuer Zulieferer, Einführung eines aktuellen Rechnungswesens etc.

- umsatz- bzw. ertragsbezogene Ziele, z.B. Festlegung eines bestimmten operativen Ergebnisses oder bestimmter Umsatzzahlen etc.
- produkt- und/oder projektbezogene Regelungen, z.B. Patente, neue Entwicklungen, Ausweitung des E-Commerce, Einführung von Zertifizierungen und Akkreditierungen etc.

Ein Ausgleich des Konfliktes zwischen den Investoren und Gesellschaftern auf Basis der Milestone-Regelungen kann im Rahmen des Beteiligungsvertrages dadurch gestaltet werden, dass den Investoren für den Fall, dass die Entwicklung des Unternehmens langsamer als vereinbart abläuft, das Recht eingeräumt wird, weitere Anteile zu einem günstigeren Preis zu kaufen. Demgegenüber kann den Gesellschaftern im Fall einer über den Erwartungen liegenden Entwicklung eine Prämie ausgelobt werden. Ziel dieser Milestone-Regelungen sollte es also sein, dass den Malus-Regelungen Bonus-Regelungen gegenübergestellt werden, um die beiderseitige Motivation zu fördern. Es empfiehlt sich im Falle von divergierenden Ansichten über die Beurteilung des Erreichens oder Nichterreichens von Milestone-Regelungen eine Schiedsgutachterklausel zu vereinbaren, in dem ein Dritter das Vorliegen oder Nichtvorliegen feststellt. Dadurch wird oft ein jahrelanger Rechtsstreit vermieden. Es sollte darauf geachtet werden, dass mehrere Dritte genannt werden, die nach der einzelnen Milestone-Regelung die Beurteilung zu treffen haben. So kommt insbesondere bei umsatz- oder ertragsbezogenen Zielen ein Wirtschaftsprüfer, z.B. der Abschlussprüfer der Gesellschaft, oder bei produkt- bzw. projektbezogenen Regelungen ein branchenbezogener Experte, z.B. über die IHK, in Betracht.

In der Praxis stellt das Nichterreichen der vereinbarten Meilensteine nicht nur die Unternehmen aus der Sicht der Gesellschaft vor Probleme, betroffen sind auch die Investoren. Um hier einen notwendigen Ausgleich zu schaffen werden in der Praxis verschiedene Anpassungen zur Bewertung in den Beteiligungsvertrag aufgenommen:

Alternative 1

Es findet im Rahmen der Investition nur eine Kapitalerhöhung statt. Die Zahlungen der Investoren erfolgen in die Kapitalrücklage der Gesellschaft gemäß § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB. Dies jedoch nur für den Fall, dass die Meilensteine auch erreicht werden. Da die Zahlungen in die Kapitalrücklage erfolgen ist hier eine flexible Aufteilung in verschiedene Beträge möglich. Die Flexibilität ist hier auch aus Sicht der Investoren ein wichtiges Merkmal, da sich beim Nichterreichen der Milestone-Regelungen die Beteiligungsquote erhöht. Diese Alternative wird oft in den Beteiligungsvertrag aufgenommen, wenn es unsicher ist, ob das Unternehmen auch nach der Kapitalerhöhung „lebensfähig“ bleibt.

Alternative 2

Auch hier wird eine Kapitalerhöhung durchgeführt, d.h. man geht ebenso wie bei Alternative 1 davon aus, dass die Zielbeteiligungsquote der Investoren voll erreicht wird. Es findet jedoch nur eine Zahlung der Investoren statt. Werden die Milestone-Regelungen nicht erreicht, dann verpflichten sich die anderen Gesellschafter den Investoren eine höhere Beteiligungsquote zu verschaffen. Dies kann dadurch geschehen, dass Gesellschaftsanteile abgetreten werden oder mittels Durchführung einer Kapitalerhöhung zum Nominalbetrag.

Alternative 3

Es besteht die Möglichkeit, die Investition in das Unternehmen von zwei Kapitalerhöhungen abhängig zu machen. Im Rahmen der ersten Kapitalerhöhung erhält der Investor Anteile aufgrund einer niedrigeren Bewertung der Gesellschaft, da zu diesem Zeitpunkt das Erreichen der vereinbarten Milestones noch nicht vorhergesehen werden kann. Sollten dann die vereinbarten Meilensteine erreicht sein, wird die zweite Kapitalerhöhung auf Grundlage einer erheblich höheren Bewertung des Unternehmens durchgeführt. Hierdurch wird erreicht, dass die Investoren kein sehr großes Risiko

eingehen, da sie zwar im schlechtesten Fall die ursprünglich avisierte Beteiligungsquote nicht erreichen, allerdings auch keine zweite Kapitalerhöhung durchgeführt wird und somit aufgrund der niedrigeren Bewertung zu Beginn eine höhere Beteiligung auf die Investoren entfällt.

Es besteht die Möglichkeit, die unterschiedlichen Alternativen auch untereinander zu verbinden. In jedem Fall ist es wichtig, hier eine Einzelfallentscheidung zu treffen, da jede Alternative auf den Beteiligungsprozess und das jeweilige Unternehmen angepasst werden sollte.

4 Garantie-Regelungen

Beteiligen sich Investoren im Rahmen einer Kapitalerhöhung an einem Unternehmen ist zu berücksichtigen, dass es bei dieser Form der Beteiligung an einem Unternehmen keine gesetzliche Gewährleistung wie beim Kauf einer Beteiligung gibt. Es ist daher von großer Bedeutung, dass durch die Investoren eine umfangreiche Due Diligence durchgeführt wird. Weiterhin sollten die Investoren in dem Beteiligungsvertrag entsprechende Regelungen zu Gewährleistungsrechten aufnehmen, um einen Anspruch auf Herstellung des garantierten Zustands und für den Fall einer Unmöglichkeit auch Schadensersatz verlangen zu können. In der Regel sind von den Garantie-Regelungen folgende Bereiche zu erfassen:

- den rechtlichen Bestand der Gesellschaft
- die Belastungsfreiheit des Unternehmensvermögens
- der Richtigkeit des letzten Jahresabschlusses
- den Umfang und Bestand von Vertragsbeziehungen zu Dritten
- einen bestimmten Zustand und Bestand des Anlage-, und Umlaufvermögens und der immateriellen Wirtschaftsgüter

Weiterhin werden in solchen Regelungen Erklärungen zu laufenden Gerichtsverfahren, über die Qualität und Anzahl der Arbeitnehmer,

bestehende Verträge im Banken- und Versicherungsbereich, sonstige Verträge von wesentlicher Bedeutung etc. getroffen. Aus Sicht der Gesellschafter sollte man jedoch versuchen die Haftung für die vereinbarten Gewährleistungen zu begrenzen. Die Garantien sollten in jedem Fall nicht verschuldensunabhängig, sondern nur nach Kenntnis/bestem Wissen abgegeben werden. Hierbei sollte aus Sicht der Investoren aber festgelegt werden, wer die maßgeblichen Wissensträger auf Seiten der Gesellschafter sind, also insbesondere die Mitglieder des Verhandlungsteams über den Beteiligungsvertrag und die verantwortlichen Mitarbeiter in den entsprechenden Fachabteilungen sowie die Geschäftsleitung, da ohne diese Präzisierungen ein erheblicher Auslegungsspielraum besteht. Aus Sicht der Gesellschafter ist es weiterhin sinnvoll eine Vereinbarung einer Haftungshöchstgrenze (Cap) oder einer Freigrenze (Basket) oder eines Freibetrages (Excess Only) zu regeln. Die Vereinbarungen zur Gewährleistung sollten dabei in jedem Fall ausdrücklich als abschließend anstelle des gesetzlichen Haftungssystems aufgenommen werden.

5 Mitwirkungsrechte

In einigen Beteiligungsverträgen wird die Stimmverteilung entsprechend dem jeweilig geleisteten Kapitalbeitrag und nicht nach der Anteilsquote aufgeteilt. Dies kann zu einer deutlichen Verschiebung der Machtverhältnisse führen, da die Gesellschafter die das Unternehmen gegründet haben, oft nicht mehr als das Stammkapital eingezahlt und mehr persönliche Leistungen investiert haben, während die Investoren viel Kapital gezahlt haben, aber trotz alledem nicht über die Mehrheit der Anteile verfügen. Eine Verteilung nach dem Kapitalbeitrag kann also zu einem sehr divergierenden Stimmenverhältnis im Vergleich zur Beteiligung führen. In diesen Fällen sollte man mit den Investoren, die trotz einer Minderheitsbeteiligung in jedem Fall Einfluss auf die Unternehmensgeschicke nehmen wollen, darauf hinwirken, dass Mitwirkungs-, Informations-

und Kontrollrechte gegenüber den üblichen Rechten eines Minderheitsgesellschafters ausgeweitet werden. Folgende Maßnahmen können hierzu vorrangig in Beteiligungsverträgen aufgenommen werden:

- Einflussnahme auf die personelle Besetzung von Organen
- Einrichtung eines Aufsichts- oder Beirates
- Umfassende Pflichten zum Reporting der Geschäftsführung
- Schaffung eines Katalogs für zustimmungsbedürftige Geschäfte
- Regelung zur Fassung von Gesellschafterbeschlüssen

Die Geschäftsführung des Unternehmens wird durch diese Regeln oft stark eingeschränkt, daher werden hinsichtlich der Mitwirkungsrechte vor dem Abschluss des Beteiligungsvertrages oft längere Verhandlungen zwischen den Parteien geführt. Bei der Abfassung des entsprechenden Kataloges der zustimmungsbedürftigen Geschäfte muss einerseits darauf geachtet werden, dass der Geschäftsführung ein ausreichender Spielraum verbleibt, um das Alltagsgeschäft selbständig abwickeln zu können, andererseits muss der Katalog der zustimmungsbedürftigen Maßnahmen so detailliert abgefasst werden, dass sämtliche außergewöhnliche Geschäfte von der Geschäftsführung nicht ohne vorherige Zustimmung vorgenommen werden können. Aus Sicht der Gesellschafter ist in diesen Fällen zu beachten, dass eine Bündelung ihrer Stimmrechte (Pooling) vereinbart werden sollte, damit diese ihr Stimmgewicht gegenüber den Investoren erhöhen.

6 Anteilsübertragungen

Die Gesellschafter und Investoren haben sich für eine gewisse Zeit zusammengeschlossen, arbeiten aber in unterschiedlichen Rollen auf eine Wertsteigerung des Unternehmens hin. Es würde ein ungerechtes Ergebnis hervorbringen, wenn eine Partei ihre Beteiligung veräußern und dabei die jeweils andere Partei „zurücklassen“ könn-

te. Dies hätte eventuell zur Folge, dass sich die Partei, die – aus finanziellen o.ä. Gründen – nicht mitveräußern kann, eventuell mit einem neuen Mitgesellschafter abfinden muss, der ihr tatsächlich nicht passt. Im Regelfall haben sowohl die Gesellschafter als auch die Investoren ein Interesse daran, unkontrollierte Gesellschafterwechsel auszuschließen. Weiterhin hätte die veräußernde Partei den gemeinsam geschaffenen Wert für sich selbst realisiert, ohne dass diese Gelegenheit der anderen Partei auch gegeben wäre. Weiterhin ist die Interessenslage der Investoren auch so gelagert, dass die Gründungsgesellschafter als „Köpfe“ dem Unternehmen erhalten bleiben sollen und sie in der Regel verlangen, wenn diese aus dem Unternehmen durch Anteilsverkauf ausscheiden, ebenfalls ihre Anteile veräußern zu wollen. Wenn die Investoren nicht über die Mehrheit der Anteile verfügen, ist diese Beteiligung am Markt oft nur mit erheblichen Abschlägen zu verkaufen, während sich die Situation ändert, wenn die Gesellschafter des Unternehmens gezwungen wären, ihren Anteil in diesen Fällen auch mit zu veräußern. In der Praxis ist hier besonders darauf einzuwirken, dass sich die Altgesellschafter bewusst werden, dass sie ihre Anteile damit gegen ihren Willen verlieren könnten. Eine sogenannte „Tag-along“ bzw. „Drag-along“ Klausel regelt das Mitveräußerungsrecht bzw. die Mitveräußerungspflicht in den oben genannten Fällen. Investoren halten sich zumeist ein Veräußerungsrecht in Beteiligungsverträgen vor. In solchen Klauseln wird dabei definiert, unter welchen Konditionen (Kaufpreis etc.) alle weiteren Gesellschafter (Gründer, Management) ebenfalls ihre Anteile verkaufen können (Tag-along) oder müssen (Drag-along).

Des Weiteren werden in Beteiligungsverträgen oft Regelungen zur sogenannten „Vinkulierung“ getroffen, da alle Gesellschafter ein großes Interesse daran haben, ein unerwünschtes Eindringen neuer Gesellschafter zu verhindern, da sich dadurch im allgemeinen die Beteiligungsverhältnisse nachträglich verändern. Dies wird dadurch erreicht, dass sich die Parteien darauf verständigen, die Übertra-

gung von Anteilen an Dritte bis zur Realisierung des „Exits“ zu verbieten oder zumindest erheblich einzuschränken. In der Regel fordern die Investoren in solchen Fällen zumindest, dass ihnen ein Vortrecht bei Übertragungen an Dritte eingeräumt wird oder sie diesen Übertragungen ausdrücklich zustimmen müssen. Hierbei ist besonders darauf zu achten, dass Übertragungen innerhalb von Familienunternehmen auf einen zuvor bestimmten Nachfolger ohne die Zustimmung der Investoren nicht möglich ist. Dies sollte bei der Nachfolgeplanung des Unternehmens zwingend berücksichtigt werden.

Außerdem lassen sich die Investoren in der Regel ein sogenanntes „Vorerwerbsrecht“ einräumen, mit dem verhindert werden soll, dass sich Dritte gegen den Willen der Investoren an der Gesellschaft beteiligen. Mit einer solchen Vereinbarung wird den Investoren das Recht eingeräumt, dass sie in einen zwischen dem Dritten und dem veräußernden Gesellschafter geschlossenen Vertrag eintreten können, wodurch dann der Vertrag mit den Investoren und Dritten zu den gleichen Veräußerungsbedingungen zustande kommt.

7 Verwässerungsschutz

Gerade wenn sich Investoren in einer frühen Phase an einem Unternehmen beteiligen, ist es sehr wahrscheinlich, dass die Aufnahme weiteren Kapitals notwendig sein wird. Erfolgt dies im Rahmen weiterer Kapitalerhöhungen, so steht den bisherigen Gesellschaftern ein anteiliges Bezugsrecht auf ihre neuen Anteile zu. Damit erhält jeder Gesellschafter seine bisherige prozentuale Beteiligung, sofern er sein Bezugsrecht ausübt. Es besteht aber die Möglichkeit, dass die Position der Investoren durch weitere Kapitalaufnahmen in zukünftigen Finanzierungsrunden angegriffen wird. Dies ist in der Regel dann der Fall, wenn einer späteren Finanzierungsrunde eine niedrigere Bewertung zu Grunde gelegt wird. Unter Verwässerung ist dabei die Verringerung der prozentualen Anteile von Gesellschaftern zu verstehen, wenn weitere Gesellschaftsanteile vergeben

werden. Ursächlich hierfür kann entweder eine ursprünglich zu hohe Bewertung oder auch eine negative Entwicklung des Unternehmens, eine sogenannte „Down-Round“, sein. Die bisherigen Investoren werden in diesem Fall darauf bestehen, dass sie so gestellt werden, als wenn sie selbst zu der späteren günstigeren Bewertung eingestiegen wären. Man spricht in diesen Fällen auch von einer sogenannten „Down-Round-Protection“. Dazu gehören u.a. eine Anti-Dilution-Klausel (Verwässerungsschutz), die den Investoren das Recht zusichert, den gezahlten Preis für ihren Anteil nachträglich zu reduzieren, falls eine weitere Finanzierungsrunde zu einem niedrigeren Preis je Anteil durchgeführt wird. Dies wird zum Beispiel dadurch erreicht, dass die Investoren weitere Aktien zum Nominalwert erwerben, und somit der Durchschnittspreis je Aktie sinkt. Ein weitere Möglichkeit einer „Down-Round-Protection“ wird durch die Vereinbarung von Bezugsrechten erreicht, in denen sich die Investoren das Recht zubilligen, an allen zukünftigen Finanzierungsrunden beziehungsweise bei jeder Ausgabe von neuen Eigenkapitalanteilen oder an in Eigenkapitalanteile wandelbaren Wertpapieren pro rata teilnehmen zu dürfen. Hierdurch ist sichergestellt, dass die Investoren sich gegen eine Verwässerung ihrer Vermögens- und Stimmrechtsposition schützen können.

8 Sicherung des Exits

Eine weitere Regelung, die im Beteiligungsvertrag geregelt werden muss, ist die der geplanten Investmentdauer und den damit verbundenen Parametern für den Ausstieg der Investoren. Die Investoren werden hierbei versuchen, sich für den Fall der Liquidation der Gesellschaft bzw. den Verkauf Vorzugskonditionen einräumen zu lassen. Diese sichern den Investoren einen bevorzugten Zugriff auf den Erlös, der bei der Auflösung oder dem Verkauf – dem sogenannten „Exit“ – des Unternehmens – in Teilen, als Ganzem oder im Zuge eines Asset bzw. Share Deals – anfällt. Von dem erzielten Verkaufserlös muss dann zunächst eine Zahlung an die Investoren ge-

leistet werden, die in der Regel ein bestimmtes Vielfaches der Investitionszahlung darstellt. Üblich sind hierbei Multiplikatoren zwischen eins und drei. Erst wenn die Vorrechtszahlung vollständig befriedigt ist, partizipieren die übrigen Gesellschafter am Erlös des „Exits“. Im Vergleich zu einem einfachen Eigenkapitaltitel verbessert sich durch ein Liquidationsvorrecht die Vermögensposition der Investoren, da sie relativ stärker an geringen Erlösen des „Exits“ teilhaben. Bei gleicher Investitionssumme kann somit die Beteiligungsquote verringert werden. Einen ähnlichen Effekt hat die Vereinbarung einer Vorzugsdividende. Diese sichert den Investoren eine bevorzugte Zahlung zu, die in der Regel einer Verzinsung von 6% bis 15% p.a. der Investitionssumme entspricht. Da jedoch laufende Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen die Liquidität belasten, ist die Dividende oft erst im Falle eines „Exits“ aus dem Veräußerungserlös zu zahlen, und zwar bevor andere Liquidationsvorrechte befriedigt werden. Damit entfaltet die Vorzugsdividende die Wirkung eines zeitabhängigen Liquidationsvorrechts.

9 Fazit

Der Beteiligungsvertrag ist ein geeignetes Instrument, die teils doch sehr unterschiedlichen Interessen und Rechte der Gesellschafter auf der einen, und der Investoren auf der anderen Seite, zusammenzuführen und ein Vertragswerk zu schaffen, welches eine langfristige Zusammenarbeit ermöglicht. Wenn beide Parteien bereit sind, Kompromisse zu schaffen, Ideen für die Gestaltung der Zusammenarbeit einzubringen und Kreativität mitbringen, können für die wesentlichen Inhalte des Beteiligungsvertrages – Schaffung von Garantie-Regelungen für den Zustand und der Bestandteile des Unternehmens, Sicherung der Minderheitsposition der Investoren durch Mitwirkungsrechte und den Werterhalt der Beteiligung durch Übertragungsregelungen und Verwässerungsschutz – schnell Lösungen gefunden werden, die für beide Seiten akzeptabel sind. Wichtig ist hierbei, dass die Gesellschafter viel Verständnis für die Anliegen der

**Investoren aufbringen, die Investoren im Gegenzug dieses aber
auch nicht überstrapazieren.**

I. Gestaltungsmöglichkeiten im Rahmen der Ausgabe von Genussrechten als Finanzierungsinstrument

Besau, Sascha Heinz-Josef

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	181
1 Wesen der Genussrechte.....	182
1.1 Abgrenzung zu Gewinnschuldverschreibungen	183
1.2 Abgrenzung zur stillen Gesellschaft	183
2 Vorteile von Genussrechten.....	184
2.1 Stärkung des wirtschaftlichen Eigenkapitals.....	184
2.2 Keine Änderung der Eigentumsrechte	184
2.3 Abzugsfähigkeit der Zinszahlungen bei steuerlichem Fremdkapital	184
2.4 Möglichkeit des öffentlichen Anbietens durch Zugang zum Kapitalmarkt	185
2.5 Abwendung einer Überschuldungssituation.....	185
3 Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten	186
3.1 Nachrangigkeit	187
3.2 Beteiligung am Unternehmensgewinn hinsichtlich der Verzinsung	187
3.3 Teilnahme am Unternehmensverlust mit dem „eingelegten“ Genussrechtskapital	188
3.4 Verteilung zwischen den Gesellschaftern und den Genussrechtsinhabern	189
3.5 Laufzeit und Kündigungsrechte	189
3.6 Keine gesellschaftertypischen Rechte.....	190
3.7 Gewährung sonstiger Rechte	190
4 Fazit	190

Im Rahmen von größeren Transaktionen und Unternehmenskäufen spielt die Frage der Finanzierung regelmäßig eine entscheidende Rolle. Ebenso kann das Finanzierungsthema im Bereich der Unternehmensnachfolge sowie der Sanierung von Unternehmen von wesentlicher Bedeutung sein. Einen Überblick über etwaige Gestaltungsvarianten und deren (steuer-)rechtlichen Grenzen sowie handels-bilanziellen Folgen zu verschaffen, soll Intention dieses Beitrags sein.

1 Wesen der Genussrechte

Genussrechte stellen unter anderem mangels gesetzlicher Definition sehr flexibel ausgestaltbare Finanzinstrumente dar.⁸⁶ Insbesondere aufgrund des Charakters als mezzanine Finanzierungsvariante zwischen Eigen- und Fremdkapital zeichnen sie sich für Unternehmen als vielseitig einsetzbare und damit auf die Bedürfnisse des Einzelfalls zugeschnittene Gestaltungsvehikel aus. Angesichts dessen verwundert es nicht, dass Genussrechte in der Literatur als „Allzweckwaffe“ im Bereich der Unternehmensfinanzierung bezeichnet werden.⁸⁷

Der Gesetzgeber verwendet den Begriff „Genussrechte“ in zahlreichen Gesetzen, ohne diesen jedoch bewusst legal zu definieren.⁸⁸ Die hierdurch seitens des Gesetzgebers gezielt gewährten Freiräume gilt es im Wege der Finanzierungsplanung auszunutzen, ohne deren rechtliche Grenzen zu überschreiten.⁸⁹

In der Literatur wird die Rechtsnatur von Genussrechten als „schuldrechtliche Ansprüche auf gesellschaftertypische Vermögensrechte“

⁸⁶ Vgl. hierzu bereits v. *Einem/Schmid*, in: Renaissance von Genussrechten, S. 91.

⁸⁷ So *Lühn*, Genussrechte, 2013, S. 5.

⁸⁸ Vgl. § 160 Abs. 1 Nr. 6 AktG, § 221 Abs. 3 AktG, § 10 Abs. 5 KWG, § 53c Abs. 3a VAG sowie § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG.

⁸⁹ In der damaligen Begründung des Justizministeriums heißt es: „Genussrechte sind in ihrer Ausgestaltung und ihrem Zweck nach derart mannigfaltig, und ihre Entwicklung ist noch so sehr im Fluss, dass eines ins Einzelne gehende Regelung auf diesem Gebiet nur hemmend wirken könnte. Ihre Ausgestaltung bleibt daher einstweilen zweckmäßig der Praxis überlassen.“

umschrieben.⁹⁰ Das Genussrecht erschöpft sich demzufolge in einem bloßen geldwerten Anspruch, ohne eine gesellschaftsrechtlich geprägte Mitgliedschaft als Quelle entsprechender mitgliedschaftlicher Rechte zu begründen.⁹¹ Der Inhaber des Genussrechts ist nicht konstituierender Teil der Gesellschaft, er steht dieser vielmehr als Dritter gegenüber.⁹² Die Ausgabe der Genussrechte kann auf einer Bar- oder Sacheinlage in die Gesellschaft beruhen oder gratis erfolgen.⁹³ Obgleich die Genussrechte lediglich im Aktiengesetz rechtsformspezifisch erwähnt werden, können diese auch im Rahmen jeder anderen Gesellschaftsform implementiert werden.⁹⁴ Abzugrenzen sind die Genussrechte insbesondere von Gewinnschuldverschreibungen sowie stillen Beteiligungen.

1.1 Abgrenzung zu Gewinnschuldverschreibungen

Je nach Ausgestaltung des Genussrechtes ist eine klare Abgrenzung zu Gewinnschuldverschreibungen schwierig. Im Leitsatz lässt sich jedoch festhalten, dass während Gewinnschuldverschreibungen eine gewöhnliche Obligation und damit einen festen und unbedingten Rückzahlungsanspruch begründen, ist das Genussrecht im Regelfall aus bilanziellen Gründen (siehe nachfolgend Punkt 3) durch eine Verlustteilnahme, sei es in Form einer Reduktion des Nennwertes der Forderung oder eines vereinbarten Nachrangs, gekennzeichnet.⁹⁵

1.2 Abgrenzung zur stillen Gesellschaft

Ebenso kann die Abgrenzung zur stillen Gesellschaft vor dem Hintergrund der Rückzahlbarkeit des „eingelegten“ Genussrechtskapitals im Einzelfall Probleme bereiten. Entscheidendes Abgrenzungskriterium dürfte jedoch regelmäßig sein, dass im Fall einer stillen

⁹⁰ *Habersack*, Münchener Kommentar zum AktG, Rdn. 64 zu § 221; *Seiler*, Spindler/Stilz, Kommentar zum AktG, Rdn. 22 zu § 221.

⁹¹ *Seiler*, Spindler/Stilz, Kommentar zum AktG, Rdn. 24 zu § 221.

⁹² *Habersack*, Münchener Kommentar zum AktG, Rdn. 84 zu § 221.

⁹³ *Habersack*, Münchener Kommentar zum AktG, Rdn. 85 zu § 221; *Seiler*, Spindler/Stilz, Kommentar zum AktG, Rdn. 25 zu § 221.

⁹⁴ *V. Einem/Schmid*, in: Renaissance von Genussrechten, S. 92.

⁹⁵ *Habersack*, Münchener Kommentar zum AktG, Rdn. 71 zu § 221.

Beteiligung gesellschaftsrechtliche Einsichts-, Kontroll- und Treupflichten eingeräumt werden, welche dem Genussrechtsinhaber grundsätzlich nicht zustehen und auch nur teilweise vertraglich eingeräumt werden können.⁹⁶

2 Vorteile von Genussrechten

2.1 Stärkung des wirtschaftlichen Eigenkapitals

Genussrechte haben insbesondere für mittelständische Unternehmen den Charme, dass das Genussrechtskapital bei entsprechender rechtlicher Ausgestaltung im Rahmen von Ratings, welche von Banken vor der Vergabe von Fremdkapital durchgeführt werden, als wirtschaftliches Eigenkapital bewertet werden kann, jedoch auf der anderen Seite im Sinne der Gesellschafter für den Investor keine mitgliedschaftlichen Rechte und Einflussnahmemöglichkeiten begründet.⁹⁷

2.2 Keine Änderung der Eigentumsrechte

Das Fehlen von Stimm- und anderen Gesellschafterrechten sowie die Beibehaltung der (familiären) Gesellschafterstruktur macht Genussrechte insbesondere als Finanzierungsinstrument für Familienunternehmen attraktiv. Die Unternehmensnachfolge kann somit ohne Aufnahme von Fremdkapital und ohne Beteiligung fremder Dritte innerhalb der Familie durchgeführt werden, was oftmals auch aus psychischer Sicht für den Ausscheidenden, der „sein“ jahrzehntelang aufgebautes Familien-Unternehmen nicht an Dritte veräußern will, wesentlich ist.

2.3 Abzugsfähigkeit der Zinszahlungen bei steuerlichem Fremdkapital

Anders als Dividenden an Gesellschafter können die Zinsen bei steueroptimierter Gestaltung als Fremdkapital seitens der Gesellschaft als Betriebsausgaben abzugsfähig sein.

⁹⁶ Siehe nachfolgend Punkt 3.6.

⁹⁷ V. Einem/Schmid, in: Renaissance von Genussrechten, S. 91.

2.4 Möglichkeit des öffentlichen Anbietens durch Zugang zum Kapitalmarkt

Schließlich können nicht börsenfähige Unternehmen, insbesondere die den Mittelstand prägenden Gesellschaften mit beschränkter Haftung, über die Emission eines Genussscheins Zugang zum Kapitalmarkt erlangen. Aufgrund des öffentlichen Anbietens der Genussrechte per Verkaufsprospekt können eine Vielzahl von Investoren (ähnlichem einem Fonds) angesprochen und erhebliche finanzielle Mittel „eingesammelt“ werden.

2.5 Abwendung einer Überschuldungssituation

Im Falle einer (anstehenden) Überschuldungssituation kann diese im Wege der Unternehmenssanierung durch Änderung der Eigenkapital- zu Fremdkapital-Quote der Gesellschaft abgewendet werden. Ein in der Praxis bewährtes Instrument ist der sog. Debt-Equity-Swap, bei dem -vereinfacht dargestellt- Fremdkapital in Eigenkapital umgewandelt wird. Um die mit der Generierung von Eigenkapital verbundenen Nachteile, insbesondere die Änderung der Eigentumsrechte, zu umgehen, bietet sich ein sog. Debt-Mezzanine-Swap an, bei dem Fremdkapital in Genussrechtskapital mit den oben genannten Vorteilen umgewandelt wird.⁹⁸

Zusammenfassung:

Im Idealfall kann durch eine Finanzierung mit Genussrechten bei optimaler Gestaltung wirtschaftliches Eigenkapital generiert und aufgrund Behandlung als steuerliches Fremdkapital die Verzinsungen als Betriebsausgaben abzugsfähig sein. Dieser Vorteil kann insbesondere im Rahmen der Unternehmenssanierung eine beachtliche Wirkung haben.

⁹⁸ Vgl. im Einzelnen *Beyer*, Die handels- und steuerrechtliche Behandlung eines Debt-Equity-Swap mit Genussrechten bei Kapitalgesellschaften, DStR 2012, S. 2199 ff.

3 Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten

Im Rahmen der Gestaltungsberatung ist es für den Erfolg der Finanzierungsstruktur entscheidend, neben der zivilrechtlichen Ausgestaltung auch die steuerlichen Folgen sowie die bilanzielle Behandlung im Fokus zu haben. Da beide Aspekte nicht separiert voneinander geplant werden sollten, erfolgen die weiteren Darstellungen auch unter Berücksichtigung dieser unterschiedlichen Gesichtspunkte, welche man sich bei der Verfassung der Genussrechtsbedingungen als Rechtsgrundlage für deren Ausgestaltung immer wieder vor Augen führen sollte.

Wie dem Wesen der Genussrechte zu entnehmen ist, stellen die den Genussrechtsinhabern eingeräumten Vermögensrechte die zentralen Merkmale und Gestaltungskriterien von Genussrechten dar.

Voraussetzung für die (handels-)bilanzielle Qualifizierung als Eigenkapital

Im Hinblick auf die einzelnen Vermögensrechte ist zu berücksichtigen, dass für einen handelsbilanziellen Ausweis als Eigenkapital folgende Voraussetzungen erfüllt sein müssen:

- Nachrangigkeit des überlassenen Kapitals (siehe nachfolgend Punkt 3.1)
- erfolgsabhängige Verzinsung (siehe nachfolgend Punkt 3.2)
- Verlustteilnahme in voller Höhe (siehe nachfolgend Punkt 3.3) sowie
- Überlassung des Genussrechtskapitals für einen längeren Zeitraum, mindestens fünf Jahre (siehe nachfolgend Punkt 3.5)

Nach der Stellungnahme des Hauptfachausschusses des Instituts der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. (HFA/IDW) sind die Verzinsungen im Rahmen von Genussrechten als Betriebsausgabe steuerlich zu berücksichtigen, sofern die vorgenannten bilanziellen Vo-

oraussetzungen zur Qualifizierung als Eigenkapital erfüllt sind.⁹⁹ Begründet wird dies insbesondere mit den Argumenten, dass die Verzinsung auf einem schuldrechtlichen Vertragsverhältnis beruhe und die Verzinsung des Genussrechtskapitals nicht den Gesellschaftern bei der Gewinnverwendung zur Verfügung stehe.

Um die Gestaltungsmöglichkeiten bezogen auf den jeweiligen Einzelfall unter Berücksichtigung der bilanziellen und steuerlichen Konsequenzen abwägen zu können, sollen die einzelnen Kriterien nachfolgend näher beleuchtet werden:

3.1 Nachrangigkeit

Der Rückzahlungsanspruch des überlassenen Genussrechtskapitals nach Laufzeitende bzw. Kündigung steht jedem Genussrechtsinhaber zu, sofern dieses nicht durch Verlustteilnahme tangiert ist. Die Rückzahlung erfolgt mithin ähnlich einem Darlehen, welches nach Beendigung des Vertragsverhältnisses zurück zu gewähren ist. Um diesen Fremdkapitalcharakter bilanziell zu umgehen, fordert die herrschende Meinung eine Art eigenkapitalmäßige Haftungsfunktion des Genussrechtskapitals in der Form, dass dieses im Fall der Insolvenz oder Liquidation der Gesellschaft erst dann als Rückzahlungsanspruch geltend gemacht werden kann, wenn zuvor alle Ansprüche der übrigen Gläubiger befriedigt wurden (sog. Nachrangigkeit). Um das Fremdkapital vor endgültigen Verlusten zu schützen, darf der Rückzahlungsanspruch der Genussrechtsinhaber daher nur durch eine Beteiligung am Liquidationsüberschuss oder durch einen sonstigen vom Wert des Unternehmens abhängigen Quotenteil ausgestaltet sein.¹⁰⁰

3.2 Beteiligung am Unternehmensgewinn hinsichtlich der Verzinsung

Ogleich dies rechtlich nicht zwingend erforderlich ist, gewähren Genussrechte im Regelfall eine Beteiligung am Erfolg des Unter-

⁹⁹ HFA/IDW, Stellungnahme 1/1994, S. 421 ff.; a.A. *Lühn*, Genussrechte, S. 86.

¹⁰⁰ *Lühn*, Genussrechte, S. 73.

nehmens in Form einer Verzinsung.¹⁰¹ Maßstab für den Erfolg sind meistens der Unternehmensgewinn bzw. der Liquidationserlös. Im Fall der Orientierung am Unternehmensgewinn haben sich folgende Verzinsungsformen etabliert:

- eine ausschließlich am Gewinn orientierte Verzinsung
- eine Mindest-Festverzinsung mit zusätzlicher Gewinnbeteiligung
- eine feste, allerdings „gewinnabhängige“ Verzinsung

Im letztgenannten Fall vermindert sich der Verzinsungsanspruch insoweit, als er nicht aus dem Gewinn der Gesellschaft bedient werden kann.¹⁰²

Insbesondere aus Sicht des Genussrechtsinhabers ist darauf zu achten, ob als Bemessungsgrundlage des „Gewinns“ die Höhe der Jahresüberschüsse, der ausschüttungsfähige Gewinn, der Bilanzgewinn oder die Dividenden in den Genussrechtsbedingungen statuiert werden. Sämtliche vorgenannten Konstellationen kommen in der Praxis vor und sind zulässig.¹⁰³

3.3 Teilnahme am Unternehmensverlust mit dem „eingelegten“ Genussrechtskapital

Im Zusammenhang mit der Genussrechtsgestaltung, ob und inwiefern eine gewinnabhängige Verzinsung erfolgt, bleibt zu differenzieren, ob das „eingelegte“ Genussrechtskapital im Falle von Verlusten tangiert wird, mithin ob sich der Rückzahlungsanspruch des Genussrechtsinhabers auch reduzieren kann. Dies wird bei Finanzierungsgenussrechten – abgesehen von Sanierungshintergründen – aus den geschilderten bilanziellen Gründen regelmäßig zu bejahen sein.¹⁰⁴ Hier verringern sich die Rückzahlungsansprüche der Genussrechtsinhaber regelmäßig qua Genussrechtsbedingungen automatisch um den Anteil am Verlust, welcher dem Verhältnis des Genuss-

¹⁰¹ *Habersack*, Münchener Kommentar zum AktG, Rdn. 76 zu § 221.

¹⁰² *Seiler*, Spindler/Stilz, Kommentar zum AktG, Rdn. 33 zu § 221.

¹⁰³ *Habersack*, Münchener Kommentar zum AktG, Rdn. 95 zu § 221.

¹⁰⁴ *Seiler*, Spindler/Stilz, Kommentar zum AktG, Rdn. 35 zu § 221.

rechtskapitals zum gesamten Eigenkapital inkl. Genussrechtskapital entspricht.¹⁰⁵ Gekoppelt wird die Verlustteilnahme vornehmlich an Besserungsabreden, wonach Gewinne folgender Geschäftsjahre vorrangig für die Wiederauffüllung des Genussrechtskapitals zu verwenden sind. Obgleich oftmals nicht ausdrücklich in den Genussrechtsbedingungen statuiert, ist es ratsam, für diese Fälle festzulegen, ob sich durch die Verlustteilnahme auch die Bezugsgröße, nämlich das „eingelegte“ Genussrechtskapital, anpassen soll oder weiterhin der „eingelegte“ Nennbetrag im Rahmen der Verzinsung zugrunde gelegt wird.

3.4 Verteilung zwischen den Gesellschaftern und den Genussrechtsinhabern

Neben den Genussrechtsinhabern sind die Gesellschafter an dem Unternehmen beteiligt und wollen an dessen Gewinn in Form von Dividenden partizipieren. Der „Gewinn“ der Gesellschaft ist damit zwischen beiden Parteien aufzuteilen.

Zur Bestimmung des Verhältnisses wird in den Genussrechtsbedingungen und im Gesellschaftsvertrag im Regelfall das Verhältnis von Grund- bzw. Stammkapital zum Nennbetrag des Genussrechtskapitals gewählt (sog. Nominalgenussrechte).¹⁰⁶ Um durch Kapitalmaßnahmen bedingte Veränderungen des Grund- bzw. Stammkapitals und damit des Aufteilungsverhältnisses zu vermeiden, können jedoch von vornherein fixe Quoten vereinbart werden, welche durch Kapitalmaßnahmen nicht tangiert werden (sog. Quotengenussrechte).

3.5 Laufzeit und Kündigungsrechte

Die Laufzeit von Genussrechten ist im Regelfall langfristig auf einen Zeitraum von mehr als fünf Jahren ausgelegt.

Um eine Planungssicherheit in der Finanzierung zu haben, wird ein ordentliches Kündigungsrecht in den Genussrechtsbedingungen in

¹⁰⁵ Seiler, Spindler/Stilz, Kommentar zum AktG, Rdn. 35 zu § 221.

¹⁰⁶ Seiler, Spindler/Stilz, Kommentar zum AktG, Rdn. 97 zu § 221.

nahezu sämtlichen Fällen abbedungen. Unberührt hiervon bleibt selbstredend das Recht zur außerordentlichen Kündigung, welches jedoch an hohe Voraussetzungen geknüpft sein dürfte.

3.6 Keine gesellschaftertypischen Rechte

Mangels mitgliedschaftlicher Beteiligung der Genussrechtsinhaber an der Gesellschaft und aufgrund des lediglich schuldrechtlichen Verhältnisses zur Gesellschaft stehen diesen qua Gesetz keine gesellschaftertypischen Rechte zu.¹⁰⁷ Insbesondere sind ihnen die Teilnahme an Gesellschafterversammlungen und die Ausübung von Stimm-, Anfechtungs- Bezugs- sowie Mitwirkungs- und Kontrollrechten nicht eingeräumt.¹⁰⁸ Abgesehen von bestimmten Auskunfts- und Kontrollrechten können diese gesellschaftertypischen Rechte auch nicht per (Genussrechts-)Vertrag auf die Genussrechtsinhaber übertragen werden.¹⁰⁹

3.7 Gewährung sonstiger Rechte

Schließlich kann die Investition von Genussrechtskapital für potentielle Investoren durch Einräumung sonstiger Rechte abgerundet werden. Beispielhaft wird in der Literatur das Recht, Einrichtungen der Gesellschaft zu nutzen sowie die Möglichkeit für den Investor interessante Dienstleistungen der Gesellschaft in Anspruch zu nehmen, genannt.¹¹⁰

4 Fazit

Genussrechte bieten gerade für mittelständische Unternehmen aufgrund ihrer rechtlichen Flexibilität eine sehr attraktive Gestaltungsmöglichkeit im Rahmen der Unternehmensfinanzierung dar. Im Hinblick auf die handelsbilanzielle Behandlung und die steuerlichen Konsequenzen der jeweiligen Ausgestaltung sollte die Finanzierungsplanung einzelfallspezifisch sämtliche vorgenannten As-

¹⁰⁷ Seiler, Spindler/Stilz, Kommentar zum AktG, Rdn. 24 zu § 221.

¹⁰⁸ Habersack, Münchener Kommentar zum AktG, Rdn. 119 zu § 221.

¹⁰⁹ BGH, NJW 1993, 400; Lühn, Genussrechte, S. 42.

¹¹⁰ Seiler, Spindler/Stilz, Kommentar zum AktG, Rdn. 22 zu § 221.

pekte berücksichtigen und hinsichtlich der zukünftigen Unternehmensentwicklung durchdenken.

J. Internationale Finanzermittlungen

Roßkamp, Mirko

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	193
1 Historie.....	195
2 Die rechtlichen Grundlagen nationaler Finanzermittlungen ..	197
2.1 Verfahrensunabhängige Finanzermittlungen.....	198
2.1.1 Geldwäschegesetz.....	199
2.1.2 Abgabenordnung.....	203
2.1.3 § 14 GWG / Zollverwaltungsgesetz	204
2.1.4 Verbot der Informationsweitergabe.....	204
2.2 Verfahrensintegrierte Ermittlungen.....	205
2.2.1 Die materiellen Grundlagen der Vermögens-	
abschöpfung.....	205
2.2.2 Vermögensabschöpfung im	
Ordnungswidrigkeitenrecht	208
2.2.3 Die prozessualen Grundlagen der Vermögens-	
abschöpfung.....	208
3 Internationale Ermittlungen.....	209
3.1 Verfahrensunabhängige Finanzermittlungen.....	211
3.2 Verfahrenabhängige Finanzermittlungen	211
3.2.1 Finanzermittlungen mit dem Ziel der Straf-	
tatenaufklärung	211
3.2.2 Finanzermittlungen mit dem Ziel der Vermögens-	
abschöpfung.....	214
4 Verteidigungsmöglichkeiten / Fazit	216

Mit dem zunehmenden Einsatz elektronischer Datenverarbeitung und dem elektronischen Datenaustausch durch die vielfältigen Möglichkeiten der Internetkommunikation in allen Bereichen des Lebens und der Wirtschaft, lässt sich auch ein zunehmender Einsatz dieser Technologien zu Fahndungs- und Ermittlungszwecken beobachten. Wie weit der Einsatz dieser Technologien mittlerweile reicht, lassen die Veröffentlichungen um den ehemaligen NSA Mitarbeiter Edward Snowden zwar nur erahnen, die Veröffentlichungen zeigen jedoch, dass sie offensichtlich viel weiter reichen als es bisher vorstellbar war.

Dieser Datenaustausch ist die Grundlage vielfältiger Finanztransaktionen im In- und Ausland, die zunehmend zum Gegenstand behördlicher Prüfung werden.

In Zeiten einer zunehmenden Globalisierung, aber auch der Zunahme technischer Möglichkeiten, hat sich unter dem Begriff der Finanzermittlungen ein Ermittlungsverfahren eigener Art entwickelt, das den Behörden weitreichende Eingriffskompetenzen gibt. Diese Eingriffskompetenzen, die unter der Rechtfertigung der Bekämpfung der organisierten Kriminalität und des Terrorismus geschaffen wurden, richten sich vermehrt auch gegen unbescholtene Bürger, ohne ihnen den Schutz der Strafprozessordnung zuzubilligen. Diese weitreichenden Eingriffsmöglichkeiten bedürfen in Zeiten, in denen Staaten gleich einem Hehler durch großzügige Honorierung offensichtlich schlecht bezahlter Bankmitarbeiter einen Anreiz schaffen, ihnen große Datenmengen durch zumeist kriminelle Handlungen zu beschaffen, einer besonders kritischen Kontrolle. Mit diesem Beitrag soll dem Leser ein Überblick über die Historie und insbesondere über die Entwicklungen und gesetzlichen Möglichkeiten im Bereich internationaler Finanzermittlungen ermöglicht werden.

1 Historie

Dem Instrument der Finanzermittlungen liegt der Gedanke zu Grunde dem Täter die Früchte seiner Tat zu entziehen, da sich Straftaten nicht lohnen dürfen, oder wie das dem Titel eines amerikanischen Comics der Nachkriegszeit entlehene und im Bereich der Finanzermittlungen immer wieder verwandte Schlagwort titelt: „Crime does not pay“.

Der Gesetzgeber hatte den Ermittlungsbehörden bereits 1975 in den §§ 73 ff StGB und §§ 111b ff StPO ein umfangreiches Instrumentarium an die Hand gegeben, um die Erträge aus Straftaten abzuschöpfen. Diese Regelungen führen aufgrund ihrer Komplexität und ihrer umfangreichen Bezüge zum Zivil- und Zivilprozessrecht lange Zeit ein Schattendasein. Einhergehend mit den europäischen und internationalen Bemühungen, die nationalen und internationalen Kapitalflüsse zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung zu überwachen, trat Mitte der 90er Jahre in der Bundesrepublik eine Situation des Umbruchs ein.

Auf internationaler Ebene wurden die Bemühungen um weitergehende Finanzermittlungen bereits 1989 anlässlich eines Gipfeltreffens zwischen den Staatschefs der G7-Staaten und dem Präsidenten der Europäischen Kommission in Paris mit der Gründung der FATF (Financial Action Task Force on Money Laundering, dem Arbeitskreis für Maßnahmen zur Geldwäschebekämpfung) umgesetzt. Die FATF versteht sich selbst als international führendes Gremium zur Bekämpfung der Geldwäsche und hat ihren Sitz bei der OECD in Paris.

Die Empfehlungen der FATF wurden auf europäischer Ebene zügig in geltendes Recht umgesetzt. Als eine der ersten Maßnahmen wurde die 1. Europäische Geldwäscherichtlinie vom 10.06.1991 verabschiedet. Diese Richtlinie verpflichtete die nationalen Gesetzgeber der EU-Staaten zur Schaffung von GeldwäscheGesetzen, um ei-

ne Harmonisierung der nationalen Vorschriften zur Bekämpfung der Geldwäsche auf europäischer Ebene zu bewirken.

In Umsetzung dieser Richtlinie wurde mit dem „Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität“ (OrgKG) vom 15. Juli 1992 (BGBl. I S. 1302) der Straftatbestand der „Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte“ als neuer § 261 in das Strafgesetzbuch (StGB) eingefügt und später das „Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten“ (Geldwäschegesetz – GWG) vom 25. Oktober 1993 erlassen.

Den Bestrebungen der Judikative folgte auch die Exekutive. Im Nachgang zum Erlass dieser Gesetze wurden Sonderdezernate und Abteilungen bei den Landeskriminalämtern und Staatsanwaltschaften eingerichtet, die mit gut geschulten Finanzermittlern und Staatsanwälten besetzt sind und seither Vermögenswerte in beträchtlicher Höhe sicherstellen. Der Erfolg dieser Maßnahmen wird durch den Umfang des beschlagnahmten Vermögens verdeutlicht, der von 5 Mio. DM (alte Bundesländer) im Jahr 1992 auf 367 Mio. € (alle Bundesländer) im Jahr 2008 angestiegen ist.

Im Jahre 1995 wurde im Egmont-Arenberg-Palast in Brüssel die sogenannte „Egmont-Gruppe“ (www.egmont-group.de) gegründet, bei der es sich um einen freien Zusammenschluss von derzeit über 120 Financial Intelligence Units (FIU) verschiedener Länder handelt, darunter auch die beim Bundeskriminalamt angesiedelte deutsche FIU. Die deutsche FIU wurde im Jahr 2002 beim Bundeskriminalamt gegründet und dient als Zentralstelle für Verdachtsanzeigen aus dem Bereich der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung. Ziel der Egmont-Gruppe ist die Förderung der Kontakte zwischen FIUs und die Errichtung von einheitlichen Standards in der internationalen Zusammenarbeit. Im Vordergrund der Arbeit steht der Austausch von Informationen zu Verdachtsanzeigen, um internationale Fälle der Geldwäsche oder auch die Finanzierung des Terrorismus

besser erkennen und bekämpfen zu können. Sowohl die EU als auch die im Bereich der Geldwäschebekämpfung maßgeblichen Gremien wie die FATF richten ihre Vorgaben und Beschlüsse nach den Empfehlungen der Egmont-Gruppe aus.

Seither hat der europäische wie auch der nationale Gesetzgeber eine Vielzahl weiterer Richtlinien bzw. Vorschriften erlassen, welche die Eingriffsmöglichkeiten erweitern und die Zusammenarbeit europäischer Behörden intensivieren sollen.

Den bereits beschriebenen Sonderdezernaten bei den Landeskriminalämtern und den Sonderabteilungen bei den Staatsanwaltschaften folgten Sonderabteilungen bei den Zollfahndungsämtern und beim Zollkriminalamt, aus denen sich gemeinsame Ermittlungsgruppen von Polizei und Zoll entwickelten, die seither als Spezialeinheiten bei den Landeskriminalämtern geführt werden. Auch die Finanzbehörden, insbesondere die Steuerfahndung, wurden mittlerweile vom Gesetzgeber in die Geldwäschebekämpfung mit eingebunden.

Durch die Vielzahl der Maßnahmen der Exekutive und der Legislative hat sich mittlerweile ein umfassendes Netz der Überwachung insbesondere der Wirtschaft gebildet, das nur noch schwer zu durchschauen ist.

2 Die rechtlichen Grundlagen nationaler Finanzermittlungen

Die auf internationaler europäischer Ebene geforderten bzw. beschlossenen Maßnahmen zur Durchführung von Finanzermittlungen wurden zu großen Teilen, sofern sie nicht bereits bestanden, in nationales Recht umgesetzt. Grundlage für die Durchführung von internationalen Finanzermittlungen ist daher zunächst das nationale Recht, das nachfolgend dargestellt wird.

Anlass für Finanzermittlungen geben entweder Straftaten bzw. der Verdacht einer solchen (sogen. strafatbezogene Ermittlungen) o-

der auffällige Finanztransaktionen (sogen. geldverkehrsbezogene Ermittlungen). Entsprechend dieser Anlässe werden die Ermittlungen entweder im Rahmen eines laufenden Ermittlungs- bzw. Strafverfahrens als verfahrensintegrierte oder allein aufgrund eines auffälligen Finanzgebarens als verfahrensunabhängige Ermittlungen geführt.

2.1 Verfahrensunabhängige Finanzermittlungen

Verfahrensunabhängige Finanzermittlungen gründen sich überwiegend auf den vielfältigen Meldepflichten, die der Gesetzgeber den am Wirtschaftsleben beteiligten Akteuren auferlegt hat. Diese Meldepflichten, die zur Aufdeckung illegaler Handlungen führen sollen, stellen eine Prävention eigener Art dar, die in der Strafverfolgung bzw. im Rahmen des polizeilichen Ordnungsauftrags als *Novum* gilt. Mit diesen Meldepflichten überträgt der Staat einen Teil seines eigenen strafrechtlichen Verfolgungsmonopols auf Dritte, indem er diese verpflichtet eigene Ermittlungen mit Berichtspflichten an staatliche Institutionen durchzuführen.

Die Zuständigkeit für verfahrensunabhängige Finanzermittlungen liegt bei der Staatsanwaltschaft. Erlangt diese Kenntnis von auffälligen Finanztransaktionen oder dem Vorhandensein erklärungsbedürftiger Vermögenswerte, kann sie im Wesentlichen auf der Grundlage des § 161 StPO weitere Informationen einholen. Hierfür stehen ihr eine ganze Reihe von Erkenntnisquellen zur Verfügung, die sich im Wesentlichen durch die in letzter Zeit intensivierete staatliche Kontrolle des Kapitalmarktes erschließen. Von zentraler Bedeutung sind dabei die Daten der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), die diese auf der Grundlage der Vorschriften der §§ 24c, 44–44c des Gesetzes über das Kreditwesen (KWG), § 83 des Gesetzes über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen (VAG) und § 2 des Börsengesetzes (BörsG) erhebt und auf die die Staatsanwaltschaft zugreifen kann. Ergänzt wird dieser

Informationsfluss durch kontinuierlich erweiterte Mitteilungspflichten der BAFin, aber etwa auch der Steuerbehörden.

2.1.1 Geldwäschegesetz

Der Ursprung aller verfahrensunabhängigen Ermittlungen ist das im Jahre 1993 erlassene Geldwäschegesetz (GWG), mit denen den Kreditinstituten Prüfpflichten auferlegt wurden, die geeignet sind geldwäscheverdächtige Transaktionen zu ermitteln. Mit der zweiten und dritten Geldwäscherichtlinie des europäischen Parlamentes und Rates sowie dem „Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität“ (1998) und dem „Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Geldwäsche und der Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus (Geldwäschebekämpfungsgesetz)“ wurde das Geldwäschegesetz umfassend novelliert und enthält mittlerweile Meldepflichten für nahezu alle am Wirtschaftsleben professionell beteiligte Berufsgruppen einschließlich der rechtsberatenden Berufe.

Die zentrale Norm des § 11 GWG legt fast allen am Wirtschaftsleben beteiligten Personen und Unternehmen die Pflicht auf, den Strafverfolgungsbehörden Anzeige zu erstatten, wenn Tatsachen vorliegen, die darauf hindeuten, dass es sich bei den Vermögenswerten um den Gegenstand einer der in § 261 StBG (Geldwäsche) genannten Straftaten handelt oder diese im Zusammenhang mit einer Terrorismusfinanzierung stehen.

Während die Zusammenhänge mit einer Terrorismusfinanzierung im täglichen Wirtschaftsleben nur selten vorkommen und regelmäßig nicht zu erkennen sein dürften, kommt den Vermögenswerten, die Gegenstand einer der in § 261 StGB genannten Straftaten sein können, eine weit größere – regelmäßig unterschätzte – Bedeutung zu.

Durch die Formulierung:

„Liegen Tatsachen vor, die darauf hindeuten, dass es sich bei Vermögenswerten, die mit einer Transaktion oder Geschäftsbeziehung im Zusammenhang stehen, um den Gegenstand einer Straftat nach § 261 des Strafgesetzbuchs handelt...“,

stellt der Gesetzgeber klar, dass für die Verdachtsmeldung kein strafrechtlicher Anfangsverdacht erforderlich ist, sondern nur Tatsachen darauf hindeuten müssen, dass es sich bei den Vermögenswerten um Erträge krimineller Aktivitäten handelt. Zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine verfolgbare Straftat sind nicht erforderlich.

Der Katalog der in § 261 StGB genannten Delikte verdeutlicht, wie schnell die Schwelle des „darauf hindeuten“ bei alltäglichen Geschäftsvorfällen erreicht sein kann. So gehören neben den Delikten der Schwerstkriminalität auch Straftaten wie Betrug (§ 263 StGB), Untreue (§ 266 StGB), aber auch Steuerhinterziehung (§ 370 AO) soweit sie gewerbsmäßig begangen werden, zu den sogenannten Katalogtaten des § 261 StGB.

Die zur Verdachtsmeldung Verpflichteten sind in § 2 GWG normiert. Zu Verdachtsmeldungen verpflichtet sind nicht nur Kreditinstitute, Versicherungen, Kapitalanlagegesellschaften, Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Immobilienmakler, sondern auch alle, die gewerblich mit Gütern handeln.

Durch diesen umfassenden Katalog ist nahezu jeder, der am Wirtschaftsleben teilnimmt, zur Abgabe entsprechender Verdachtsmeldungen verpflichtet. Während der Finanzsektor diese Pflichten bereits weitgehend in den täglichen Arbeitsablauf integriert hat, weist der Nichtfinanzsektor noch erhebliche Defizite auf. Wie weit diese Verpflichtungen gehen, vermag das nachstehende Beispiel zu verdeutlichen:

Handwerker H, der zuvor dem Besitzer des Autohauses angeboten hat einige Arbeiten ohne Rechnung auszuführen, möchte nunmehr einen Sportwagen zum Preis von 45tsd. € in bar erwerben.

Im vorliegenden Beispiel sind die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Verdachtsmeldung bereits erfüllt. Handwerker H ist, wie dem Besitzer des Autohauses bekannt ist, durchaus bereit seine Leistungen ohne Beteiligung des Finanzamtes abzurechnen. Da er über einen hohen Betrag in bar verfügt deutet dies darauf hin, dass er solche Geschäfte regelmäßig, also gewerblich betreibt und dieser Betrag auch aus diesen Geschäften stammt.

Das H möglicherweise auch im Lotto gewonnen oder geerbt haben könnte ändert hieran nichts, da tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die zumindest darauf hindeuten, dass das Geld aus einer gewerblichen Steuerhinterziehung stammen könnte.

Dass es sich hierbei nicht nur um ein erdachtes Beispiel handelt, ergibt sich aus dem Bericht des Landeskriminalamtes Nordrhein-Westfalen (LKA NRW) „Finanzermittlungen Lageplan 2012“, in dem von folgendem Fall berichtet wird, um den Nichtfinanzsektor seine Pflichten aufzuzeigen:

„Ein Autohaus meldete den Barkauf eines hochwertigen PKW im Wert von 45.000 €. Der Neukunde zahlte den Betrag in kleinen Einheiten. Das gestückelte Geld bestand aus verschiedenen Einhundert-, Zwanzig- und Zehn-Euronoten. Dem Kundenberater fiel auf, dass der nervös wirkende und anscheinend unter Zeitdruck stehende Neukunde erst nach mehrfachem Zögern bereit war, ein gültiges Personaldokument vorzulegen. Das Fahrzeug sollte unmittelbar mit dem mitgebrachten Ausfuhrkennzeichen nach Frankreich überführt werden.“

Das LKA NRW wertet bereits folgende Umstände als Verdachtskriterien im Sinne des § 11 GWG :

- Kunde verweigert bzw. ermöglicht erst nach Zögern eine Identifizierung,
- Kunde veranlasst Barzahlung mit gestückelten Geldscheinen,

- Kunde bringt Ausfuhrkennzeichen zum ersten Verkaufsgespräch mit,
- unmittelbare Überführung des Fahrzeuges ins Ausland.

Obwohl vom Personenkreis derjenigen, die gewerblich mit Gütern handeln, bereits aufgrund ihrer Vielzahl die überwiegende Zahl von Verdachtsanzeigen zu erwarten wäre, hat es im Jahr 2012 in Nordrhein-Westfalen nur 18 Meldungen (doppelt so viele wie im Vorjahr) gegeben.

Zu dieser Auffassung ist auch die FATF gelangt, die in ihrem Bericht von 2010 angemahnt hat, dass die Bundesrepublik Deutschland die generell bestehenden vorbeugenden Maßnahmen gegen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung in Unternehmen und Berufen außerhalb des Finanzsektors nicht einheitlich umsetzt.

Vor diesem Hintergrund wurden seitens der Landeskriminalämter verschiedene aufsichtsrechtliche Initiativen mit dem Ziel der Sensibilisierung gestartet. So wurden über die Verbände „Güterhändler“ (zum Beispiel Juweliere, Autohändler) angeschrieben und über den Stand der Umsetzung der Pflichten nach dem Geldwäschegesetz befragt. Da gerade diese Geschäftsfelder als besonders anfällig gelten, ist auch in Zukunft eine verstärkte Kontrolle und Überwachung zu erwarten.

Vor diesem Hintergrund sind gerade diese Berufsgruppen darauf hinzuweisen, dass das GwG für alle Verpflichteten grundsätzlich folgende Pflichten aufstellt:

- Identifizierung des Vertragspartners,
- Einholung von Informationen über Zweck und Art der angestrebten Geschäftsbeziehung,
- Ermittlung eines etwaigen wirtschaftlich Berechtigten hinter dem Geschäftspartner, und

- die kontinuierliche zu dokumentierende Überwachung der Geschäftsbeziehung,

die zu erfüllen sind, wenn eine Geschäftsbeziehung begründet wird, außerhalb einer bestehenden Geschäftsbeziehung einzelne oder mehrere Transaktionen im Wert von 15.000,00 € oder mehr erfolgen,

Tatsachen darauf hindeuten, dass es sich bei Vermögenswerten, die mit einer Transaktion oder Geschäftsbeziehung im Zusammenhang stehen, um den Gegenstand einer Straftat nach § 261 StGB handelt oder Zweifel bestehen, ob die erhobenen Angaben zu der Identität des Vertragspartners oder des wirtschaftlich Berechtigten zutreffend sind.

Verstöße gegen die Pflichten des GwG sind Ordnungswidrigkeiten. Es gilt derzeit ein nach verschiedenen Tatbestandsgruppen abgestufter Bußgeldkatalog, der je nach verletzter Pflicht und Schwere der Verletzung ein Bußgeld in Höhe von bis zu 100.000 € vorsieht.

Im Rahmen der Bestrebungen gegen die Geldwäsche vorzugehen, soll dieser Bußgeldkatalog zukünftig verschärft werden, so dass die Maximalhöhe eines Bußgelds für alle Verstöße gegen das GwG ohne tatbestandliche Differenzierung immer 100.000 € betragen; während in subjektiver Hinsicht bei allen Verstößen, die nach der aktuellen Rechtslage Vorsatz erfordern, zukünftig auch Leichtfertigkeit genügen soll.

Die Gewerbetreibenden, die mit Gütern handeln, werden daher gut daran tun, sich kurzfristig mit diesen Vorschriften zu beschäftigen und entsprechende Vorkehrungen zur Einhaltung der Vorgaben des GWG zu schaffen, um zukünftig empfindliche Geldbußen zu vermeiden.

2.1.2 Abgabenordnung

Ein weiterer Anlass für die Einleitungen verfahrensunabhängiger Finanzermittlungen wird durch die Abgabenordnung (AO) vorge-

geben. Die Finanzbehörden sind gemäß § 31b S. 2 AO unter Durchbrechung des Steuergeheimnisses verpflichtet, „Transaktionen unabhängig von deren Höhe oder Geschäftsbeziehung zu melden, wenn Tatsachen vorliegen, die darauf hindeuten, dass es sich bei Vermögenswerten, die mit einer Transaktion oder Geschäftsbeziehung im Zusammenhang stehen, um den Gegenstand einer Straftat nach § 261 des Strafgesetzbuchs handelt oder die Vermögenswerte im Zusammenhang mit Terrorismusfinanzierung stehen“.

Im Jahr 2012 wurden von den Finanzbehörden in Nordrhein-Westfalen 19 Verdachtsmeldungen abgegeben, wobei mit Interesse abzuwarten sein wird, ob die Flut der Selbstanzeigen zu der die Ankäufe von CDs mit Daten vorwiegend Schweizer Bankkunden geführt haben auch zu einer Zunahme dieser Verdachtsanzeigen führen wird.

Eine besondere praktische Bedeutung kommt dieser Vorschrift in Fällen zu, in denen die Finanzverwaltung zu der Auffassung kommt, dass die Transaktion im Zusammenhang mit einer möglichen Bestechung steht, da auch die Delikte der Bestechung (§ 332 StGB) und der Bestechlichkeit (§ 334 StGB) zum Tatbestandskatalog des § 261 StGB gehören.

2.1.3 § 14 GWG / Zollverwaltungsgesetz

Die Verpflichtung zur Abgabe von Verdachtsmeldungen trifft nicht nur die Finanzbehörden, sondern gemäß § 14 II GWG auch den Zoll, der nach § 12a Zollverwaltungsgesetz auch für die Überwachung des grenzüberschreitenden Bargeldverkehrs zuständig ist, der häufig Anlass für Verdachtsmeldungen gibt.

2.1.4 Verbot der Informationsweitergabe

Die überwiegende Zahl derer, die von einer Geldwäscheverdachtsanzeige betroffen sind, werden unter der Voraussetzung, dass sich der Verdacht nicht erhärtet, niemals von der Anzeige und den eingeleiteten Ermittlungen erfahren, da § 11 GWG dem Verpflichteten

untersagt, den Auftraggeber der Transaktion und sonstige Dritte von einer beabsichtigten oder erstatteten Meldung oder von einem daraufhin eingeleiteten Ermittlungsverfahren in Kenntnis zu setzen.

2.2 Verfahrenintegrierte Ermittlungen

Verfahrenintegrierte Ermittlungen basieren auf dem Verdacht einer sogen. abschöpfungsrelevanten Straftat. Sie werden regelmäßig aufgrund bestimmter Ermittlungsergebnisse in einem Ermittlungsverfahren aufgenommen. Der für die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens erforderliche Anfangsverdacht kann auf die verschiedensten Anlässe (Strafanzeigen Presseberichte etc.) zurückzuführen sein. Zunehmende Bedeutung haben aber auch die nicht verfahrenintegrierten Ermittlungshandlungen, die häufig einem konkreten Anfangsverdacht begründen der zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens führt.

Anders als die verfahrensunabhängigen Ermittlungen, mit denen zunächst das Vorliegen einer strafbaren Handlung ermittelt werden soll, zielen die verfahrenintegrierten Ermittlungen von Anfang an auf die Rechtsfolgenseite. Die Ermittlungen sollen vorläufige Maßnahmen der Vermögenssicherung im Ermittlungsverfahren und eine spätere Verfallsanordnung des Gerichts im Hauptsacheverfahren vorbereiten, um dem Straftäter nach seiner Verurteilung die Früchte seiner Tat zu entziehen.

Die rechtlichen Grundlagen der Vermögensabschöpfung, also dem Verfall von aus der Straftat erlangten Vermögenswerten und der Einziehung von zum Zwecke der Straftat verwandten bzw. für sie hergestellten Gegenstände, sind im Strafgesetzbuch (StGB) bzw. in der Strafprozessordnung (StPO) geregelt.

2.2.1 Die materiellen Grundlagen der Vermögensabschöpfung

Die §§ 73ff StGB schreiben vor, dass das Gericht den Verfall zugunsten des Staates für das, was der Täter oder Teilnehmer einer

rechtswidrigen Tat aus ihr erlangt hat (sogen „erlangtes Etwas“), anzuordnen hat. Rechtswidrige Taten sind nicht nur Vermögensstraftaten sondern alle Taten, d.h. auch solche die fahrlässig begangen wurden oder im Versuch steckengeblieben sind. Ein schuldhaftes Verhalten des Täters oder Teilnehmer ist nicht erforderlich. Die rechtswidrige Tat muss lediglich von der Anklage umfasst und vom Gericht festgestellt werden, damit das Gericht den Verfall bzw. die Einziehung anordnen kann.

Mit der Anordnung des Verfalls geht das Eigentum an dem „erlangten Etwas“ auf den Landesfiskus über. Auf die Anordnung des Verfalls kann im Rahmen der Strafverfolgung nur verzichtet werden, soweit die – vorrangigen – Rechte der durch die Straftat Geschädigten hierdurch verletzt würden. Zur Sicherung dieser Rechte sind die Ermittlungsbehörden zur sogen. Rückgewinnungshilfe verpflichtet, welche im Rahmen der prozessualen Grundlagen noch näher erläutert wird.

Unter dem „erlangten Etwas“ sind die aus der Tat gezogenen Vermögensmehrungen, über die der Verurteilte Verfügungsmacht hat oder hatte, abzüglich der Ansprüche des aus der Tat Verletzten und der auf dem Etwas lastenden Steuern zu verstehen. Sonstige immaterielle Vorteile wirtschaftlicher Art sind aus den Vermögensmehrungen auszuscheiden. Durch diese Formulierung hat der Gesetzgeber das sogenannte „Bruttoprinzip“ als Grundlage der Vermögensabschöpfung festgelegt. Nach dem Bruttoprinzip ist nicht nur der Gewinn, sondern ohne Rücksicht auf eigene Aufwendungen alles für verfallen zu erklären, was der Adressat der Vermögensabschöpfung für oder aus der Tat erlangt.

Die Anordnung des Verfalls ist nicht auf das unmittelbar „erlangte Etwas“ begrenzt; nach § 73 Abs. 2 StGB unterliegen auch Nutzungen und Surrogate, d.h. solche Gegenstände, die der Verfallsadressat durch die Veräußerung des erlangten Gegenstandes oder als

Ersatz für dessen Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung oder aufgrund eines erlangten Rechts erworben hat, dem Verfall.

Durch § 73 III StGB wird der Anwendungsbereich der Vermögensabschöpfung auch auf Dritte erweitert, die durch die Tat etwas erlangt haben. Fließt einem Dritten durch die rechtswidrige Tat ein Vermögensvorteil zu, so unterliegt auch dieser dem Verfall. Hierdurch ermöglicht der Gesetzgeber die Abschöpfungen von Gewinnen auch bei juristischen Personen, so z.B. wenn ein leitender Mitarbeiter mit Billigung der Geschäftsführung Spezialpapier unter Verstoß gegen das Außenwirtschaftsgesetz nach Serbien verkauft. Hierfür bedarf es auch keines speziellen Organ-, Vertretungs- oder Auftragsverhältnisses. Maßgeblich ist allein, dass der Täter oder Teilnehmer bei einer faktischen Betrachtung auch im Interesse des Dritten tätig wird.

Im Präventionsinteresse soll der Dritte, insbesondere juristische Personen, nicht risikolos auf das Behalten dürfen vertrauen können, sondern vielmehr zum Ergreifen organisatorischer Maßnahmen angehalten werden, um Straftaten auch von Mitarbeitern im eigenen Interesse entgegenzuwirken.

Ergänzend zu den Möglichkeiten des Verfalls hat der Gesetzgeber subsidiär die Möglichkeit des erweiterten Verfalls in § 73d StGB geschaffen. § 73d StGB stellt eine eigene Eingriffsgrundlage dar, die sowohl der Entziehung rechtswidriger Gewinne als auch der Effektivierung der Prävention dienen soll. Während der Verfall voraussetzt, dass das erlangte Etwas einer eindeutig bestimmbar rechtswidrigen Tat zugordnet werden kann, ist es für den erweiterten Fall ausreichend, dass tatsächliche Umstände die Annahme rechtfertigen, der Vermögensgegenstand sei aus oder für eine oder mehrere rechtswidrige Taten erlangt worden. Aufgrund des gelockerten Bezugs zwischen der rechtswidrigen Tat und dem Verfallsgegenstand einerseits und den weitreichenden Eingriff in die Rechte des Täters andererseits, findet der Verfall nur bei solchen Taten

Anwendung, die explizit auf die Vorschrift des § 73d StGB verweisen. Es handelt sich hierbei um Taten, die vorrangig der organisierten Kriminalität wie z.B. dem Rauschgifthandel, Verstöße gegen das Kriegswaffenkontrollgesetz, Außenwirtschaftsgesetz etc. zugeordnet werden.

2.2.2 Vermögensabschöpfung im Ordnungswidrigkeitenrecht

Die Möglichkeit der Anordnung des Verfalls ist aber nicht nur bei Straftaten, sondern auch bei der Begehung von Ordnungswidrigkeiten gegeben. Anders als im Strafrecht haben die Verfallsvorschriften im Ordnungswidrigkeitenrecht (§§ 29a, 30 Abs. 3 OWiG) nur untergeordnete Bedeutung. Dies liegt weniger daran, dass die Ordnungsbehörden von der Möglichkeit keinen Gebrauch machen, sondern an der Funktion der zu verhängenden Geldbuße, deren Höhe nicht nur anhand der Bedeutung der Ordnungswidrigkeit und des Vorwurfs zu bemessen ist (§ 17 Abs. 3 OWiG), sondern auch den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat übersteigen soll (§ 17 Abs. 4 OWiG).

Ein Rückgriff auf die Vorschriften des Verfalls ist daher nur in Fällen erforderlich, in den der gesetzlich vorgegebene Rahmen der Geldbuße für die Abschöpfung des Vermögensvorteils nicht ausreicht.

2.2.3 Die prozessualen Grundlagen der Vermögensabschöpfung

Die formellen Voraussetzungen zur Umsetzung der Vermögensabschöpfung einschließlich der vorläufigen Sicherungsmaßnahmen sind in den §§ 111b StPO geregelt.

Hiernach werden Gegenstände durch Beschlagnahme sichergestellt (§ 111b Abs. 1 StPO), während zur Sicherung des Wertersatzes der dingliche Arrest angeordnet wird (§ 111b Abs. 2 StPO).

Im Vorverfahren hat die Staatsanwaltschaft entsprechende Maßnahmen zu beantragen, deren Anordnung – außer in Fällen der Eil-

bedürftigkeit – ausschließlich dem Ermittlungsrichter und ab dem Zwischenverfahren dem Gericht der Hauptsache vorbehalten sind.

Aufgrund der Schwere des mit der vorläufigen Vermögensabschöpfung verbunden Eingriffs ist dieser – ähnlich der Anordnung der Untersuchungshaft – zeitlich beschränkt. Grundsätzlich besteht eine zeitliche Beschränkung der Maßnahme auf 6 Monaten, die das Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft wegen der besonderen Schwierigkeit oder des besonderen Umfangs der Ermittlungen oder eines anderen wichtigen Grundes um weitere 6 Monate verlängern kann, wenn die genannten Gründe ihre Fortdauer rechtfertigen. Eine Verlängerung über 12 Monaten hinaus kommt nur in Betracht, wenn dringende Gründe vorliegen – die Verhältnismäßigkeit vorausgesetzt – d.h. wenn die endgültige Anordnung der Vermögensabschöpfung in hohem Maße wahrscheinlich ist.

3 Internationale Ermittlungen

Mit der fortschreitenden Globalisierung haben auch die internationalen Bestrebungen zu einer Intensivierung der Finanzermittlungen mit dem Ziel einer möglichst umfassenden Überwachung und Datenspeicherung zugenommen. Von grundsätzlicher Bedeutung war die oben bereits ausgeführte Gründung der Egmont Gruppe, die einem internationalen Zusammenschluss von inzwischen über 120 internationalen Finance Intelligence Units darstellen, über die ein Großteil des internationalen Informationsflusses im Bereich der Geldwäsche erfolgte. In 2010 wurden über die beim Bundeskriminalamt angeordnete deutsche FIU insgesamt in 1000 Sachverhalten Informationen mit anderen ausländischen Behörden ausgetauscht, wobei den 840 Anfragen ausländischer Behörden 200 Anfragen aus Deutschland gegenüber standen.

Einen Ausblick auf die Zukunft der Finanzermittlungen erlaubt der Bericht des Rates der europäischen Union vom 3. Oktober 2012 (12657/2/12) mit "Schlussfolgerungen und Empfehlungen" im Be-

reich Finanzkriminalität und Finanzermittlungen. In diesem Bericht wird die Ausweitung der Finanzermittlungen gefordert, um damit "internationale Netze der organisierten Kriminalität zu zerschlagen". Die Mitgliedstaaten werden aufgefordert neue Kooperationsformen von Steuerbehörden, Polizei und dem Zoll aufzubauen, um komplexe und langwierige Ermittlungen im Bereich der Finanzkriminalität schneller voranzubringen. So soll eine Stelle für zentrale Finanzermittlungen eingerichtet werden, die mit Hilfe einer Analyse-Software, wie sie in Italien als "Redditometro" eingeführt wurde, Beziehungen und Verbindungen zu Personen oder Orten analysieren. Da der Rat Probleme bei der Beschaffung der hierfür erforderlichen qualitativ hochwertigen und umfangreichen Daten bei den nationalen Datenschutzregelungen sieht, sollen diese durch „maßgeschneiderte Vereinbarungen über den Datenaustausch“ auf EU Ebene umgangen und zur Erleichterung der operativen Zusammenarbeit Verbindungsbeamte zwischen den Dienststellen (EUROPOL und EUROJUST) benannt werden.

Auch wenn die Bestrebungen des Rates der europäischen Union nach einer umfassenden Datensammlung nach NSA-Vorbild noch nicht umgesetzt werden konnten, bietet die aktuelle Rechtslage bereits jetzt weitgehende Eingriffsmöglichkeiten, die aufgrund ihrer Regelungen in internationalen Verträgen, Übereinkommen, Abkommen aber auch nationalen Gesetzen nur schwer zu durchschauen sind. Die Regelungsflut ist so umfassend, dass nachstehend nur die wichtigsten Regelungen aufgeführt und dargestellt werden können, ohne dass dieser Beitrag einen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt.

Auch bei den internationalen Finanzermittlungen wird zwischen verfahrensabhängigen und verfahrensunabhängigen Ermittlungen unterschieden.

3.1 Verfahrensunabhängige Finanzermittlungen

Ausgangspunkt verfahrensunabhängiger Ermittlungen sind die Verdachtsanzeigen nach den jeweiligen Geldwäschegesetzen, die von den meldeverpflichteten Stellen oder von anderen FIU's an die nationale FIU gemeldet bzw. weitergeleitet werden.

Der FIU stehen dabei neben den bereits dargestellten nationalen Ermittlungsmöglichkeiten auch die Daten der weiteren FIUs zur Verfügung.

Verfahrensunabhängige Finanzermittlungen werden kraft Gesetzes geheim gehalten werden, so dass sie dem Betroffenen nur bekannt werden, wenn die gewonnenen Erkenntnisse zur Einleitung eines Strafverfahrens führen.

3.2 Verfahrensunabhängige Finanzermittlungen

Verfahrensunabhängige Finanzermittlungen werden im Bereich der internationalen Finanzermittlungen sowohl zum Zweck der Aufklärung von Straftaten und der Beweissammlung als auch speziell mit dem Ziel der Vermögensabschöpfung durchgeführt.

3.2.1 Finanzermittlungen mit dem Ziel der Straftatenaufklärung

Finanzermittlungen mit dem Ziel der Straftatenaufklärung werden im Wege der Rechtshilfe in Strafsachen durchgeführt. Die gesetzlichen Grundlagen für die zu leistende Rechtshilfe sind in multi- und bilateralen Verträgen geregelt und unterliegen dem Prinzip der Gegenseitigkeit, nach dem die Rechtshilfe nur zulässig ist, wenn auf Grund der vom ersuchenden Staat gegebenen Zusicherungen erwartet werden kann, dass dieser einem vergleichbaren Ersuchen des ersuchten Staates entsprechen würde.

Die grundlegenden Regelungen für die Rechtshilfe in Strafsachen in Europa enthält das Europäische Übereinkommen vom 20. April 1959 über die Rechtshilfe in Strafsachen. Dieses – vom Europarat ausge-

arbeitete – Übereinkommen gilt innerhalb seines Geltungsbereiches für die Leistung von Rechtshilfe in Justizstrafsachen sowie – innerhalb des Geltungsbereiches des EU-Rechtshilfeübereinkommens 29. Mai 2000 – auch für die Leistung von Rechtshilfe in Verwaltungsstrafsachen. Der Geltungsbereich ist nicht auf die Mitgliedstaaten der Europäischen Union beschränkt. Das Protokoll zum Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 16. Oktober 2001 begründet wechselseitige Verpflichtung der Mitgliedsstaaten zur Durchführung von Finanzermittlungen.

Die allgemeinen Regelungen werden für den Bereich der Finanzermittlungen durch die Konvention des Europarates über Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten vom 16.5.2005 ergänzt. Anders als ihre Vorläuferin bezieht die Konvention nicht nur die Finanzierung des internationalen Terrorismus ausdrücklich mit ein sondern berücksichtigt auch, dass sich dieser nicht nur aus illegalen sondern auch aus legalen Geschäften finanziert. Die Konvention verpflichtet die Vertragsstaaten zur Aufnahme solcher Regelungen, die erforderlich sind, um die in der UN-Konvention vorgesehen Maßnahmen zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus vom 09.12.1999 anwenden zu können. Danach muss jede Vertragspartei in der Lage sein, Vermögenswerte oder Erlöse legalen und illegalen Ursprungs, die ganz oder teilweise zur Finanzierung des Terrorismus genutzt oder bereitgestellt werden, suchen, aufspüren, identifizieren, einfrieren, beschlagnahmen oder konfiszieren zu können und den Mitgliedsstaaten zu diesem Zweck größtmögliche Kooperation gewähren.

Weitere Grundlagen für die Verpflichtung zur Durchführung internationaler Finanzermittlungen ergeben sich aus den Antikorruptionsabkommen der OECD, des Europarats und der UNO.

Auf Basis dieser Regelungen sind die Mitgliedsstaaten zur Mitteilung von Konten verpflichtet, die eine natürliche oder juristische Person, gegen die in einem anderen Mitgliedstaat ein Ermittlungsverfahren geführt wird, im Hoheitsgebiet des ersuchten Mitgliedstaates unterhält bzw. für die eine Vollmacht besteht. Angaben zu Kontenbewegungen sowie zur Identität des Überweisungsempfängers oder des Urhebers einer Überweisung haben die Mitgliedsstaaten ebenso zu erteilen, wie sie zur Überwachung von Kontobewegungen, die während eines bestimmten künftigen Zeitraums vorgenommen werden, verpflichtet sind.

Die geforderte enge Zusammenarbeit der Ermittlungsbehörden erfolgt dabei über das – auf Initiative der belgischen Regierung – im Jahre 1998 eingerichtete Europäische Justizielle Netz (EJN). Es besteht aus Kontaktstellen in sämtlichen EU-Staaten und zahlreichen assoziierten Kontaktstellen unter anderem in einigen Beitrittskandidatenstaaten. Diese Kontaktstellen können jederzeit und unmittelbar miteinander Verbindung aufnehmen. Darüber hinaus können über das EJN auch Kontakte zu einer vergleichbaren Einrichtung der Justizbehörden in Lateinamerika hergestellt werden. In Deutschland ist in jedem Bundesland eine Kontaktstelle eingerichtet worden, und zwar auf der Ebene der Generalstaatsanwaltschaften. Für den Bereich Terrorismus gibt es eine weitere Kontaktstelle beim Generalbundesanwalt, daneben für grundsätzliche Fragestellungen eine Kontaktstelle beim Bundesministerium der Justiz.

Die vorrangige Aufgabe der nationalen Kontaktstellen besteht darin, die justizielle Zusammenarbeit der Strafverfolgungsbehörden, vornehmlich in den EU-Staaten und insbesondere bei der Bekämpfung und Verfolgung der grenzüberschreitenden Schwerekriminalität (unter anderem auf den Gebieten des organisierten Rauschgift-handels, der Verschiebung von hochwertigen Kraftfahrzeugen, des Menschenhandels und der Schleusungskriminalität, aber auch in Fällen der internationalen Geldwäsche), zu fördern und zu be-

schleunigen. Die Kontaktstellen gewährleisten dabei durch die Bereitstellung von Informationen und Beratung zu rechtlichen und praktischen Fragen sowie durch die Herstellung von Direktkontakten zu den örtlich zuständigen Justizbehörden im Ausland eine nachhaltige Verbesserung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit. Die polizeiliche und operationelle Zusammenarbeit erfolgt über die Internationale kriminalpolizeiliche Organisation (Interpol), das europäische Polizeiamt (Europol) und Europäische Amt für Betrugsbekämpfung (OLAF).

3.2.2 Finanzermittlungen mit dem Ziel der Vermögensabschöpfung

Auch die Rechtsgrundlagen internationaler Finanzermittlungen zum Zwecke der Vermögensabschöpfung sind vielfältig und nur schwer durchschaubar. Von grundlegender Bedeutung ist die UN-Konvention gegen die Korruption von 2003 (Kapitel V) mit der sich die 111 Vertragsstaaten entschlossen haben, internationale Übertragungen unerlaubt erworbener Vermögenswerte wirksamer zu verhüten, aufzudecken, vor ihnen abzuschrecken und die internationale Zusammenarbeit bei der Wiedererlangung von Vermögenswerten zu stärken. Die Einzelheiten sind in Art. 31 (Einfrieren, Beschlagnahme und Einziehung) der Konvention geregelt. Hiernach hat jeder Vertragsstaat in dem größtmöglichen Umfang, den seine innerstaatliche Rechtsordnung zulässt, die erforderlichen Maßnahmen, um die Ermittlung, das Einfrieren, die Beschlagnahme oder die Einziehung der Erträge aus Straftaten, oder von Vermögensgegenständen, deren Wert demjenigen solcher Erträge entspricht sowie von Vermögensgegenständen, Geräten oder anderen Tatwerkzeugen, die zur Begehung von in Übereinstimmung mit diesem Übereinkommen umschriebenen Straftaten verwendet wurden oder bestimmt waren, zu ermöglichen. Auch die Früchte dieser Erträge aus Straftaten unterliegen – auch wenn sie aus legalen Geschäften stammen – in gleichem Maße dem Verfall. Auf europäischer Ebene

wird die Konvention durch die bereits erwähnte Konvention des Europarates über Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten vom 16.5.2005 ergänzt.

Durch den Beschluss 2007/845/JI des europäischen Rates werden die Mitgliedsstaaten zur Errichtung bzw. Benennung von nationalen Vermögensabschöpfungsstellen (AROs = AssetRecovery Offices) verpflichtet, die durch eine bessere Zusammenarbeit das möglichst rasche Aufspüren von Erträgen aus Straftaten in der gesamten EU unterstützen und ermöglichen sollen. Mit diesem Beschluss wurde das von Österreich, Belgien, Deutschland, Irland, den Niederlanden und dem Vereinigten Königreich am 22. - 23. September 2004 in Den Haag eingerichtete Camdener zwischenstaatliche Netz der Vermögensabschöpfungsstellen (Camden Asset Recovery Inter-Agency Network, CARIN) ergänzt. CARIN ist ein globales Netz von Angehörigen der Strafverfolgungsbehörden und von Experten, das zur Verbesserung der gegenseitigen Kenntnisse der Methoden und Techniken bei der grenzüberschreitenden Ermittlung, Einfrierung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten oder anderer Vermögensgegenstände im Zusammenhang mit Straftaten beitragen soll. In Deutschland wird die Aufgabe des ARO zweigeteilt durch die Staatsanwaltschaft im justiziellen und durch die Polizei im operativen und polizeilichen Bereich wahrgenommen. Die nationalen Ansprechpartner sollen durch eine bessere Zusammenarbeit das möglichst rasche Aufspüren von Erträgen aus Straftaten gewährleisten. Diese sollen Zugang zu allen für die Ermittlung und das Aufspüren von Vermögensgegenständen relevanten Datenbanken und Finanzinformationen haben. Über sie erfolgt der Austausch von Informationen und Ermittlungsstrategien. Der Informationsaustausch erfolgt dabei über das von Europol zum bilateralen Informationsaustausch verwandte SIENA Nachrichtenübermittlungssystem.

Als weitere Vorschriften im europäischen Rechtsraum sind die Rahmenbeschlüsse 2001/500/JI, 2003/577/JI, 2005/212/JI und 2006/783/JI zu nennen. Während die ersten beiden Beschlüsse und der letztgenannte Beschluss die Harmonisierung einiger Vorschriften über Einziehung und strafrechtliche Sanktionen für Geldwäsche und die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung regeln, zielt der Rahmenbeschluss 2005/212/JI darauf ab, sicherzustellen, dass die Mitgliedstaaten Maßnahmen in die Wege leiten, mit denen eine umfassendere Einziehung gewährleistet werden soll.

4 Verteidigungsmöglichkeiten / Fazit

Die unüberschaubare Vielzahl unterschiedlicher Rechtsvorschriften im Bereich der Finanzermittlungen ist auch für den Fachmann kaum noch zu überblicken. Sie sind von zunehmender Komplexität und begrenzen die Verteidigungsmöglichkeiten eines Verdächtigen bzw. Beschuldigten zunehmend. Durch die internationalen und europäischen Bestrebungen nach einer Ausweitung der Überwachung und der Stärkung der Kompetenzen der Ermittlungsbehörden werden die schützenden nationalen Regelungen des deutschen Rechts zunehmend erodiert.

Die Ermittlungsmechanismen und die tatsächliche Zusammenarbeit zwischen den verschiedenen Behörden auf nationaler und internationaler Ebene sind faktisch nicht mehr zu durchschauen.

In der Praxis ist zunehmend zu beobachten, dass bereits neutrale Geldgeschäfte mit dem Ausland, insbesondere mit arabischen Staaten, für sich allein Anlass genug sind Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Geldwäsche einzuleiten, um auf diesem Wege z.B. Durchschungs- und Beschlagnahmebeschlüssen zu erwirken. Es versteht sich von selbst, dass die Durchführung derartiger Maßnahmen für die Betroffenen eine große Belastung bedeuten, die vielfach – auch bei nachträglicher Einstellung des Verfahrens mangels Tatverdacht – erhebliche Nachteile wie z.B. eine Rufschädigung etc.

nach sich zieht. Vielfach folgen der Einleitung entsprechender Ermittlungsverfahren bereits zu Anfang der Ermittlung vorläufige Maßnahmen der Vermögenssicherung. Diese können bei den betroffenen Personen und Unternehmen schwerwiegenden Folgen wie Liquiditätsengpässe, Verlust der Kreditwürdigkeit etc. herbeiführen.

Die Verteidigungsmöglichkeiten gegen diese Maßnahmen, insbesondere die der vorläufigen Vermögenssicherung sind eingeschränkt. Sie beschränken sich im Wesentlichen auf Fragen des Tatverdachts, das Vorliegen eines Arrestgrundes – die Gefahr, dass eine zukünftige Vollstreckung vereitelt wird – sowie Fragen der Verhältnismäßigkeit.

Aufgrund dieser eingeschränkten Möglichkeiten handelt es sich um eine spezielle und äußerst komplexe Rechtsmaterie. Dies zeigt, dass eine qualifizierte Verteidigung im Falle der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens bzw. des Bekanntwerdens im Zusammenhang mit Finanzermittlungen unumgänglich ist, um den Gefahren schwerwiegender Folgen für die Betroffenen zu entgegen bzw. diese weitestgehend abzumildern.

In Anbetracht der weitreichenden Ermittlungsmöglichkeiten ist gegenüber dem Gesetzgeber – ungeachtet des Bedürfnisses nach einer effizienten Strafverfolgung auf dem Gebiet des Terrorismus und der organisierten Kriminalität – die Forderung zu erheben, den zunehmenden Eingriffsmöglichkeiten der beteiligten Behörden zur Vermeidung eines europäischen Überwachungsstaates Einhalt zu gebieten, da nur auf diesem Wege die Einhaltung der grundlegenden Bürgerrechte gewährleistet werden können. Dies gilt insbesondere da die zu beobachtende Fehlentwicklung aufgrund der komplexen Materie und der vielfältigen Regelungen erst dann auffällt, wenn diese Regelungen bereits verabschiedet sind.

K. Grundlegendes zur Arbeitgeberkündigung mit Checkliste und dem nachfolgenden Arbeitsge- richtsverfahren

Ahlborn, Ilkka-Peter; Niederhäuser, Jana

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	219
Abkürzungsverzeichnis	221
1 Vergleich als Regelfall vor dem Arbeitsgericht	222
2 Checkliste für die Arbeitgeberkündigung	225
2.1 Ordnungsgemäße Kündigungserklärung.....	226
2.1.1 Vorüberlegung: Abmahnung, fristgerechte oder fristlose Kündigung?.....	226
2.1.2 Schriftform, § 623 BGB und begründungsfrei	228
2.1.3 Zugang und Vertretung, § 130 BGB und § 164 + 174 BGB	231
2.2 Ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats, § 102 BetrVG	236
2.3 Besonderer Kündigungsschutz, z.B. § 9 MuSchG, § 18 BEEG, § 15 KSchG, § 85 SGB IX.....	239
2.4 Massentlassungsanzeige, § 17 KSchG	240
2.5 Allgemeiner Kündigungsschutz nach §§ 1, 23 KSchG.....	243
2.5.1 Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich, §§ 1 I, 23 KSchG	244
2.5.2 Soziale Rechtfertigung der Kündigung, § 1 I, II 1 KSchG.....	245
2.6 Keine Unwirksamkeit nach §§ 138, 242 BGB.....	246
2.7 Einhaltung der Kündigungsfrist, § 622 BGB.....	247
3 3-Wochen-Frist für Erhebung Kündigungsschutzklage, § 4 KSchG	250

4	Das Arbeitsgerichtsverfahren	251
4.1	Zuständigkeit für Kündigungsschutzklagen: Arbeitsgericht	251
4.2	Ablauf des Arbeitsgerichtsverfahrens	251
5	Grundlegendes zur Abfindung.....	253
6	Fazit	256
	Literaturverzeichnis	258

Abkürzungsverzeichnis

AG	Arbeitgeber oder Amtsgericht (sonst ggf. auch AG = Aktiengesellschaft als juristische Person)
AN	Arbeitnehmer
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
AuAR	Arbeit und Arbeitsrecht, Zeitschrift
AV	Arbeitsvertrag
BAG	Bundesarbeitsgericht, Entscheidungen abrufbar unter http://www.bundesarbeitsgericht.de
BAT	Bundes-Angestellten-Tarifvertrag
BAT-KF	Bundes-Angestellten-Tarifvertrag in kirchlicher Fassung
BB	Betriebsberater, Zeitschrift
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BPersVG	Bundespersönalvertretungsgesetz
BR	Betriebsrat
BV	Betriebsvereinbarung
DB	Der Betrieb, Zeitschrift
GF	Geschäftsführer
InsO	Insolvenzordnung
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
MAV	Mitarbeitervertretung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, Zeitschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungsreport, Zeitschrift
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, Zeitschrift
SGB	Sozialgesetzbuch (unterteilt in 12 Bücher SGB I-XII)
SprAuG	Sprecherausschußgesetz (Gesetz über Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten)
TV	Tarifvertrag
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz (Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge)
ZPO	Zivilprozessordnung

1 Vergleich als Regelfall vor dem Arbeitsgericht

Der Großteil aller arbeitsgerichtlichen Verfahren betrifft Bestandschutzstreitigkeiten, d.h. sehr oft Kündigungsschutzverfahren - zum Teil auch im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang nach § 613 a BGB.¹¹¹ Wenn der Arbeitgeber nicht ohnehin vorausschauend nur einen befristeten Arbeitsvertrag abgeschlossen hat, der durch Auslaufen (Zeitablauf oder Zweckerreichung) endet, stellt sich grds. folgendes Szenario ein: Der Arbeitgeber kündigt (i.d.R. aus

verhalts-, personen- oder betriebsbedingten Gründen), der zumeist rechtsschutzversicherte Arbeitnehmer sucht anwaltlichen Rat und quasi als Reflex zur ausgesprochenen Kündigung wird eine Kündigungsschutzklage erhoben. Dies ist mittlerweile fast schon ein Automatismus. Auch wenn wir die Arbeitnehmerseite beraten, prüfen wir sehr sorgfältig, ob ein Arbeitsgerichtsverfahren nicht doch aussichtsreich erscheint. Denn bekanntlich endet gefühlt bzw. statistisch gesehen etwa **90 %** aller arbeitsgerichtlichen Verfahren mit einem Vergleich nebst Abfindungszahlung. Dies nicht etwa weil es in Deutschland eine gesetzliche Verpflichtung zur Abfindungszahlung gäbe, wie viele Arbeitnehmer fälschlicherweise meinen. Auch nach 30-jähriger Beschäftigungsdauer und mehr hat der Arbeitnehmer grds. keinen Rechtsanspruch auf eine Abfindung, es sei denn es läge etwa ein (atypischer) Fall einer Sozialplanabfindung vor.¹¹² Allein die quälende Unsicherheit, ob die erklärte fristlose oder fristgerechte Kündigung nun wirksam ist oder nicht, also letztlich die drohende Annahmeverzugsproblematik, lässt viele Arbeitgeber zur Begrenzung der Prozessrisiken einen Vergleich abschließen. Denn wenn es nicht gerade um eine glasklare außerordentli-

¹¹¹ Siehe hierzu Statistiken des Bundesministeriums für Soziales und Arbeit unter <http://www.bmas.de/DE/Themen/Arbeitsrecht/Statistik-zur-Arbeitsgerichtsbarkeit/inhalt.html>.

¹¹² Zum Teil wird eine Abfindungszahlung auch in einer Betriebsvereinbarung (BV) oder einem Tarifvertrag (TV) geregelt.

che¹¹³ Kündigung z.B. wegen eines Vermögensdelikts, also etwa eines Diebstahls bzw. eines Betruges / einer Veruntreuung in gewisser Höhe geht, erfährt der Arbeitgeber erst nach einer Prozessdauer von ca. 4-6 Monaten¹¹⁴ in 1. Instanz, ob die Kündigung nun Bestand hat oder nicht. Selbst wenn der Arbeitgeber vorm Arbeitsgericht obsiegt, kann der unterlegene Arbeitnehmer immer noch Berufung zum Landesarbeitsgericht einlegen und ggf. dort nach einer Gesamtprozessdauer von 12-18 Monaten und mehr obsiegen. Dies würde im Ergebnis dann dazu führen, dass der Arbeitgeber Gehalt bzw. Lohn für 1 Jahr und mehr nebst Zinsen nachzuzahlen hätte und das Arbeitsverhältnis zudem immer noch fortbesteht. Dies wäre nicht nur finanziell sehr unglücklich (Zahlung eines Jahresgehalts **ohne** Arbeitsleistung / Gegenleistung), in einem kleineren Betrieb käme zudem die Schmach dazu, den gekündigten AN nach verlorenem Prozess auch noch weiterbeschäftigen zu müssen.

Eben dieses geschilderte Szenario in Form eines drohenden Annahmeverzugsrisikos führt generell dazu, dass ein Vergleich mit Abfindungszahlung vor dem Arbeitsgericht an der Tagesordnung ist und eine streitige Entscheidung mittlerweile rechtstatsächlich die seltene Ausnahme darstellt. Begünstigt wird dieser Verlauf durch folgende Faktoren: Der Arbeitsrichter möchte in aller Regel auch lieber einen „schnellen Vergleich“¹¹⁵ abschließen, anstatt einen um-

¹¹³ Weitere Ausnahme z.B. § 112 BetrVG Interessenausgleich über Betriebsänderung mit Sozialplan: In diesen Fällen regelt § 1 V KSchG Folgendes: „Sind bei einer Kündigung auf Grund einer Betriebsänderung nach § 111 BetrVG die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, in einem Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat **namentlich** bezeichnet, so wird vermutet, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne des Abs. 2 bedingt ist. Die soziale Auswahl der Arbeitnehmer kann nur (noch) auf **grobe Fehlerhaftigkeit** überprüft werden.“

¹¹⁴ Die Mehrzahl der Verfahren wird nach spätestens 6 Monaten in 1. Instanz abgeschlossen, jedoch dauern Arbeitsgerichtsverfahren I. Instanz oft auch 6-12 Monate und länger (2. Instanz noch nicht berücksichtigt), vgl. <http://www.arbeitsgerichtsverband.de/Statistik%20ArbGe.htm>.

¹¹⁵ Auch das formelle Prozessrecht – speziell beim Arbeitsgericht – hat generell eine gütliche Einigung in jeder Lage des Prozesses im Blick (vgl. § 54 I 1 ArbGG bzw. allg. § 278 I f. ZPO: „Das Gericht soll in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht sein.“). Zudem gibt es nun auch die Möglichkeit eines Mediationsverfahrens bzw. eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung (vgl. neuerdings § 54 a ArbGG, im Zivilprozess: § 278 a ZPO).

fangreichen Kammertermin ggf. mit Zeugenvernehmung usw. durchzuführen und im Anschluss ein fundiertes Urteil schreiben zu müssen, was deutlich mehr Zeit kostet. Auch die enorme Arbeitsbelastung durch hohe Fallzahlen veranlasst den Arbeitsrichter generell einen Vergleich anzuraten, denn ansonsten wäre das Pensum auch kaum zu bewältigen. An einem Sitzungstag werden Güteverhandlungen generell im 15-Minuten-Takt terminiert. Selbstverständlich drängen auch die Anwälte als Prozessbevollmächtigte generell auf einen Vergleich, zum einen sicherlich um den oben geschilderten Prozessrisiken zu begegnen, zum anderen aber auch vor dem Hintergrund, dass durch einen Vergleichsabschluss eine zusätzliche Einigungsgebühr (früher Vergleichsgebühr) entsteht. Neben dem anwaltlichen Gebühreninteresse (weniger Arbeit verknüpft mit einem höheren Honorar) wird ein Vergleich vor dem Arbeitsgericht aber zudem noch besonders kostenrechtlich gefördert: Denn im Falle eines Vergleichsabschlusses entstehen keine Gerichtsgebühren.¹¹⁶ Nun tritt noch die gebührenrechtliche Besonderheit hinzu, dass der AN wie auch der AG ihren Anwalt im Arbeitsrecht außergerichtlich wie auch im Verfahren 1. Instanz vor dem Arbeitsgericht stets selbst bezahlen müssen.¹¹⁷ Dies bedeutet, dass ein Vergleich im arbeitsgerichtlichen Verfahren deutlich schneller erzielt werden kann. Denn die vom „normalen“ Zivilgericht¹¹⁸ bekannten, leidigen Diskussionen, wer nun welche Kosten mit welcher Quote (mit oder ohne Vergleichskosten) zu tragen hat, entfallen. Dies ist sicherlich mit ein wesentlicher Aspekt, warum so viele Vergleiche vor dem Arbeitsgericht geschlossen werden. Letztlich werden auch die Gerichte ent-

¹¹⁶ Im normalen Zivilprozess (vor dem AG bzw. LG) reduzieren sich die Gerichtskosten nur von 3 auf 1 Gerichtsgebühr.

¹¹⁷ Es sei denn eine Rechtsschutzversicherung übernimmt die RA-Kosten oder der Partei wird PKH (Prozesskostenhilfe) gewährt. Eine RS-Versicherung im Bereich des Arbeitsrechts ist daher nicht nur Arbeitnehmern, sondern auch Arbeitgebern dringend anzuraten. Es ist auch so, dass zunehmend Unternehmen / Arbeitgeber rechtsschutzversichert sind – insb. wenn es sich um Bereiche mit hoher Fluktuation und damit vielen Arbeitsgerichtsverfahren handelt.

¹¹⁸ Amtsgericht (AG), Landgericht (LG) bzw. Oberlandesgericht (OLG) und BGH.

lastet und es wird stärker eine Art Befriedigung beider Parteien erreicht.

Kurzum, Vergleiche vor dem Arbeitsgericht sind der Regelfall und streitige Entscheidungen eher selten. Dennoch sollte der seinem Berufsethos verpflichtete Anwalt im Einzelfall auch zu einem Urteil raten, wenn die Sach- und Rechtslage eindeutig ist, das Prozessrisiko damit überschaubar und die eigene Partei ein schnelles Erledigungsinteresse nicht hat. Der Arbeitgeber wie auch der Arbeitnehmer sind aber stets gut beraten, im Falle einer Kündigung anwaltliche Hilfe in Anspruch zu nehmen. Der AG sollte im Idealfall bereits den Ausspruch der Kündigung durch einen Rechtsanwalt sehr genau prüfen und begleiten lassen – denn es gibt eine Vielzahl an Fehlerquellen! Es ist deutlich günstiger den RA zu bezahlen als im Nachgang mehrere Monatsgehälter (ggf. sogar ein Jahresgehalt und mehr!) ohne Gegenleistung. Es gilt der Grundsatz: Guter Rat ist (mitunter) teuer, schlechter unbezahlbar.¹¹⁹

2 Checkliste für die Arbeitgeberkündigung

Die nachfolgende Darstellung beschäftigt sich im Schwerpunkt mit den grundlegenden Prüfungspunkten einer arbeitsrechtlichen Kündigung in der Praxis, kann aber aufgrund der Vielgestaltigkeit aller Kündigungssachverhalte selbstverständlich keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben. Wir vertreten Arbeitgeber wie Arbeitnehmer, so dass jeweils auf die einschlägigen Besonderheiten (z.T. auch nur kurz) eingegangen wird. Es ist klar: Ein Fehler, den der Arbeitgeber bei Kündigungsausspruch begeht, wird sich der Arbeitnehmer bzw. dessen Anwalt zu Nutze machen. Der vorliegende Beitrag enthält damit zwar eine kurze „*Checkliste für die Arbeitgeberkündigung*“, ist aber – wie dargestellt – auch für die Arbeitnehmerseite von ungeheurer Wichtigkeit.

¹¹⁹ DAV-Slogans: *Ein Anwalt ist günstiger als kein Anwalt. Die meisten „Unfälle“ passieren am Schreibtisch. Eine Unterschrift kann Sie reich machen oder ruinieren.*

2.1 Ordnungsgemäße Kündigungserklärung

Dem ersten Prüfungspunkt der ordnungsgemäßen Kündigungserklärung ist besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Denn der Arbeitgeber muss (mit Hilfe seines Anwalts bzw. der Rechtsabteilung) zunächst entscheiden, ob der Arbeitnehmer fristlos (außerordentlich) oder fristgerecht (ordentlich) gekündigt werden soll. In jeder fristlosen (sofortigen) Kündigung steckt dabei als Minus auch immer eine fristgerechte Kündigung, d.h. die Willenserklärung kann in diesem Sinne gem. § 140 BGB ausgelegt bzw. umgedeutet werden.¹²⁰ Bedeutsam ist zudem, wer die Kündigung unterschreiben darf. Besonderer Beachtung bedarf insbesondere der Zugang der schriftlichen Kündigung. Denn was nützt eine schriftliche Kündigung, die nicht zugeht und damit keine Rechtswirkungen entfaltet.

2.1.1 Vorüberlegung: Abmahnung, fristgerechte oder fristlose Kündigung?

Aufgrund der Vielgestaltigkeit aller kündigungsrelevanten Sachverhalte kann an dieser Stelle naturgemäß nicht auf alle erdenklichen Konstellationen eingegangen werden. Nur so viel: Wenn eine fristlose / außerordentliche Kündigung in Betracht gezogen wird, müssen die Anforderungen des § 626 BGB zwingend erfüllt sein. Es muss also an sich ein wichtiger Grund in Form eines massiven Fehlverhaltens des Arbeitnehmers vorliegen und zudem ist eine individuelle Interessenabwägung im Einzelfall erforderlich.¹²¹ Selbst wenn also ein wichtiger Kündigungsgrund gegeben ist, können Umstände, wie eine lange Betriebszugehörigkeit etwa dazu führen, dass das Interesse des Arbeitgebers an einer sofortigen Beendigung zurückstehen muss, so dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der regulären Kündigungsfrist zumutbar bzw. er-

¹²⁰ Vgl. hierzu Palandt, 71. Aufl. 2012, § 140 Rn. 9 m.w.N.

¹²¹ Vgl. hierzu ausführlich die einschlägigen Kommentierungen, wie z.B. Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht.

forderlich ist.¹²² Denn eine fristlose Kündigung darf immer nur „*ultima ratio*“, also letztes Mittel sein. Auch im Falle einer fristgerechten / ordentlichen Kündigung muss überlegt werden, ob eine Änderungskündigung nicht angezeigt bzw. erforderlich ist. Am besten ist es sicherlich, direkt in der Betreffzeile klar zu stellen, was nun für eine Kündigung ausgesprochen wird, also insb. fristgerecht oder doch fristlos. Auch wenn der Wortlaut des Kündigungsschreibens nach §§ 133, 157 BGB ausgelegt wird, ist eine klare Bezeichnung anzuempfehlen.

Wenn der Arbeitnehmer allgemeinen Kündigungsschutz genießt (dazu unten), muss im Falle einer verhaltensbedingten Kündigung in aller Regel im Vorfeld eine einschlägige Abmahnung¹²³ erklärt worden sein.¹²⁴ Sollte dies nicht der Fall sein, so ist auch eine Abmahnung in Betracht zu ziehen.¹²⁵ Doch Vorsicht: Ist eine solche Abmahnung erst einmal ausgesprochen (was auch mündlich möglich ist, aus Beweis Zwecken aber immer schriftlich erfolgen sollte), ist der ggf. kündigungsrelevante Sachverhalt damit verbraucht und kann nicht mehr für eine Kündigung herangezogen werden! Abmahnungsberechtigt ist dabei jeder Vorgesetzte, d.h. jede Person, die dem Arbeitnehmer arbeitsrechtliche Weisungen erteilen kann (damit nicht nur der Arbeitgeber!). Es gibt auch keinen verbindlichen Zeitraum, in welchem die Abmahnung erklärt werden müsste, so dass eine Abmahnung auch noch nach mehreren Monaten ausgesprochen und zur Personalakte genommen werden kann. Grenze ist der Verwirkungseinwand, d.h. wenn etwa 1 Jahr verstrichen ist,

¹²² Vgl. in diesem Zusammenhang die grundlegende „Emmely-Entscheidung“ des BAG, Urt. v. 10.06.2010 – 2 AZR 541/09, NJW 2011, 167 = NZA 2010, 1227 = DB 2010, 2395.

¹²³ Eine Abmahnung besteht immer aus 2 konkreten Bestandteilen: 1.) Das pflichtwidrige Fehlverhalten des AN ist möglichst konkret anzuführen (Datum, Uhrzeit, ggf. Zeugen). 2.) Es müssen für den Wiederholungsfall immer zwingend arbeitsrechtliche Konsequenzen angedroht werden, etwa so „*Im Wiederholungsfalle drohen arbeitsrechtliche Konsequenzen (auch z.B. eine fristlose oder fristgerechte Kündigung).*“

¹²⁴ Eine Abmahnung ist jedoch nicht bei Straftaten erforderlich und i.d.R. bei Sachverhalten, wo der AN ohne Weiteres davon ausgehen muss, dass ein solches Verhalten vom AG nicht toleriert wird, wie etwa eigenmächtiger Urlaubsantritt ohne Absprache.

¹²⁵ Auch im Falle von beharrlicher Arbeitsverweigerung ist eine vorherige Abmahnung anzuraten.

wird es zusehends schwieriger eine Abmahnung noch zu rechtfertigen. Der AN muss die Abmahnung auch nicht sofort angreifen, er kann diese in einem späteren Kündigungsschutzverfahren immer noch gerichtlich (inzident) überprüfen lassen. Der Arbeitgeber sollte dabei für jedes Fehlverhalten eine eigene Abmahnung aussprechen. Dies ist zwar aufwendiger, doch wenn sich ein Vorwurf nicht beweisen lässt, wäre die gesamte Abmahnung sonst unwirksam. Es gibt dabei auch grds. keine Bagatellgrenze, d.h. theoretisch könnte der AG bereits eine Abmahnung aussprechen, auch wenn der AN nur 3 Minuten zu spät zur Arbeit erschienen ist. Letztlich bereitet eine Abmahnung in der Mehrzahl der Fälle eine Kündigung vor bzw. ist im Falle allgemeinen Kündigungsschutzes bei einer verhaltensbedingten Kündigung generell Rechtmäßigkeitsvoraussetzung. Eine Abmahnung stellt immer einen „Schuss vor den Bug“ dar, also der Arbeitnehmer wird explizit zu pflichtgemäßem Verhalten aufgefordert, weiß gleichzeitig aber auch, dass dieses konkrete Verhalten „nur“ zu einer Abmahnung geführt hat und damit verbraucht ist. Eine Abmahnung schafft somit für beide Arbeitsvertragsparteien letztlich Sicherheit.

Wenn jedoch kein allgemeiner Kündigungsschutz besteht (dazu unten), dann hat der Arbeitgeber immer das Recht, jederzeit eine fristgerechte Kündigung auszusprechen.¹²⁶ Einer vorherigen Abmahnung bedarf es dann generell nicht, auch wenn eine solche natürlich zulässig wäre.

2.1.2 Schriftform, § 623 BGB und begründungsfrei

Gemäß § 623 BGB müssen Kündigungen und auch Aufhebungsverträge im Arbeitsrecht schriftlich erfolgen, sonst sind sie unwirksam; die elektronische Form ist gleichfalls ausgeschlossen. Das Schriftformerfordernis ist zwingend und kann nicht (etwa im Arbeitsver-

¹²⁶ Anders formuliert: Der Arbeitgeber kann quasi jederzeit eine fristgerechte Kündigung aussprechen – ohne jeden Kündigungsgrund!

trag) abbedungen werden.¹²⁷ Im Arbeitsgerichtsverfahren werden oft schriftliche Vergleiche mit Abfindungszahlung noch vor dem Gütetermin geschlossen. Ein solcher gerichtlicher Vergleich gem. § 278 Abs. 6 ZPO wahrt gleichfalls nach § 127 a BGB die erforderliche schriftliche Form.¹²⁸ Selbstverständlich wahrt auch ein Vergleich im Rahmen eines arbeitsgerichtlichen Verfahrens die notwendige Schriftform – Regelfall in der Praxis. Ein Verstoß gegen das zwingende Gebot der Schriftform führt grds. zur Nichtigkeit gemäß § 125 BGB. Generell ist der Arbeitgeber gut beraten, vor Ausspruch einer Kündigung ein Gespräch über den Abschluss eines Auflösungsvertrages ernsthaft in Betracht zu ziehen. Denn so kann ggf. ein langwieriger und teurer Rechtsstreit im Vorfeld direkt vermieden werden. Alternativ besteht im Falle einer betriebsbedingten Kündigung auch die Möglichkeit diese von vornherein mit einer Abfindungszahlung zu verbinden, wenn der AN im Gegenzug die 3-wöchige-Klagefrist ungenutzt verstreichen lässt. Die Praxis macht allerdings relativ selten Gebrauch von dieser (wohl weitgehend immer noch unbekanntem) Möglichkeit.

Unabhängig davon, ob nun eine fristlose oder fristgerechte Kündigung vorliegt, bedarf es generell nicht der Angabe des Kündigungsgrundes. Selbst im Falle einer außerordentlichen Kündigung ist der Kündigungsgrund nach § 626 Abs. 2 S. 3 BGB vom Kündigenden immer nur „auf Verlangen“ unverzüglich schriftlich mitzuteilen.

Bislang konnten Arbeitgeber mit gutem Gewissen dahingehend beraten werden, einfach nur die fristgerechte oder fristlose Kündigung zu erklären – mehr bedurfte es nicht: 1 Satz. Eine aktuelle Entscheidung des BAG vom 20. Juni 2013¹²⁹ hat die Anforderungen nun deutlich erhöht:

¹²⁷ Palandt, 71. Aufl. 2012, § 623 Rn. 3 am Ende.

¹²⁸ Palandt, a.a.O. § 623 Rn. 7 unter Verweis auf BAG, NJW 2007, 1831.

¹²⁹ BAG, Urt. v. 20.06.2013 – 6 AZR 805/11, abrufbar unter www.bundesarbeitsgericht.de (bislang aber nur als Pressemitteilung Nr. 41/13 – Stand: 10.09.2013).

Eine Kündigung muss (seit jeher) bestimmt und unmissverständlich erklärt werden. Der Empfänger einer ordentlichen Kündigungserklärung muss daher erkennen können, wann das Arbeitsverhältnis enden soll. Regelmäßig genügt hierfür entweder die **Angabe des Kündigungsstermins oder der Kündigungsfrist**. Ausreichend ist lt. BAG aber auch ein Hinweis auf die maßgeblichen gesetzlichen Fristenregelungen, wenn der Erklärungsempfänger hierdurch un schwer ermitteln kann, zu welchem (konkreten) Termin das Arbeitsverhältnis enden soll. Im vom BAG entschiedenen Fall bestand die Besonderheit, dass die gekündigte AN nach einer Betriebszugehörigkeit von gut 13 Jahren eine 5-monatige Kündigungsfrist (gem. § 622 II Nr. 5 BGB) gehabt hätte, jedoch der Insolvenzverwalter gekündigt hat, der nach § 113 S. 2 InsO mit einer verkürzten (maximalen) 3-monatigen Kündigungsfrist kündigen kann. Die Kündigung wurde dabei (wie so oft in der Praxis) erklärt „zum nächstmöglichen Zeitpunkt“. Das ArbG und auch das LAG Hamm hatten der Klage stattgegeben, das BAG hat die Klage indes abgewiesen. Das Bundesarbeitsgericht erachtete die angegriffene Kündigung letztlich als hinreichend bestimmt. Als Quintessenz ist zukünftig zu beachten: Es darf „kein Rätselraten über den konkreten Beendigungszeitpunkt geben“. Hier kann nur der Praxistipp gegeben werden, zukünftig entweder die genaue Kündigungsfrist anzugeben oder als reine Wissensbekundung den Endtermin, etwa so: „*Nach unserem Informationsstand endet das Arbeitsverhältnis daher am xx.xx.xxxx.*“ Hier ist wiederum Vorsicht geboten, denn zum einen weiß der Arbeitgeber bei einer nur per Post versandten Kündigung nicht genau, wann diese den Arbeitnehmer erreicht und wirksam wird (insb. relevant in Fällen einer Probezeitkündigung mit 2-Wochen-Frist) und zum anderen birgt ein Rechenirrtum die Gefahr, dass der AN diesen Umstand gleichfalls (erst recht) zum Anlass nimmt, die Kündigung klageweise anzugreifen. Kurzum, eine Kündigungserklärung bietet eine Vielzahl nicht zu unterschätzender Fehlerquellen. Wenn eine ordnungsgemäße Kündigung dann nachgeschoben wird, sind oft

schon Monate vergangen und der AN genießt nun ggf. sogar schon allgemeinen Kündigungsschutz.

Auch wenn viele Kündigungsschreiben in der Praxis einen Hinweis auf § 38 SGB III enthalten, also die Verpflichtung sich innerhalb von maximal 3 Tagen¹³⁰ persönlich bei der Arbeitsagentur zu melden, besteht keine Hinweispflicht für den Arbeitgeber.

2.1.3 Zugang und Vertretung, § 130 BGB und § 164 + 174 BGB

Auf den Zugang der schriftlichen Kündigungserklärung ist besonderes Augenmerk zu legen. Denn was nützt eine Kündigung, die mangels wirksamer Kenntnis beim Arbeitnehmer letztlich keine Rechtswirkungen entfaltet? Der Arbeitgeber ist daher gut beraten grds. folgende Reihenfolge einzuhalten: Am sichersten ist es, die schriftliche Kündigung persönlich zu übergeben und sich den Empfang vom AN quittieren zu lassen. Die Erfahrung zeigt aber, dass in der Ausnahmesituation einer Kündigung Arbeitnehmer große Angst haben, etwas falsch zu machen und daher verweigern, den bloßen Empfang zu quittieren. Dies muss respektiert werden. Dann sollte aber in jedem Fall, was sonst auch ratsam ist, ein Zeuge geholt werden, der die Übergabe der Kündigung später in einem Gerichtsverfahren bezeugen kann. Sollte eine persönliche Kündigungsübergabe nicht möglich sein, etwa weil der AN bereits längere Zeit arbeitsunfähig krankgeschrieben ist, dann sollte statt einer Postversendung in jedem Falle die Übergabe / der Einwurf in den Briefkasten des AN durch einen vertrauenswürdigen Mitarbeiter vorgezogen werden (nicht durch den Arbeitgeber selbst, denn der ist in einem späteren Arbeitsgerichtsverfahren Partei, kann also nicht Zeuge sein). Nur wenn eine persönliche Übergabe (unter Zeugen) und auch ein Einwurf der Kündigung in den Briefkasten des AN durch einen Mitarbeiter / Zeugen nicht möglich ist, etwa weil der AN weit entfernt wohnt, sollte eine Zusendung per Post erfol-

¹³⁰ Sonst 3 Monate nach § 38 I 1 SGB III, wenn die Kündigungsfrist länger als 3 Monate ist.

gen. Doch hier ist wieder Vorsicht geboten: Die Kündigungserklärung sollte nicht per Einschreiben mit Rückschein erfolgen, was nahe liegen würde, um den Zugang zu dokumentieren, sondern besser durch ein Einwurf-Einschreiben. Denn die Praxis zeigt, dass Arbeitnehmer ein Übergabeeinschreiben entweder nicht annehmen oder die Sendung nicht abholen, wenn sie durch einen Benachrichtigungsschein im Briefkasten über die Postsendung informiert werden. Denn vom Arbeitgeber kann hier nur „Böses“ drohen. Kurzum, wenn nur eine Versendung mit der Post möglich ist: Bitte keinen einfachen Brief versenden. Denn der Arbeitgeber muss in einem späteren arbeitsgerichtlichen Verfahren den Zugang beweisen – das kann er hier nicht (nur die Versendung mit der Post belegt nichts, insb. nicht den Zugang des Briefes). Auch ein Einschreiben mit Rückschein birgt die große Gefahr in sich, dass der AN das Schriftstück nicht abholt. Ob dies dann tatsächlich eine Zugangsvereitelung ist, wäre in einem Gerichtsverfahren schwer zu beweisen. **Wenn per Post, dann bitte per Einwurf-Einschreiben versenden.**

Doch die schriftliche Kündigung muss auch von der richtigen, also kündigungsberechtigten Person unterzeichnet sein. Wenn der Arbeitgeber unterschreibt, ist dies natürlich gar kein Problem. Doch gerade in größeren Unternehmen steht man immer wieder vor der Frage, wer eine Kündigung unterschreiben darf bzw. muss.¹³¹

Letztlich können an dieser Stelle nicht sämtliche möglichen Sachverhalte abgehandelt werden, in aller Kürze lässt sich aber Folgendes ausführen: Wenn wir Arbeitnehmer vertreten, erweisen sich in der Praxis eine Vielzahl von Kündigungen im Ergebnis als unwirksam, entweder weil die schriftliche Kündigung von einer Person unterzeichnet wurde, die dazu nicht befugt ist oder weil der Kündigungsempfänger nicht hinreichend über die Kündigungsbefugnis informiert wurde (insb. Nichtvorlage der Vollmacht ist hier bedeutsam!).

¹³¹ Näher dazu *Jentsch / Lostermann*, Wer darf unterzeichnen?, AuAR 2012, S. 90 ff.

Die klärungsbedürftige Frage, wer in einem Betrieb / Unternehmen überhaupt zur Kündigung befugt ist, richtet sich dabei grds. nach allgemeinem Vertretungsrecht. Dabei lässt sich kurz und prägnant festhalten: Zur Vertretung des Arbeitgebers und damit zur Kündigung ist berechtigt, wer durch Vertretungsmacht auf gesetzlicher bzw. organschaftlicher (z.B. Geschäftsführung) oder auf rechtsgeschäftlicher Grundlage (z.B. Prokura, Handlungsvollmacht) zum Ausspruch von Kündigungen ermächtigt ist bzw. wurde.¹³² Im Grunde kann der Arbeitgeber bzw. die zur Geschäftsführung berechtigte Person (in der GmbH der Geschäftsführer in der AG der Vorstand) jede andere Person zur Vornahme von Kündigungen generell bzw. zu einer speziellen Kündigung im Einzelfall ermächtigen. Aus Beweisgründen und wegen § 174 BGB sollte dies immer schriftlich erfolgen. Denn nur die Erteilung der Vollmacht genügt nach § 174 S. 1 BGB nicht, vielmehr muss der Kündigungsberechtigte die Vollmachtsurkunde auch im Original (Abschrift, Fax oder Fotokopie reicht nicht!)¹³³ gegenüber dem Gekündigten vorlegen. Ganz konkret hat die äußerst praxisrelevante Regelung des § 174 BGB folgenden knappen Wortlaut:

§ 174 BGB Einseitiges Rechtsgeschäft eines Bevollmächtigten

Ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ein Bevollmächtigter einem anderen gegenüber vornimmt, ist unwirksam, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Die Zurückweisung ist ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber den anderen von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hatte.

Die in einem Unternehmen (GmbH, AG usw.) bestehenden Vertretungsregelungen ergeben sich zumeist aus dem Handelsregister, so dass auf organschaftliche Vertreter (z.B. GF in der GmbH bzw. Vor-

¹³² Ausführlich und instruktiv dazu *Jentsch / Lostermann*, a.a.O., AuAR 2012, S. 90 ff.

¹³³ Vgl. Palandt, 71. Aufl. 2012, § 174 Rn. 5 unter Verweis auf BGH, NJW 1981, 1210; 1994, 1472, Hamm NJW-RR 2005, 134; vgl. zur Faxe kopie Hamm, NJW 1991, 1185.

stand in der AG usw.) § 174 BGB wegen der ohnehin offiziellen Verlautbarung in den gerichtlichen Registern unanwendbar ist.¹³⁴ Kurzum, erfolgt die Vertretung entsprechend der im Handelsregister veröffentlichten und damit für jeden einsehbaren¹³⁵ Regelungen, wird keine gesonderte Vorlage einer Vollmacht benötigt.

Ohne Vorlage einer Vollmachtsurkunde droht in den anderen Fällen aber in der Tat stets die Gefahr der Zurückweisung nach § 174 S. 1 BGB, die aber „unverzüglich“, d.h. ohne schuldhaftes Zögern im Sinne von § 121 S. 1 BGB¹³⁶ erfolgen muss. Eine Zurückweisung nach 3 Wochen oder auch nur 17 Tagen ist dabei nicht mehr unverzüglich.¹³⁷ Vorsicht: Auch 6 Tage können schon zu lang sein.¹³⁸ Sollte die Zurückweisung durch einen Rechtsanwalt und zudem auch noch unverzüglich erfolgen, so können Sie sich § 174 BGB selbst zu Nutze machen und den Spieß ggf. umdrehen, wenn der Anwalt es versäumt hat, seine Bevollmächtigung selbst schriftlich nachzuweisen. Auch ist die Zurückweisung ausgeschlossen, wenn der Arbeitgeber bzw. der organschaftliche Vertreter als Vollmachtgeber den zu Kündigenden von der Bevollmächtigung (im Vorfeld) in Kenntnis gesetzt hat. Nach dem BAG wie auch dem BGH ist es für ein „von der Bevollmächtigung in Kenntnis setzen“ nach § 174 S. 2 BGB indes ausreichend, wenn ein Vertreter die Kündigung ausspricht, mit dessen Stellung eine Kündigungsbefugnis regelmäßig verbunden ist.¹³⁹ Eine solche grundsätzliche Kündigungsberechtigung gilt u.a. für Prokuristen, Generalbevollmächtigte sowie Leiter von Personalabteilungen, die üblicherweise eine Kündigungsbefugnis inne haben.¹⁴⁰ Sollte man über die Kündigungsberechtigung aber Zweifel haben, so sollte stets zuvor anwaltlicher Rat eingeholt werden.

¹³⁴ Palandt, § 174 Rn. 4 unter Verweis auf BGH, NJW 2002, S. 1194.

¹³⁵ Siehe hierzu <http://www.handelsregister.de>.

¹³⁶ Siehe hierzu die Kommentierung im Palandt, § 121 Rn. 2 ff. m.w.N.

¹³⁷ Palandt, § 174 Rn. 6 unter Verweis auf BAG, DB 1999, S. 1612, Hamm NJW-RR 1988, 282.

¹³⁸ Palandt, § 174 Rn. 6 unter Verweis auf Hamm, NJW 1991, 1185.

¹³⁹ Vgl. BAG, Urt. v. 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, NZA 2004, S. 427; BGH, Urt. v. 20.10.2008 – II ZR 107/07, NJW 2009, S. 293.

¹⁴⁰ Vgl. so bereits BAG, Urt. v. 30.5.1972 – 2 AZR 298/71, DB 1972, S. 1680.

Hierdurch lassen sich etliche Fehler im Vorfeld vermeiden, so dass einem Arbeitsgerichtsverfahren in aller Regel gelassen entgegen gesehen werden kann. So hat das Bundesarbeitsgericht¹⁴¹ etwa über die Wirksamkeit einer durch einen Niederlassungsleiter unterzeichneten Kündigung Folgendes entschieden: Im Arbeitsvertrag war ausdrücklich vermerkt, dass eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses auch durch den „Objektleiter / Niederlassungsleiter“ erfolgen kann. Das BAG stellte indes überraschenderweise fest, dass die bloße Mitteilung im Arbeitsvertrag, der jeweilige Inhaber einer bestimmten Stelle dürfe kündigen, nicht ausreiche. Erforderlich sei ein zusätzliches Handeln des Vollmachtgebers, aufgrund dessen es dem Gekündigten möglich ist, der ihm genannten – kündigungsbefugten – Funktion die (konkrete) Person des jeweiligen Stelleninhabers zuzuordnen. Dazu ist es ausreichend, wenn dem AN im Arbeitsvertrag oder sonst auch im laufenden Arbeitsverhältnis konkret aufgezeigt wird, wie diese bevollmächtigte Person ermittelt werden kann, also z.B. durch einen Aushang am Schwarzen Brett oder über das Intranet. Ein sicherer Weg über die Kündigungsberechtigung zu informieren dürfte es auch sein, einfach eine Rundmail an alle Arbeitnehmer zu senden (im Verteiler Nachricht an alle AN).

Wenn der Arbeitgeber die schriftliche Kündigung nicht selbst unterzeichnet, so kann diese dennoch wirksam wie folgt erklärt werden:

- Unterzeichnung der Kündigung durch die im Handelsregister eingetragenen und zur Vertretung berechtigten Personen;
- Unterzeichnung allein durch den Personalleiter (der nicht gleichzeitig Prokurist ist)¹⁴²;
- Vorlage einer schriftlichen Originalvollmacht zusammen mit dem Kündigungsschreiben.¹⁴³

¹⁴¹ BAG, Urt. v. 14.4.2011 – 6 AZR 727/09, AuA 1/12, S. 55.

¹⁴² Zu möglichen Problemen vgl. *Jentsch / Lostermann*, a.a.O., AuAR 2012, S. 90 (91).

Dies waren nun die wesentlichen Formalien, die es einzuhalten gilt. Ein besonders wichtiger Aspekt ist aber auch die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrates gem. § 102 BetrVG. Sollte es einen BR bzw. ein vergleichbares Organ geben, so ist dieses stets im Vorfeld ordnungsgemäß anzuhören. Ein Fehler in diesem sensiblen Bereich „rächt sich sofort“.

2.2 Ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats, § 102 BetrVG

Mit einer der ersten Punkte, die durch den Arbeitnehmeranwalt im Falle einer Kündigung und der Prüfung eines erfolgversprechenden Vorgehens dagegen beim AN im 1. Besprechungstermin abgefragt werden, ist das Bestehen eines Betriebsrates bzw. der erfolgten Anhörung des BR nach § 102 BetrVG. Wenn es keinen Betriebsrat gibt, ist die Prüfung hier abgeschlossen. Denn § 1 I BetrVG berechtigt nur, in Betrieben mit i.d.R. mind. 5 (ständig wahlberechtigten) Arbeitnehmern einen Betriebsrat zu wählen, stellt aber keine diesbezügliche Pflicht auf. Daher kann es durchaus vorkommen, dass ein Unternehmen zwar 50 und mehr Mitarbeiter hat, aber keinen Betriebsrat. Dies ist in der anwaltlichen Praxis auch durchaus keine Seltenheit. Ab einer gewissen Unternehmensgröße gibt es aber einen Betriebsrat bzw. Gesamtbetriebsrat und ggf. auch einen Konzernbetriebsrat. Kurzum, vor jeder (!) Kündigung, sei sie nun als fristlose oder fristgerechte Kündigung erklärt, ist zunächst der Betriebsrat ordnungsgemäß anzuhören. Der BR ist vollständig und wahrheitsgemäß zu unterrichten. Eine ohne bzw. mit fehlerhafter Anhörung des BR ausgesprochene Kündigung ist immer (!) unwirksam. Die Klagebegründung ist recht kurz „Der BR wurde nicht angehört.“, die Klage schon gewonnen.

§ 102 BetrVG Mitbestimmung bei Kündigungen

¹⁴³ Dies gilt etwa auch, wenn der Rechtsanwalt für die Firma kündigt.

(1) Der Betriebsrat ist vor jeder Kündigung zu hören. Der Arbeitgeber hat ihm die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam.

(2) Hat der Betriebsrat gegen eine ordentliche Kündigung Bedenken, so hat er diese unter Angabe der Gründe dem Arbeitgeber spätestens innerhalb einer Woche schriftlich mitzuteilen. Äußert er sich innerhalb dieser Frist nicht, gilt seine Zustimmung zur Kündigung als erteilt. Hat der Betriebsrat gegen eine außerordentliche Kündigung Bedenken, so hat er diese unter Angabe der Gründe dem Arbeitgeber unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von drei Tagen, schriftlich mitzuteilen. Der Betriebsrat soll, soweit dies erforderlich erscheint, vor seiner Stellungnahme den betroffenen Arbeitnehmer hören. § 99 Abs. 1 Satz 3 gilt entsprechend.

(3) Der Betriebsrat kann innerhalb der Frist des Absatzes 2 Satz 1 der ordentlichen Kündigung widersprechen, wenn

1. der Arbeitgeber bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat,
2. die Kündigung gegen eine Richtlinie nach § 95 verstößt,
3. der zu kündigende Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz im selben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann,
4. die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen möglich ist oder
5. eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers unter geänderten Vertragsbedingungen möglich ist und der Arbeitnehmer sein Einverständnis hiermit erklärt hat.

(4) Kündigt der Arbeitgeber, obwohl der Betriebsrat nach Absatz 3 der Kündigung widersprochen hat, so hat er dem Arbeitnehmer mit

der Kündigung eine Abschrift der Stellungnahme des Betriebsrats zuzuleiten.

(5) Hat der Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung frist- und ordnungsgemäß widersprochen, und hat der Arbeitnehmer nach dem Kündigungsschutzgesetz Klage auf Feststellung erhoben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, so muss der Arbeitgeber auf Verlangen des Arbeitnehmers diesen nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits bei unveränderten Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigen. Auf Antrag des Arbeitgebers kann das Gericht ihn durch einstweilige Verfügung von der Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung nach Satz 1 entbinden, wenn

1. die Klage des Arbeitnehmers keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet oder mutwillig erscheint oder
2. die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu einer unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung des Arbeitgebers führen würde oder
3. der Widerspruch des Betriebsrats offensichtlich unbegründet war.

(6) Arbeitgeber und Betriebsrat können vereinbaren, dass Kündigungen der Zustimmung des Betriebsrats bedürfen und dass bei Meinungsverschiedenheiten über die Berechtigung der Nichterteilung der Zustimmung die Einigungsstelle entscheidet.

(7) Die Vorschriften über die Beteiligung des Betriebsrats nach dem Kündigungsschutzgesetz bleiben unberührt.

Auf all die möglichen Fallgestaltungen kann hier an dieser Stelle jedoch nicht eingegangen werden.¹⁴⁴

¹⁴⁴ Vgl. ausführlich etwa die Kommentierung im Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht.

Bei bestimmten Arbeitnehmergruppen ist nicht der Betriebsrat, sondern einem diesem Organ vergleichbares anderes Mitarbeitervertretungsorgan zu beteiligen:

- § 31 Abs. 2 SprAuG (Sprecherausschußgesetz) bei leitenden Angestellten,
- § 75 BPersVG bzw. LandesPersVG bei AN des öffentlichen Dienstes,
- Mitarbeitervertretung (MAV) bei „kirchlichen Arbeitnehmern“.¹⁴⁵

2.3 Besonderer Kündigungsschutz, z.B. § 9 MuSchG, § 18 BEEG, § 15 KSchG, § 85 SGB IX

Weiter gilt es den besonderen Kündigungsschutz bes. schutzbedürftiger Personengruppen wie werdender Mütter (§ 9 MuSchG)¹⁴⁶, Arbeitnehmer die sich in Elternzeit befinden bzw. max. bis 8 Wochen vor Beginn der Elternzeit (§ 18 BEEG)¹⁴⁷, Betriebsratsmitglieder¹⁴⁸ bzw. gleichgestellter Person (§ 15 KSchG)¹⁴⁹ und Schwerbehinderter (§§ 85, 90 SGB IX) bzw. diesen Gleichgestellter¹⁵⁰ unbedingt zu beachten. Denn auch wenn der Arbeitgeber im Kündigungszeitpunkt z.B. nichts von der Schwangerschaft¹⁵¹ der Arbeitnehmerin bzw. der Schwerbehinderung des AN weiß, ist eine Kündigung **unheilbar**

¹⁴⁵ Siehe dazu etwa Bundes-Angestellten-Tarifvertrag in kirchlicher Fassung (BAT-KF) v. 22.10.2007 mit Änderungen (§ 33 BAT-KF zu Kündigungen).

¹⁴⁶ Mutterschutzgesetz (Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mutter).

¹⁴⁷ Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit).

¹⁴⁸ Beachte § 103 I BetrVG: Selbst die fristlose Kündigung bedarf der Zustimmung des BR!

¹⁴⁹ § 15 I 1 KSchG: „Die Kündigung eines Mitglieds eines Betriebsrats, einer Jugend- und Auszubildendenvertretung, einer Bordvertretung oder eines Seebetriebsrats ist unzulässig, es sei denn es liegen die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung vor.“ Gleiches gilt für Wahlbewerber nach § 15 III KSchG. Siehe zu weiteren geschützten Personengruppen dort in § 15 KSchG.

¹⁵⁰ § 2 III SGB IX: *Schwerbehinderten Menschen gleichgestellt werden sollen behinderte Menschen mit einem Grad der Behinderung (GdB) von weniger als 50, aber wenigstens 30 (=30 bis 49 GdB), bei denen die übrigen Voraussetzungen des Abs. 2 vorliegen, wenn sie infolge ihrer Behinderung ohne die Gleichstellung einen geeigneten Arbeitsplatz i.S.d. § 73 SGB IX nicht erlangen oder nicht behalten können (gleichgestellte behinderte Menschen).*

¹⁵¹ Hier ist die Schwangere aber gehalten den Arbeitgeber innerhalb von 2 Wochen zu informieren gem. § 9 I 1 MuSchG (aber: das Überschreiten dieser Frist ist unschädlich, wenn es auf einem von der Frau nicht zu vertretenden Grund beruht und die Mitteilung unverzüglich nachgeholt wird).

nichtig. Innerhalb der 3-wöchigen Kündigungsfrist ist der schwerbehinderte Arbeitnehmer aber gehalten, seine Schwerbehinderung bzw. die Gleichstellung dem AG direkt anzuzeigen (nur die Geltendmachung im Rahmen der 3-wöchigen Frist der Kündigungsschutzklage genügt deshalb nicht unbedingt, da die Klage dem AG ggf. erst nach Ablauf der 3 Wochen zugestellt wird). Im Falle besonderen Kündigungsschutzes besteht ggf. aber auch die Möglichkeit, vor Kündigungsausspruch die Zustimmung bei einer besonderen öffentlichen Stelle zu beantragen. Im Falle einer Schwangeren wäre dies in NRW etwa die Bezirksregierung gem. § 9 III MuSchG, die nur im Ausnahmefall zustimmt und auch lediglich dann, wenn der Grund absolut keinen Bezug zur Schwangerschaft aufweist. Deutlich erfolgversprechender ist es, bei einer angedachten Kündigung eines Schwerbehinderten das zuständige Integrationsamt im Vorfeld um Zustimmung zur (fristlosen bzw. fristgerechten) Kündigung zu ersuchen.¹⁵² In der Praxis ist die Durchführung des Integrationsamtsverfahrens aber in der Regel ein langwieriger und mühseliger Prozess¹⁵³, was die Verhandlungsbereitschaft der Arbeitgeberseite über die Zahlung einer möglichen Abfindung deutlich erhöht. Doch Achtung: Den besonderen Kündigungsschutz genießen schwerbehinderte Menschen nach § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX erst, wenn das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung (ohne Unterbrechung) bereits länger als 6 Monate bestanden hat, was oftmals übersehen wird. Der besondere Kündigungsschutz greift indes nicht, wenn das Arbeitsverhältnis aufgrund einer (zuvor getroffenen) wirksamen Befristungsabrede endet.

2.4 Massenentlassungsanzeige, § 17 KSchG

Bei Massenentlassungen im Sinne von § 17 KSchG, also beim Überschreiten bestimmter Schwellenwerte hat der Arbeitgeber einerseits

¹⁵² Siehe dazu z.B. Kommentierung im Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 85 SGB IX.

¹⁵³ Vgl. für NRW etwa

<http://www.lwl.org/LWL/Soziales/integrationsamt/kuendigungsschutz/>.

nach Abs. 1 die Arbeitsagentur zu unterrichten, damit diese sich auf die Entlassungswelle einstellen kann, andererseits aber gem. Abs. 2 auch den Betriebsrat rechtzeitig und zweckdienlich schriftlich zu unterrichten.

§ 17 KSchG Anzeigepflicht

(1) Der Arbeitgeber ist verpflichtet, der Agentur für Arbeit Anzeige zu erstatten, bevor er

1. in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern mehr als 5 Arbeitnehmer,
2. in Betrieben mit in der Regel mindestens 60 und weniger als 500 Arbeitnehmern 10 vom Hundert der im Betrieb regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer oder aber mehr als 25 Arbeitnehmer,
3. in Betrieben mit in der Regel mindestens 500 Arbeitnehmern mindestens 30 Arbeitnehmer

innerhalb von 30 Kalendertagen entläßt. Den Entlassungen stehen andere Beendigungen des Arbeitsverhältnisses gleich, die vom Arbeitgeber veranlaßt werden.

(2) Beabsichtigt der Arbeitgeber, nach Absatz 1 anzeigepflichtige Entlassungen vorzunehmen, hat er dem Betriebsrat rechtzeitig die zweckdienlichen Auskünfte zu erteilen und ihn schriftlich insbesondere zu unterrichten über

1. die Gründe für die geplanten Entlassungen,
2. die Zahl und die Berufsgruppen der zu entlassenden Arbeitnehmer,
3. die Zahl und die Berufsgruppen der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer,
4. den Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen,
5. die vorgesehenen Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer,

6. die für die Berechnung etwaiger Abfindungen vorgesehenen Kriterien.

Arbeitgeber und Betriebsrat haben insbesondere die Möglichkeiten zu beraten, Entlassungen zu vermeiden oder einzuschränken und ihre Folgen zu mildern.

(3) Der Arbeitgeber hat gleichzeitig der Agentur für Arbeit eine Abschrift der Mitteilung an den Betriebsrat zuzuleiten; sie muß zumindest die in Absatz 2 Satz 1 Nr. 1 bis 5 vorgeschriebenen Angaben enthalten. Die Anzeige nach Absatz 1 ist schriftlich unter Beifügung der Stellungnahme des Betriebsrats zu den Entlassungen zu erstatten. Liegt eine Stellungnahme des Betriebsrats nicht vor, so ist die Anzeige wirksam, wenn der Arbeitgeber glaubhaft macht, daß er den Betriebsrat mindestens zwei Wochen vor Erstattung der Anzeige nach Absatz 2 Satz 1 unterrichtet hat, und er den Stand der Beratungen darlegt. Die Anzeige muß Angaben über den Namen des Arbeitgebers, den Sitz und die Art des Betriebes enthalten, ferner die Gründe für die geplanten Entlassungen, die Zahl und die Berufsgruppen der zu entlassenden und der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer, den Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen und die vorgesehenen Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer. In der Anzeige sollen ferner im Einvernehmen mit dem Betriebsrat für die Arbeitsvermittlung Angaben über Geschlecht, Alter, Beruf und Staatsangehörigkeit der zu entlassenden Arbeitnehmer gemacht werden. Der Arbeitgeber hat dem Betriebsrat eine Abschrift der Anzeige zuzuleiten. Der Betriebsrat kann gegenüber der Agentur für Arbeit weitere Stellungnahmen abgeben. Er hat dem Arbeitgeber eine Abschrift der Stellungnahme zuzuleiten.

(3a) Die Auskunfts-, Beratungs- und Anzeigepflichten nach den Absätzen 1 bis 3 gelten auch dann, wenn die Entscheidung über die Entlassungen von einem den Arbeitgeber beherrschenden Unternehmen getroffen wurde. Der Arbeitgeber kann sich nicht darauf

berufen, daß das für die Entlassungen verantwortliche Unternehmen die notwendigen Auskünfte nicht übermittelt hat.

(4) Das Recht zur fristlosen Entlassung bleibt unberührt. Fristlose Entlassungen werden bei Berechnung der Mindestzahl der Entlassungen nach Absatz 1 nicht mitgerechnet.

(5) Als Arbeitnehmer im Sinne dieser Vorschrift gelten nicht

1. in Betrieben einer juristischen Person die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist,
2. in Betrieben einer Personengesamtheit die durch Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrag zur Vertretung der Personengesamtheit berufenen Personen,
3. Geschäftsführer, Betriebsleiter und ähnliche leitende Personen, soweit diese zur selbständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt sind.

Jüngst hat das BAG, Urteil vom 21.3.2013 – 2 AZR 60/12¹⁵⁴ dazu Folgendes ausgeurteilt:

„Ist vor Ausspruch einer Kündigung ein nach § 17 Abs. 2 KSchG erforderliches Konsultationsverfahren nicht durchgeführt worden, ist die Kündigung wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB rechtsunwirksam bzw. nichtig.“

Dies waren nun im Grunde alle formalen Kriterien bzw. formellen Anforderungen für eine wirksame Kündigung.

2.5 Allgemeiner Kündigungsschutz nach §§ 1, 23 KSchG

Besonders bedeutsam für alle Arbeitgeber- wie auch Arbeitnehmeranwälte ist stets der Prüfungspunkt, ob der gekündigte Arbeitnehmer allgemeinen Kündigungsschutz genießt. Denn hier ist eine

¹⁵⁴ BAG, Urt. v. 21.3.2013 – 2 AZR 60/12, NZA 2013, 966 = DB 2013, 1912.

maßgebliche Weichenstellung in der weiteren Vorgehensweise, insbesondere auch für die Entscheidung ob Vergleichsgespräche aufgenommen werden sollen oder nicht, zu verzeichnen. Kurz und knapp kann gesagt werden: Kein allgemeiner Kündigungsschutz, dann auch keine Abfindung.

2.5.1 Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich, §§ 1 I, 23 KSchG

Damit der AN allgemeinen Kündigungsschutz hat, müssen 2 Anforderungen erfüllt sein: In persönlicher Hinsicht muss der AN gem. § 1 Abs. 1 KSchG länger als 6 Monate in demselben Betrieb bzw. Unternehmen (ohne Unterbrechung) als Arbeitnehmer beschäftigt sein. Abzustellen ist hier allein auf den Kündigungszeitpunkt, d.h. den Zugang der Kündigung und nicht den Zeitpunkt, wann das Arbeitsverhältnis beendet werden soll. In sachlicher Hinsicht müssen gem. § 23 Abs. 1 S. 2 f. KSchG aktuell im Betrieb mehr als 10 AN (bis 31.12.2003: mehr als 5 AN)¹⁵⁵ regelmäßig beschäftigt sein. Bei der Feststellung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer sind teilzeitbeschäftigte AN mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit bis 20 h mit dem Faktor 0,5, bis 30 h mit dem Faktor 0,75 und darüber mit dem Faktor 1 zu berücksichtigen.¹⁵⁶ Hierbei werden in der Praxis immer wieder die Reinigungskräfte, die Aushilfen und speziell die geringfügig Beschäftigten (450,- €-Job) schlichtweg „vergessen“, da sie zu Unrecht nicht als reguläre Beschäftigte eingestuft werden. Doch hier sei nur am Rande bemerkt: Auch ein geringfügiges Beschäftigungsverhältnis ist ein ganz normales Teilzeitarbeitsverhältnis nach § 2 Abs. 2 TzBfG, die AN haben alle Rechte und Pflichten eines regulären Beschäftigten. Es kann daher sein, dass im Betrieb 14 Arbeitnehmer und mehr beschäftigt werden, indes nicht Vollzeit, so dass das KSchG im Ergebnis nicht zur Anwendung gelangt.

¹⁵⁵ Achtung: Diese Grenze gilt für sog. Altarbeitnehmer heutzutage immer noch, wenn durchweg mehr als 5 Alt-AN beschäftigt wurden – so Rspr. des BAG.

¹⁵⁶ § 23 I 4 KSchG.

2.5.2 Soziale Rechtfertigung der Kündigung, § 1 I, II 1 KSchG

In jedem Falle sind Arbeitgeber stets gut beraten, die Beschäftigtenzahl nach dem Berechnungsmodus des § 23 KSchG kontinuierlich zu beobachten. Denn bei Eingreifen des allgemeinen Kündigungsschutzes ändert sich schlagartig Alles: Der Arbeitgeber kann nur noch in ganz eng gesteckten Grenzen kündigen, d.h. die Kündigung muss zwingend sozial gerechtfertigt sein im Sinne von § 1 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 KSchG, damit sie überhaupt rechtswirksam ist. Kurzum, ein Arbeitgeber, der gedenkt den „elften“ AN einzustellen bzw. den AN, der dazu führt, dass im Unternehmen mehr als 10 AN (also 10,25 AN und mehr) beschäftigt sind, sollte diese Einstellung sehr genau überdenken und abwägen. Denn von 1 Sekunde auf die andere ändern sich schlagartig seine gesamten Kündigungsmöglichkeiten: Konnte er vorher quasi völlig frei entscheiden, welcher AN gekündigt werden soll, bedarf es nun stets einer gesonderten Rechtfertigung. Eine Kündigung ist bei Anwendung des allg. Kündigungsschutzgesetzes nämlich nur noch bei Vorliegen von verhaltens-, personen- oder betriebsbedingten Gründen zulässig. Das Arbeitsgericht prüft nun sehr genau. Kurzum, jede Kündigung bedarf nun der sozialen Rechtfertigung, bis wieder dauerhaft die Schwelle von maximal 10 AN erreicht ist. Konnte also im Kleinbetrieb (bis max. 10 AN) noch völlig frei gekündigt werden und zwar auch ohne vorherige Abmahnung (!), sieht nun alles komplett anders aus. So weitreichende Folgen die Anwendung des allgemeinen Kündigungsschutzes auch für die Arbeitgeberseite hat, genauso vorteilhaft ist das Eingreifen des KSchG für den Arbeitnehmer.

Es würde an dieser Stelle deutlich zu weit führen, sämtliche oben genannten 3 Kündigungsbereiche (verhaltens-, personen- und betriebsbedingte Kündigung i.S.v. § 1 II 1 KSchG) detailliert auszuführen. Nur so viel: Bei Anwendung des allg. Kündigungsschutzgesetzes hat einer verhaltensbedingten Kündigung unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes grds. eine einschlägige Abmah-

nung voranzugehen. Bei Kündigungen aus dringenden betrieblichen Gründen hat zwingend eine Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG zu erfolgen, d.h. eine betriebsbedingte Kündigung ist trotzdem sozial ungerechtfertigt, wenn der AG bei der Auswahl des AN 1.) die Dauer der Betriebszugehörigkeit, 2.) das Lebensalter, 3.) die Unterhaltspflichten und 4.) die Schwerbehinderung nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat. Auf Verlangen hat der Arbeitgeber die Gründe anzuführen, die zu der getroffenen sozialen Auswahl geführt haben. Jedoch: Nach § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG sind in die soziale Auswahl solche Arbeitnehmer nicht einzubeziehen, deren Weiterbeschäftigung, insb. wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes, im berechtigten betrieblichen Interesse liegt. Kurzum, Leistungsträger können aus der erforderlichen Sozialauswahl ggf. ausgenommen werden.

2.6 Keine Unwirksamkeit nach §§ 138, 242 BGB

Weiter darf keine Unwirksamkeit gem. §§ 138, 242 BGB vorliegen, wobei diese Prüfung insbesondere zum Tragen kommt, wenn sonst kein allgemeiner Kündigungsschutz einschlägig ist. Jedoch ist es ständige Rechtsprechung, dass der Arbeitgeber im Kleinbetrieb grds. frei in seiner Entscheidung ist, wer gekündigt wird und wer nicht. Nur in krassen Fällen, wenn der Arbeitgeber etwa eine langjährige Arbeitnehmerin mit 5 unterhaltsberechtigten Kindern kündigt, damit eben diese Stelle von einem jungen, ledigen Auszubildenden besetzt wird, mag man an eine Unwirksamkeit nach §§ 138, 242 BGB denken. Dies sind jedoch eng begrenzte Ausnahmefälle, so dass eben nicht „quasi durch die Hintertür“ allgemeiner Kündigungsschutz bzw. eine ebensolche Prüfung eröffnet wird. Ein anderer eher theoretischer Fall wäre dieser: Der Arbeitgeber verletzt den AN und kündigt diesem dann, weil er arbeitsunfähig krank ist. Nur am Rande sei bemerkt, dass ein kranker Arbeitnehmer selbstverständlich sonst grds. auch gekündigt werden darf – diese Frage

kommt mitunter von Arbeitgeberseite. Dies sind also alles mehr Prüfungspunkte, die der Vollständigkeit halber aufgenommen wurden, in der täglichen Praxis aber kaum weiter Bedeutung erlangen.¹⁵⁷

2.7 Einhaltung der Kündigungsfrist, § 622 BGB

Im Falle einer ordentlichen, also fristgerechten Kündigung hat der Arbeitgeber die richtige Kündigungsfrist einzuhalten. Diese ergibt sich primär aus dem geschlossenen Arbeitsvertrag, sonst aus anwendbarem Tarifrecht bzw. ggf. einer Betriebsvereinbarung. Nur wenn es hier keine einschlägige Regelung zur Kündigungsfrist gibt, gelangen die gesetzlichen Kündigungsfristen des § 622 BGB zur Anwendung. Es verlängert sich gemäß § 622 Abs. 2 BGB immer nur die Kündigungsfrist für den Arbeitgeber, während für den AN grds. die verkürzte Frist von 4 Wochen zum 15. eines Monats bzw. Ende des Kalendermonats gilt, es sei denn arbeitsvertraglich ist vereinbart, dass auch für den Arbeitnehmer die verlängerten Kündigungsfristen gelten.

§ 622 BGB Kündigungsfristen bei Arbeitsverhältnissen

(1) Das Arbeitsverhältnis eines Arbeiters oder eines Angestellten (Arbeitnehmers) kann mit einer Frist von **4 Wochen** zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats gekündigt werden.

(2) Für eine Kündigung durch den Arbeitgeber beträgt die Kündigungsfrist, wenn das Arbeitsverhältnis in dem Betrieb oder Unternehmen

1. zwei Jahre bestanden hat, **1 Monat** zum Ende eines Kalendermonats,
2. fünf Jahre bestanden hat, **2 Monate** zum Ende eines Kalendermonats,

¹⁵⁷ Relevant könnte aber § 612 a BGB werden, wenn ein Fall einer Maßregelungskündigung vorliegt.

3. acht Jahre bestanden hat, **3 Monate** zum Ende eines Kalendermonats,
4. zehn Jahre bestanden hat, **4 Monate** zum Ende eines Kalendermonats,
5. zwölf Jahre bestanden hat, **5 Monate** zum Ende eines Kalendermonats,
6. 15 Jahre bestanden hat, **6 Monate** zum Ende eines Kalendermonats,
7. 20 Jahre bestanden hat, **7 Monate** zum Ende eines Kalendermonats.

(Bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer werden Zeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahrs des Arbeitnehmers liegen, nicht berücksichtigt.) § 622 II 2 BGB ist nicht mehr anzuwenden!¹⁵⁸

(3) Während einer vereinbarten Probezeit, längstens für die Dauer von sechs Monaten, kann das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden.

(4) Von den Absätzen 1 bis 3 abweichende Regelungen können durch Tarifvertrag vereinbart werden. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrags gelten die abweichenden tarifvertraglichen Bestimmungen zwischen nicht tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, wenn ihre Anwendung zwischen ihnen vereinbart ist.

(5) Einzelvertraglich kann eine kürzere als die in Absatz 1 genannte Kündigungsfrist nur vereinbart werden,

1. wenn ein Arbeitnehmer zur vorübergehenden Aushilfe eingestellt ist; dies gilt nicht, wenn das Arbeitsverhältnis über die Zeit von drei Monaten hinaus fortgesetzt wird;

¹⁵⁸ § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB darf nicht mehr angewendet werden, weil die Regelung mit dem Recht der Europäischen Union unvereinbar ist, vgl. BAG, Urt. v. 01.09.2010, 5 AZR 700/09, BAGE 135, 255 = NJW 2010, S. 3740 = NZA 2010, S. 1409 = DB 2010, S. 2620 (im Anschluss an EuGH v. 19.01.2010 - C-555/07 – Küçükdeveci).

2. wenn der Arbeitgeber in der Regel nicht mehr als 20 Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten beschäftigt und die Kündigungsfrist vier Wochen nicht unterschreitet.

Bei der Feststellung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer sind teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von nicht mehr als 20 Stunden mit 0,5 und nicht mehr als 30 Stunden mit 0,75 zu berücksichtigen. Die einzelvertragliche Vereinbarung längerer als der in den Absätzen 1 bis 3 genannten Kündigungsfristen bleibt hiervon unberührt.

(6) Für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer darf keine längere Frist vereinbart werden als für die Kündigung durch den Arbeitgeber.

Mit Blick auf die aktuelle Entscheidung des BAG vom 20.6.2013, Az. 6 AZR 805/11¹⁵⁹ dürfte der Arbeitgeberseite anzuraten sein, neuerdings entweder den Kündigungstermin anzugeben oder wenigstens die Kündigungsfrist anzugeben. Nur die knappe Formulierung „Wir kündigen das Arbeitsverhältnis fristgerecht zum nächstmöglichen Zeitpunkt.“ könnte gewisse Unsicherheiten in sich bergen. Nach dem Bundesarbeitsgericht ist aber auch ein Hinweis auf die maßgeblichen gesetzlichen Fristenregelungen ausreichend, wenn der Erklärungsempfänger hierdurch unschwer ermitteln kann, zu welchem Termin das Arbeitsverhältnis enden soll. Auch im vom BAG entschiedenen Fall bekam die Arbeitgeberseite bzw. der Insolvenzverwalter letztlich recht.

Nur kurz angemerkt sei noch, dass der Insolvenzverwalter nach § 113 S. 2 InsO mit einer verkürzten Kündigungsfrist von nur 3 Monaten zum Monatsende kündigen kann, wenn nicht ohnehin eine kürzere Frist maßgeblich ist (also bei Beschäftigungsverhältnissen von weniger als 8 Jahren, vgl. § 622 II 1 Nr. 3 BGB). Ansonsten hat

¹⁵⁹ Vgl. BAG, Urt. v. 20.6.2013 – 6 AZR 805/11, abrufbar unter www.bundesarbeitsgericht.de.

der Insolvenzverwalter aber alle regulären Kündigungsanforderungen zu beachten, wie oben dargestellt.

3 3-Wochen-Frist für Erhebung Kündigungsschutzklage, § 4 KSchG

Nach § 4 S. 1 KSchG hat der gekündigte Arbeitnehmer zwingend innerhalb einer Frist von 3 Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Kündigungsschutzklage zum Arbeitsgericht¹⁶⁰ zu erheben, wenn er geltend machen will, dass eine Kündigung sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist. Der Klageantrag muss lauten „auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist“. Es ist hierbei stets angezeigt, der Klage die Kündigung als Anlage beizufügen. Denn wenn versehentlich eine falsche Partei verklagt wird, kann das Arbeitsgericht immer noch die Kündigungserklärung zur Auslegung heranziehen, wer eigentlich verklagt werden soll. Der Arbeitnehmer kann die Klage dabei auch selbst erheben und ggf. sogar zu Protokoll der Geschäftsstelle erklären. Eine anwaltliche Vertretung ist vor den Arbeitsgerichten nicht erforderlich, wenn auch sicherlich sehr sinnvoll und angezeigt. Auf Arbeitgeber- wie auch Arbeitnehmerseite führt fachkundiger anwaltlicher Rat generell zu besseren Ergebnissen. Sollte indes die 3-Wochen-Frist¹⁶¹ zur Erhebung der Kündigungsschutzklage nicht gewahrt worden sein, so werden (alle) Unwirksamkeitsgründen gemäß § 7 KSchG „geheilt“. Die Kündigung gilt dann als von Anfang an wirksam, wenn nicht ausnahmsweise eine nachträgliche Zulassung der Klage nach § 5 KSchG möglich ist.

¹⁶⁰ Wichtig ist hierbei nur überhaupt Klage zum Arbeitsgericht (ggf. vorab per Fax) zu erheben. Wird das örtlich unzuständige Arbeitsgericht angerufen, so ist dies unschädlich, die 3-Wochen-Frist ist dennoch gewahrt!

¹⁶¹ Die Fristberechnung ist ganz einfach: Der AN bekommt die Kündigung z.B. am Donnerstag per Post oder persönlich übergeben, die Frist endet dann ebenfalls an einem Donnerstag um 24.00 Uhr 3 Wochen später.

4 Das Arbeitsgerichtsverfahren

Für sämtliche arbeitsrechtlichen Streitigkeiten – so auch Kündigungsschutzverfahren – sind die Arbeitsgerichte im ersten Rechtszug generell zuständig. Das Verfahren vor dem Arbeitsgericht richtet sich prozessual nach dem Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG). Speziell das arbeitsgerichtliche Verfahren ist in besonders hohem Maße auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits ausgelegt (vgl. § 57 Abs. 2 ArbGG), was bereits an der frühzeitigen Terminierung eines Güte-termins (vgl. § 54 ArbGG) ersichtlich wird.

4.1 Zuständigkeit für Kündigungsschutzklagen: Arbeitsgericht

Das Arbeitsgericht ist regelmäßig das Gericht I. Instanz für Streitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer – insbesondere für sog. Bestandsschutzstreitigkeiten (vor allem Kündigungsschutzklagen). Der Spruchkörper des Arbeitsgerichts ist die „Kammer“, sie entscheidet mit einem Berufsrichter und 2 ehrenamtlichen Richtern, von denen einer aus der Reihe der Arbeitnehmer und der andere aus dem Kreis der Arbeitgeber stammt. Alle drei Mitglieder der Kammer haben theoretisch je eine Stimme. Es darf aber davon ausgegangen werden, dass der Arbeitsrichter sicherlich die treibende Kraft ist – denn er hat Jura studiert und erläutert die juristischen Zusammenhänge daher meist so, wie er sie sieht (Beratungen sind aber geheim).

4.2 Ablauf des Arbeitsgerichtsverfahrens

Das Verfahren vor dem Arbeitsgericht wird grundsätzlich mit einem frühen Güte Termin vor dem Kammervorsitzenden (ohne Hinzuziehung der ehrenamtlichen Richter) eingeleitet. Dieser Termin soll kurzfristig nach Einreichung der Klage stattfinden, wobei gemäß § 61 a ArbGG eine besondere Prozessförderungspflicht in Kündigungsschutzverfahren gilt. Nach dessen Abs. 2 soll die Güteverhandlung daher „innerhalb von 2 Wochen nach Klageerhebung“ stattfinden.

Die Praxis zeigt jedoch, dass hier meist 3 Wochen und mehr vergehen. Die Arbeitsgerichte in Deutschland sind generell überlastet. Der Gütetermin dient der ersten, vorläufigen Einschätzung der Sach- und Rechtslage und dem Versuch, eine schnelle gütliche Einigung zu erzielen (vgl. § 54 Abs. 1 ArbGG). Scheitert der Termin, so findet ein weiterer Termin ("Kammertermin") vor der gesamten Kammer statt. Diesen müssen die Parteien durch Schriftsätze vorbereiten. Erscheint eine Partei im Termin nicht, kann ein Versäumnisurteil (VU) beantragt werden. Es ist in der Praxis aber auch durchaus möglich mit Zustimmung der Parteien einen 2. Gütetermin, der alsbald stattzufinden hat, gem. § 54 Abs. 1 S. 5 ArbGG anzusetzen. Sehr oft wird direkt im Gütetermin ein Vergleich bzw. ggf. ein Widerrufsvergleich geschlossen, der mit einer bestimmten Frist (z.B. 2 Wochen) von einer oder beiden Parteien widerrufen werden kann.

Gegen Urteile des Arbeitsgerichts ist das Rechtsmittel der Berufung gem. §§ 64 ff. ArbGG zulässig, wenn der Streitwert 600,00 Euro übersteigt oder das Arbeitsgericht die Berufung zugelassen hat bzw. in Bestandsschutzstreitigkeiten immer. Die Berufung wird vor dem Landesarbeitsgericht verhandelt. Gegen Urteile des Landesarbeitsgerichts ist ggf. das Rechtsmittel der Revision nach §§ 72 ff. ArbGG zum BAG eröffnet, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Die Revision muss entweder durch das LAG selbst oder im Rahmen einer Nichtzulassungsbeschwerde durch das Bundesarbeitsgericht zugelassen worden sein. Ausnahmsweise kann eine Sprungrevision gem. § 76 ArbGG direkt vom Arbeitsgericht zum Bundesarbeitsgericht eingelegt werden, wenn der Gegner schriftlich zustimmt und wenn sie vom Arbeitsgericht auf Antrag im Urteil oder nachträglich durch Beschluss zugelassen wird.

Vor dem Arbeitsgericht besteht in erster Instanz, wie bereits dargestellt, kein Anwaltszwang. Wenn gleichwohl ein Anwalt eingeschaltet wird, können im Urteilsverfahren die Anwaltskosten, die in der ersten Instanz entstehen – anders als im ordentlichen Zivilprozess –

von der Gegenseite auch im Falle des Obsiegens nicht ersetzt verlangt werden (§ 12a ArbGG). Dies ist eine absolute Besonderheit des Arbeitsrechts. Gewinnt eine Partei in einem späteren Rechtszug, also im Berufungs- bzw. Revisionsverfahren, ist die unterlegene Seite zur Erstattung der Anwaltskosten des Gegners (nur) in diesen beiden Instanzzügen verpflichtet. Der Grundsatz, dass die Kosten des Anwalts in der ersten Instanz nicht erstattet werden, gilt allerdings nicht für die Kosten, die dadurch entstanden sind, dass die Klage zunächst bei einem anderen Gericht (z. B. Amtsgericht) erhoben wurde, welches sich dann für unzuständig erklärt und das Verfahren an das Arbeitsgericht abgegeben hat (§ 12a Abs. 1 Satz 3 ArbGG).

Verfahren vor dem Arbeitsgericht unterliegen generell einem besonderen Beschleunigungsgrundsatz. Das Arbeitsgericht muss versuchen, die Sachen möglichst schnell zu verhandeln. Hierfür hat es die Möglichkeit, den Parteien kurze Fristen zu setzen und auch anzuordnen, dass Vortrag, der verspätet eingereicht wird, nicht berücksichtigt werden kann. Nach Möglichkeit ist das Verfahren in einem Kammertermin zu erledigen. Trotz dieser Vorgabe sind die Verfahrenslaufzeiten an den Arbeitsgerichten sehr unterschiedlich, teilweise benötigen die Gerichte bis zu einem Urteil nur 3-6 Monate, teils über 1 Jahr. Die lange Verfahrensdauer und das damit einhergehende Erledigungsinteresse der Parteien begünstigen in hohem Maße (schnelle) Vergleichsabschlüsse.

5 Grundlegendes zur Abfindung

In aller Regel können Betroffene aber zumindest die finanziellen Folgen einer Kündigung mit einer Abfindungszahlung abmildern. Manche Irrtümer halten sich jedoch hartnäckig: Es ist grundsätzlich falsch, dass Arbeitnehmer in Deutschland im Falle einer Kündigung Anspruch auf eine Abfindung hätten. Es ist richtig, dass eine Vielzahl an Verfahren durch Vergleich mit Abfindungszahlung enden, indes nicht, weil hierauf ein gesetzlicher Anspruch bestünde (siehe

oben in der Einleitung). Laut einer Studie der Bertelsmann-Stiftung glauben sogar zwei Drittel aller Deutschen, dass dieses Prozedere in einem speziellen „Abfindungsgesetz“ geregelt sei. Wunsch und Rechtswirklichkeit klaffen also weit auseinander. Ein spezielles Gesetz zum finanziell attraktiven Ausscheiden sucht man in Deutschland vergebens, ebenso ein generelles Recht auf Abfindung. Dennoch enden aus den eingangs geschilderten Gründen etliche Kündigungsschutzverfahren mit einer Abfindungssumme.

Ganz selten kommt es in der anwaltlichen Praxis vor, dass der gekündigte Arbeitnehmer seinen alten Arbeitsplatz tatsächlich zurück haben möchte.¹⁶² In aller Regel geht es, wie in allen Rechtsstreitigkeiten, „ums Geld“. Dies ist allen Beteiligten bewusst, dennoch muss nach aktueller Gesetzeslage (Kündigungsschutzgesetz, KSchG) nun mal der Weg der Kündigungsschutzklage beschritten werden, um letztlich ggf. an eine Abfindung zu kommen. Als Faustformel hat sich bei allen Arbeitsrechtlern, also speziell den Richtern und Anwälten eingebürgert, im Falle einer wackeligen Kündigung und eines Vergleichs mit Abfindungszahlung $\frac{1}{2}$ Bruttomonatsgehalt pro Jahr der Beschäftigung zu vereinbaren, mal mehr mal weniger – abhängig von den Erfolgsaussichten der Kündigungsschutzklage. Wenn der Arbeitgeber sehr gute Erfolgsaussichten hat, dass die Kündigung wirksam ist und damit Bestand haben dürfte, fällt die Abfindung deutlich geringer aus. Wenn der Arbeitnehmer aber voraussichtlich erfolgreich sein wird mit seiner Klage, also ein beträchtliches Annahmeverzugsrisiko für den Arbeitgeber droht, wird der AG mitunter auch bereit sein 1 oder sogar 2 Bruttomonatsgehälter / Beschäftigungsjahr zu zahlen. Es ist eben letztlich Verhandlungssache, wobei die Erfolgsaussichten maßgeblich die Abfindungshöhe bestimmen.

¹⁶² Ein Blick in die Statistik beweist allerdings, dass diese Fälle die Ausnahme sind: Weniger als zwei Prozent aller Gekündigten, die gegen ihre Entlassung Klage erhoben und den Prozess gewonnen haben, kehren tatsächlich zurück.

Kurzum, der Kündigungsschutzprozess ist in den meisten Fällen nicht mehr als eine Art „Scheingefecht“, bei dem es nur vordergründig um den Bestand des Arbeitsverhältnisses geht, i.d.R. ist die Zahlung einer hohen Abfindung das eigentlich erklärte Ziel. Dass es auf solche Zahlungen keinerlei gesetzlichen Anspruch gibt, stört niemanden. Die Ursache ist im komplexen deutschen Arbeitsrecht zu sehen, das kaum noch eine verlässliche Prognose über den Ausgang des Prozesses zulässt und zudem sicher in dem weiteren Umstand, dass der eine Richter die Kündigung „durchwinken“ würde, der andere Richter hingegen zu Gunsten des AN entscheidet. So ist es durchaus denkbar, dass die ersten beiden Instanzen dem Arbeitnehmer recht geben, das Bundesarbeitsgericht dann aber letztlich doch zugunsten des Arbeitgebers entscheidet.¹⁶³ Andersherum ist dies natürlich genauso denkbar. Eben diese unkalkulierbaren Risiken will man mit einem Vergleich samt Abfindungszahlung letztlich einfangen. Diese Ungewissheit ist für Unternehmen äußerst unerfreulich: Ein Prozess über mehrere Instanzen kann sich nicht nur jahrelang hinziehen – er ist auch ausgesprochen kostenintensiv. Arbeitgeber, die schnell Rechtssicherheit wollen, sind daher oft gut beraten, dem gekündigten Mitarbeiter etwas Geld mit auf den Weg zu geben und sich dafür endlose juristische Querelen zu ersparen – man nennt dies „Vergleich im Erledigungsinteresse“. Dies stellt aber keinen unbedingten Automatismus dar. Denn es gibt durchaus Fälle, in denen sich ein langer Rechtsstreit für den Arbeitgeber doch lohnt, wenn der Mitarbeiter etwa während der gerichtlichen Auseinandersetzung eine neue Stelle gefunden hat oder sich ohnehin im Krankengeldbezug befindet, ist das ggf. bestehende Annahmeverzugsrisiko relativ überschaubar.

Auch einige Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen gewähren Arbeitnehmern mitunter ausnahmsweise einen verbindlichen An-

¹⁶³ So geschehen z.B. in der Entscheidung BAG, Urt. v. 20.6.2013 – 6 AZR 805/11, abrufbar unter www.bundesarbeitsgericht.de, Pressemitteilung Nr. 41/13 des BAG.

spruch auf eine Entschädigung für den Arbeitsplatzverlust. Zudem kann sich ein Mitarbeiter eine Abfindung sichern, wenn er im Fall einer betriebsbedingten Kündigung von vorneherein auf eine Kündigungsschutzklage verzichtet. In dieser Konstellation (vgl. § 1 a KSchG) muss der Arbeitgeber allerdings schon im Kündigungsschreiben ausdrücklich darauf hinweisen, dass er sich aus dringenden betrieblichen Gründen von dem Mitarbeiter trennen will, und zudem klarstellen, dass der AN die Abfindung nur dann beanspruchen kann, wenn er die dreiwöchige Klagefrist verstreichen lässt. Nach § 1 a Abs.2 S. 1 KSchG beträgt die Höhe der Abfindung 0,5 Monatsverdienste für jedes Jahr der Beschäftigung. Bislang haben Arbeitgeber von dieser Möglichkeit allerdings nur recht sparsam Gebrauch gemacht.

Wenn der Arbeitnehmer im Falle einer fristgerechten Kündigung die reguläre Kündigungsfrist einhält, muss er sich die Abfindung auch nicht auf sein Arbeitslosengeld anrechnen lassen. Anders sieht dies naturgemäß dann aus, wenn der AN eine hohe Abfindung erhält, nur weil er sich auf eine verkürzte Kündigungsfrist einigt, dies soll nicht zu Lasten der Solidargemeinschaft gehen, der Arbeitslosengeldanspruch ruht grds. bis zum regulären Arbeitsvertragsende (vgl. § 158 SGB III, früher § 143 a SGB III). Anders als bei einer Sperrzeit bedeutet das aber nicht, dass der Erwerbslose sich insgesamt mit weniger Geld begnügen muss. Der Beginn der Zahlung des Arbeitslosengeldes wird lediglich nach hinten verschoben.

Die Zeiten, in denen Abfindungen zumindest teilweise steuerfrei waren, sind unwiederbringlich vorbei. Inzwischen unterliegen die Zahlungen in vollem Umfang der Einkommensteuer. Allerdings wird die Abfindung günstiger versteuert.

6 Fazit

Kündigungen sind höchst fehleranfällig, so dass Arbeitgeber wie auch Arbeitnehmer sich unbedingt anwaltlich beraten bzw. vertreten lassen sollten. Im Falle einer fristlosen Kündigung gem. § 626

BGB ist zudem besonderes Augenmerk drauf zu richten, unbedingt die 2-Wochen-Frist nach Abs. 2 zu beachten, d.h. spätestens zwei Wochen nach Kenntnis vom wichtigen Kündigungsgrund die fristlose Kündigung zu erklären. Ob nun im Einzelfalle zu einer fristlosen oder vielmehr fristgerechten Kündigung zu raten ist, bedarf genauer rechtlicher Prüfung und Beratung im Vorfeld.

Literaturverzeichnis

Jentsch, Martina / Lostermann, Jan: „Wer darf unterzeichnen? – Grundlagen zur Kündigung“, AuAR 2012, S. 90 ff.

Palandt: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB), 71. Aufl.
München 2012

L. Finanzbranche im Umbruch – Neue Maßstäbe in der Bankenregulierung

Zülch, Heiko

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	259
Abbildungsverzeichnis	260
1 Einleitung	261
2 Basel III	261
2.1 CRD IV als zentrales Element von Basel III	261
2.2 Mehr und wertigeres Eigenkapital	262
2.3 Gewachsene Liquiditätsanforderungen	263
2.4 Wichtige Differenzierungen enthalten	264
2.5 Begrenzung von Bonuszahlungen	264
2.6 Offenlegungspflichten	264
2.7 Umsetzung von Basel III in den USA	265
2.8 Kritik	265
3 Trennbankensystem	267
3.1 Liikanen-Vorschläge als Ausgangsbasis	267
3.2 Ähnliche Konzepte	268
3.3 Meinungen sehr geteilt	268
4 Bankenunion	270
4.1 Zwei Säulen zur Sicherung der Finanzstabilität	270
4.2 Einheitlicher Abwicklungsmechanismus (SRM)	270
4.3 Bankenaufsicht	271
4.3.1 Basler Grundsätze – Das Grundgesetz der Bankenaufseher	271
4.3.2 Jetzige Form der Bankenaufsicht nicht haltbar ...	272
4.3.3 SSM als neuer Aufsichtsmechanismus	273
5 Ma Risk – Neufassung seit 2013 in Kraft	274
5.1 Die zweite Säule von Basel II	274

5.2	Aufbau	275
5.3	Änderungen zum 01.01.2013	275
5.4	Umsetzung der neuen Regelungen	276
6	Derivate-Regulierung (EMIR).....	277
6.1	Hintergrund	277
6.2	Stand der Umsetzung	277
6.3	Nationale Besonderheiten.....	277
6.4	Regelungsbereiche	278
6.5	Weitreichende Auswirkungen	279
7	Abschließende Bewertung.....	279

Abbildungsverzeichnis

Abbildung L - 1:	Basel III: Kapitalanforderungen ab 2019.....	263
------------------	--	-----

1 Einleitung

Die notwendige Neugestaltung des Ordnungsrahmens für die Finanzindustrie im Nachgang der Finanz- und Schuldenkrise ist derzeit in vollem Gange. Die Finanzbranche sieht sich in den kommenden Monaten und Jahren erheblichen regulatorischen Veränderungen gegenüber. Nachdem sich die Ereignisse zuletzt geradezu überschlagen haben, scheint die Zeit reif für einen Überblick über den aktuellen Stand der Dinge bei den wichtigen Themenkomplexen Basel III, Trennbankensystem, Bankenunion, MaRisk und der Derivate-Regulierung EMIR.

2 Basel III

2.1 CRD IV als zentrales Element von Basel III

Am 16. Dezember 2010 veröffentlichte der Basler Ausschuss für Bankenaufsicht die beiden als „Basel III“ bekannten Rahmenwerke „Basel III: Ein globaler Regulierungsrahmen für widerstandsfähigere Banken und Bankensysteme“ sowie „Basel III: Internationale Rahmenvereinbarung über Messung, Standards und Überwachung in Bezug auf das Liquiditätsrisiko“. Die Rahmenwerke sollen den Bankensektor stärken und künftigen Finanzkrisen vorbeugen. Angelehnt an diese Vorgaben legte die EU-Kommission am 20. Juli 2011 ihren Gesetzgebungsvorschlag zur Umsetzung vor. Dabei handelt es sich um ein Paket aus einer (in nationales Recht umzusetzenden) Richtlinie und einer (unmittelbar geltenden) Verordnung, das gemeinhin als „CRD IV“ (Capital Requirement Directive und Capital Requirement Regulation) bezeichnet wird und womit die Basel III-Vorgaben in europäisches Recht übersetzt werden sollen. CRD IV ist somit das zentrale Element von Basel III und soll die mehr als 8.000 Kreditinstitute mit Sitz in der EU bzw. der ausländischen Banken, die mit Niederlassungen in der EU operieren, reglementieren. Unter anderem zielt das zum 01. Januar 2014 in Kraft tretende Rahmen-

werk darauf ab, dass Banken künftig nicht nur mehr, sondern auch qualitativ wertigeres Eigenkapital vorhalten müssen.

2.2 Mehr und wertigeres Eigenkapital

Nachdem die Banken bislang lediglich 2 Prozent ihrer risikogewichteten Aktiva als hartes Kernkapital (Core Tier 1) vorhalten mussten, so sehen die neuen Regeln 4,5 Prozent vor. Ergänzt wird dieses um einen Kapitalerhaltungspuffer i. H. v. 2,5 Prozent. Hinzu kommt ein antizyklischer Kapitalpuffer bis zu einer Höhe von 2,5 Prozent. Letzterer kann von den nationalen Aufsehern individuell festgelegt werden. Tendenziell soll dieser in Boomphasen auf- und in Schwächephase abgebaut werden, um die Prozyklizität zu mindern, die mit der Risikogewichtung der Aktiva einhergeht. Hinzu kommt ein systemischer Risikopuffer von bis zu 5 Prozent, der durch die nationalen Aufseher allein bzw. erst nach Konsultation der EU-Kommission auferlegt werden kann. Derzeit wurde die Entscheidung über die verbindliche Einführung einer vom Risikogewicht der Aktiva unabhängig berechneten Höchstverschuldungsquote (Leverage Ratio) auf 2017 vertagt. Sowohl die Höhe als auch die Bedeutung der Zahl (Erst- oder Nachrangigkeit) sind umstritten.

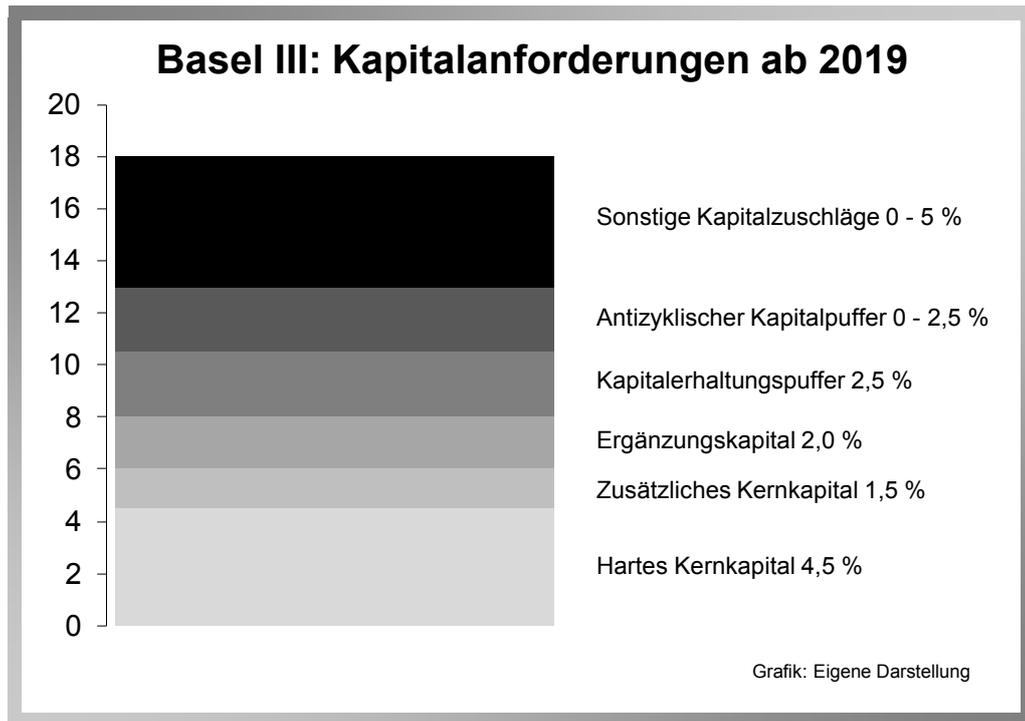


Abbildung L - 1: Basel III: Kapitalanforderungen ab 2019

2.3 Gewachsene Liquiditätsanforderungen

Erstmals werden Anforderungen an die Liquidität der Banken eingeführt. Zwei Kennziffern stehen im Fokus. Zum einen die Liquidity Cover Ratio (LCR). Für den Stressfall soll sichergestellt sein, dass für einen Zeitraum von 30 Kalendertagen ausreichend liquide Aktiva vorgehalten werden, um prognostizierte Liquiditätsabflüsse auszugleichen. Ihre Einführung ist stufenweise vorgesehen. 2015 müssen Kreditinstitute zunächst 60 Prozent der LCR erfüllen. Danach steigt der Anteil jährlich um 10 Prozentpunkte. Abweichend vom Vorschlag des Basler Ausschusses ist die vollständige Einhaltung aber schon für 2018, nicht erst für 2019 zu gewährleisten. Ergänzt wird die LCR durch die Net Stable Funding Ratio (NSFR). Diese Kennziffer zielt auf die Fristenkongruenz ab und soll messen, ob auf mittlere Sicht eine stabile Refinanzierung der Aktiva gewährleistet ist.

2.4 Wichtige Differenzierungen enthalten

Die Novelle enthält wichtige Differenzierungen. Beispielsweise sollen Institute, die vorrangig Kredite an mittelständische Unternehmen vergeben, nicht benachteiligt werden. Vor diesem Hintergrund hat man sich darauf verständigt, dass bei Krediten an kleinere und mittlere Unternehmen (KMU) mittels eines Ausgleichsfaktors ein geringeres Risikogewicht angesetzt wird. Auch soll dieser Faktor bei Gründer-Finanzierungen zum Tragen kommen. Hinzu kommt die sogenannte Retailgrenze. Sie wurde von 1 Mio. auf 1,5 Mio. Euro angehoben, sodass nun mehr Kredite unter die entlastende Neuregelung fallen.

2.5 Begrenzung von Bonuszahlungen

Erstmals in der Geschichte der europäischen Bankenregulierung wird es Regeln bezüglich der Höhe von Bonuszahlungen für Banker geben. Grundsätzlich sollen die Erfolgsprämien das Grundgehalt nicht mehr überschreiten. In Ausnahmefällen darf der Bonus das Festgehalt um das Doppelte übersteigen, was die Hauptversammlung aber mit einer Dreiviertelmehrheit genehmigen muss. Besteht ein Bonus zu 30 Prozent aus Wertpapieren mit einer Laufzeit von mindestens 5 Jahren, darf er noch etwas höher ausfallen, da in diesem Fall der Wertverlust durch Inflation Berücksichtigung finden kann.

2.6 Offenlegungspflichten

Banken in der EU müssen ab 2015 Gewinne, Steuerzahlungen sowie die Summe ihrer staatlichen Hilfen (aufgegliedert nach Ländern, in denen sie tätig sind) offenlegen. Für 2014 ist noch eine vertrauliche Übermittlung der Daten an die EU-Kommission vorgesehen, die zunächst noch prüfen wird, ob es zu Nachteilen im internationalen Wettbewerb kommt. Ggf. kann die Kommission dann eine Verschiebung oder Korrektur vorschlagen.

2.7 Umsetzung von Basel III in den USA

Lange Zeit war unklar, ob und wann die künftigen EU-Regeln in den USA eingeführt werden. So wurde Basel II zwar von den USA angestoßen, gleichwohl dort nie eingeführt. Nunmehr wurde kommuniziert, dass die Basel III-Regeln auch für die größten US-Banken in amerikanisches Recht umgesetzt werden sollen. Nach Darstellung der US-Notenbank sollen die Vorgaben teilweise strenger sein als die, die sich aus Basel III ergeben. Die Leverage Ratio, also der Mindestanteil des Kernkapitals an der Bilanzsumme, soll sich auf mindestens 4 Prozent belaufen und damit einen Prozentpunkt über dem Basel III-Übergangswert liegen. Die Kernkapitalquote für die risikogewichteten Aktiva soll von 4 auf 6 Prozent steigen. Erleichterungen für die kleineren Institute des Landes wurden in Aussicht gestellt. Derweil sorgen die Pläne der USA, Auslandsbanken mit bedeutenden Aktivitäten in den USA separaten Kapitalvorgaben zu unterwerfen, international für Kritik. Anshu Jain, Co-Vorstandsvorsitzender der Deutschen Bank, bezeichnete die Pläne als den bisher bedeutendsten Schritt weg von einer globalen Harmonisierung der Regulierung. Das Institute of International Finance (IIF, ein globaler Verband mit über 450 angeschlossenen Kreditinstituten) legte nach und warnte vor einer „Balkanisierung“ des Finanzsystems. Der Verband monierte die Unvereinbarkeiten der geplanten US-Regeln mit internationalen Vereinbarungen, warnte davor, dass das Vorhaben ein fragileres Finanzsystem nach sich zöge und bezeichnete die Perspektive der USA in diesem Zuge als „Besorgnis erregend.“

2.8 Kritik

Ein teilweise geäußertes, grundsätzlicher Kritikpunkt zielt darauf ab, dass sich die Ausgestaltung der Regulierung zu stark an den Erfahrungen aus der Finanzkrise und den Gegebenheiten, die zu ihrem Entstehen geführt haben, orientiert. Einige Kritiker betonen, dass in der Vergangenheit bereits häufiger bewiesen wurde, dass

sich Krisen nicht exakt wiederholen. Sie vermuten, dass sich potenzielle Auslöser einer nächsten Krise an anderen Stellen des Finanzsystems verbergen könnten.

Ein anderer, häufig geäußelter Kritikpunkt ist, dass den europäischen Instituten durch die gewachsenen Kapital- und Liquiditätsanforderungen im internationalen Vergleich Wettbewerbsnachteile entstehen können. Nicht wenige Branchenkenner befürchten zudem, dass Top-Kräfte aus Europa wegen der Gehälterbegrenzungen z. B. in die USA abwandern. Auch eine mögliche Umgehung der Regelungen wird kritisiert. So könnten z. B. Unternehmenssitze verlegt oder Fixgehälter entsprechend angehoben werden. In diesem Zusammenhang hegen einige Juristen ohnehin Bedenken, da sie in Frage stellen, ob die Neuregelungen zu den Bonuszahlungen rechtlich überhaupt haltbar sind. Ihren Angaben zufolge könnte die Beschränkung der Bonuszahlungen gegen geltendes EU-Recht, gegen die Verfassung einzelner Länder und/oder gegen den Grundsatz der Vertragsfreiheit verstoßen.

Andere kritische Stimmen stellen die Frage, ob die Stärkung der Kapitalbasis für einen neuerlichen Krisenfall überhaupt ausreichend ist. Tatsächlich haben die Banken in den letzten Monaten und Jahren zwar bereits erhebliche Anstrengungen unternommen, um ihre Kapitalbasis angesichts der bevorstehenden Neuregelungen zu stärken, jedoch moniert die Aufsichtsbehörde EBA (European Banking Authority), dass von dem im Jahr 2012 aufgebrauchten Eigenkapital im Volumen von 115 Mrd. Euro lediglich rund die Hälfte aus „echten“ Kapitalerhöhungsmaßnahmen stammt. Die andere Hälfte basiert auf veränderten Risikomodellen, Bilanzierungsspielräumen etc. In diesem Zusammenhang kommt ein weiterer wesentlicher Kritikpunkt zum Tragen. So gelten innerhalb Europas nach wie vor keine klaren Regeln, auf welche Art und Weise Finanzinstitute ihre mit Kapital zu unterlegenden Vermögenswerte ermitteln. Der Vorsitzende des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht, Stefan Ingves, be-

klagte eklatante Unterschiede in den Handelsbüchern der Banken. So ergab eine Fallstudie unter 16 Großbanken (aus Deutschland, Europa und den USA), bei der auf Basis eines gegebenen Portfolios die Eigenkapitalunterlegung der Institute verglichen wurde, erhebliche Diskrepanzen. Im niedrigsten Fall bezifferte eine Bank die erforderliche Eigenkapitalunterlegung auf 13,4 Mio. Euro, im höchsten Fall auf 34,2 Mio. Euro. Den Angaben zufolge beruhte ein Großteil der Abweichungen auf Maßgaben nationaler Aufseher. Zu einem ähnlichen Ergebnis kam die EBA, die den Umgang mit Bilanzrisiken bei 89 Banken in 16 EU-Mitgliedsländern untersuchte. Auch sie schlussfolgerte „materielle Differenzen“. Allein bei den 20 größten Häusern belief sich die Differenz zwischen der Höchst- und Niedrigstbewertung der Risiken auf 46 Prozent. Die EBA erklärte die Abweichungen – wie auch der Basler Ausschuss – zum einen mit unterschiedlichen regulatorischen Ansätzen in den einzelnen Mitgliedsländern, zum anderen aber auch damit, dass die Banken ihre Risiken durch eigene Modelle unterschiedlich bewerteten. Als Folge sieht die EBA die Erfordernis weiterer Untersuchungen „und möglicherweise aufsichtliche Lösungen“. Bis zum Jahresende sollen hier weitere Erkenntnisse gewonnen werden.

3 Trennbankensystem

3.1 Liikanen-Vorschläge als Ausgangsbasis

Nach wie vor fehlen auf EU-Ebene einheitliche Regeln, wie Banken in einer Schieflage abgewickelt werden können. Ein mögliches Trennbankensystem soll diesen Vorgang erleichtern, indem das klassische Kredit- und Einlagengeschäft der Universalbanken von ihrer Investmentbanking-Sparte losgelöst und das riskantere Handelsgeschäft im Fall einer Schieflage gesondert abgewickelt werden kann. Die Überlegungen basieren auf den Vorschlägen einer EU-Expertengruppe um den finnischen Notenbankgouverneur Erkki Liikanen aus dem Herbst 2012. In Deutschland hat der Bundesrat im Juni 2013 das „Gesetz zur Abschirmung von Risiken und zur Pla-

nung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Finanzgruppen“ (sog. „Trennbankengesetz“) verabschiedet. In Anlehnung an die Liikanen-Vorschläge enthält es

- Regelungen zur Erstellung von Sanierungs- und Abwicklungsplänen („Bankentestamente“)
- Neue Strafvorschriften für Bankmanager
- Vorschriften zur Einführung eines Trennbankensystems in Anlehnung an die Ideen des Liikanen-Reports.

3.2 Ähnliche Konzepte

Neben den Liikanen-Vorschlägen existieren ähnliche Trennbankkonzepte, beispielsweise in den USA die Volcker-Regel oder in Großbritannien der Vickers-Report. Die drei Konzepte unterscheiden sich eklatant und sind gleichzeitig kaum zu erfüllen. So sieht die Volcker-Regel (benannt nach dem US-Senator Paul Volcker) vor, dass Universalbanken überhaupt keinen Eigenhandel betreiben dürfen. Das Vickers-Konzept (benannt nach dem Ökonomen John Vickers) sieht vor, das gesamte Investment Banking vom Privatkundengeschäft zu separieren, wobei unter Investmentbanking nicht nur der Eigenhandel, sondern auch Finanzgeschäfte im Firmenkundenauftrag gefasst werden. Im Gegensatz dazu will Liikanen das Firmen- und Privatkundengeschäft der Institute nicht voneinander trennen. Auch eine Auslagerung von Kurssicherungsgeschäften für industrielle Kunden oder die Emission von Unternehmensanleihen sollen nach Liikanen nicht separiert werden, während der Vickers Report dies aber vorsieht.

3.3 Meinungen sehr geteilt

Der Sinn eines Trennbankensystems wird kritisch diskutiert. Einige Kritiker führen an, dass keine Kausalität zwischen der Finanzkrise und einem Universalbanksystem besteht. Es wird argumentiert, dass die Ursachen der Finanzkrise in Aspekten wie z. B. überhöhten Im-

mobilitätsrisiken oder nicht ausreichender Kapitalausstattung gelegen hätten. Vor diesem Hintergrund seien einige der Regulierungsvorhaben (z. B. die auf Liquidität und Kapitalausstattung abzielen) zwar zielführend; ob einem Trennbankensystem jedoch eine prohibitive Funktion zuzuschreiben wäre, sei fraglich. Viele Kritiker monieren, dass ein Trennbankensystem dazu führen kann, dass das Angebot an Finanzdienstleistungen reduziert wird. Auch drohten den Kunden höhere Kosten, beispielsweise für die Absicherung von Zins- oder Währungsrisiken.

Die Meinungen über ein Trennbankensystem gehen ohnehin stark auseinander. Beispielsweise ergab eine Umfrage der Dt. Vereinigung für Finanzanalyse und Asset Management (DVFA) unter 200 „Investment Professionals“, dass 37 Prozent der Befragten ein Trennbankensystem in Deutschland als kontraproduktiv ablehnen. Auch die Banken selbst zeigen keine einheitliche Auffassung, was eine Umfrage unter 120 deutschen Kreditinstituten verdeutlicht. Lediglich gut ein Drittel der befragten Institute glaubt, dass ein Trennbankensystem zur Stabilisierung der internationalen Finanzmärkte beitragen kann. Knapp die Hälfte der befragten Institute rechnet zudem damit, dass ein solches System zu einer Ausdünnung des Produktangebotes führt.

Zweifel an den Stabilitätsgewinnen, die durch eine Umsetzung der Liikanen-Empfehlungen zu erreichen sind, äußerte auch Bundesbank-Vorstandsmitglied Andreas Dombret. So blieben weitere potenzielle Ansteckungskanäle für Finanzmarktkrisen bestehen. Konkret nannte er den Interbankenmarkt oder Derivate zu Absicherungszwecken. Auch betonte er die Gefahr, dass Geschäftsaktivitäten in den Schattenbanksektor abgedrängt würden. Auch ist kritisch zu sehen, dass ein Trennbankensystem und seine möglichen Auswirkungen auf EU-Ebene noch geprüft werden, während in Deutschland schon Nägel mit Köpfen gemacht wurden. Somit besteht die Gefahr, dass die internationale Wettbewerbsposition

deutscher Banken geschwächt wird, da auf internationaler Ebene noch keine vergleichbaren übergreifenden Regelungen existieren. Darüber hinaus ist zu befürchten, dass später auf EU-Ebene zum Tragen kommenden Vorgaben vorgegriffen wird und die Regelungen hierzulande wieder angepasst werden müssen. Es droht ein bürokratischer Aufwand, nicht nur beim Gesetzgeber, sondern auch für die Finanzindustrie, die sich ggf. unnötigerweise an schnell wechselnde Regularien anpassen muss. Langfristige, strategische Planungen werden dadurch erschwert. Auch Liikanen selbst unterstrich, dass nationale Initiativen für eine Vereinbarkeit mit einer späteren EU-Lösung offen bleiben müssten.

4 Bankenunion

4.1 Zwei Säulen zur Sicherung der Finanzstabilität

Die Schaffung einer europäischen Bankenunion hat nach Worten des EZB-Direktoriumsmitglieds Yves Mersch zum Ziel, einen integrierten Rahmen für das Finanzsystem zu schaffen, um Finanzstabilität zu sichern. Dazu seien zwei Säulen – ein einheitlicher Aufsichtsmechanismus sowie ein integrierter Abwicklungsmechanismus – erforderlich. Frühere Überlegungen, dass eine gemeinsame Einlagensicherung eine notwendige dritte Säule der Bankenunion bildet, stellen mittlerweile keinen Konsens mehr dar. Hier strebt die EU-Kommission mittlerweile nur noch gleiche Standards in den nationalen Sicherungssystemen an.

4.2 Einheitlicher Abwicklungsmechanismus (SRM)

Ein einheitlicher Abwicklungsmechanismus (Single Resolution Mechanism, SRM) soll eine Säule der Bankenunion darstellen und gewährleisten, dass bei der Abwicklung von nicht-lebensfähigen Banken Entscheidungen zeitnah, unabhängig und frei von nationalen Interessen getroffen und die Abwicklungskosten vom Privatsektor getragen werden. Bevor der rechtliche Rahmen dafür abschließend abgesteckt werden konnte, ist in Deutschland die nationale Auf-

sichtsbehörde BaFin vorgeprescht. Sie hat mit den im November 2012 vorgelegten „Mindestanforderungen an die Ausgestaltung von Sanierungsplänen“ Deutschlands große Banken bereits verpflichtet, bis Ende 2013 Sanierungspläne für den Fall einer Schieflage vorzulegen. Betroffen sind die Institute, die im nationalen Maßstab als systemrelevant eingestuft werden. Dies sind nach Angaben der BaFin 15 an der Zahl. Auf europäischer Ebene folgte die EBA der BaFin wenige Wochen später und forderte mit dem „Template for Recovery Plans“ ebenfalls Sanierungspläne von diversen Kreditinstituten. So sollen 39 Banken bis zum Jahresende ihre Pläne vorlegen. Im Gegensatz zur BaFin machte sie die Namen der betroffenen Banken aber öffentlich. In Deutschland sind Deutsche Bank, Commerzbank, Bayern LB und DZ Bank betroffen. Im Grunde sind die Aufträge seitens BaFin und EBA an die Kreditwirtschaft ähnlich. Es geht darum, die organisatorischen Strukturen aufzuzeigen, Handlungsoptionen für den Krisenfall zu formulieren und die jeweiligen Szenariofolgen deutlich zu machen.

Sowohl BaFin als auch EBA greifen mit ihren Anforderungen dem noch nicht gegebenen gesetzlichen Rahmen auf EU-Ebene vor. Die Planungen laufen darauf hinaus, dass sich eine gesetzliche Verpflichtung zur Vorlage von Sanierungsplänen für alle Kreditinstitute erst bis Ende 2015 ergibt. Die deutsche Kreditwirtschaft hat das Vorpreschen daher kritisiert, da man keinen zwingenden aufsichtsrechtlichen Handlungsbedarf sieht. Es wird gefordert, dass die Branche „nicht früher als erforderlich“ zur Ausarbeitung der Pläne verpflichtet wird.

4.3 Bankenaufsicht

4.3.1 Basler Grundsätze – Das Grundgesetz der Bankenaufsicht

Im September 2012 gab der Basler Ausschuss die neuen „Basler Grundsätze für eine wirksame Bankenaufsicht“ bekannt. Darin wurden Mindeststandards sowohl für die Banken als auch die Auf-

sichtsbehörden gesetzt, unabhängig davon, ob es sich um Länder mit überschaubarem Finanzsektor oder Länder mit komplexen, international integrierten Finanzsystemen handelt. Der Ansatz ist keineswegs neu – die Basler Grundsätze verfügen über eine Geschichte seit dem Jahr 1997, als die erste Fassung veröffentlicht wurde. In den Jahren darauf folgten Konkretisierungen und Überarbeitungen, zuletzt im Jahr 2006. Die nunmehr jüngste Fassung berücksichtigt die Erkenntnisse aus der globalen Finanzkrise. Sie enthält daher die Forderung, dass Staaten Maßnahmen zur Sicherstellung der Finanzstabilität erarbeiten, bevor es zu Widrigkeiten kommt. Bei der neuen Ausarbeitung wurde betont, dass sich die Intensität und der Ressourceneinsatz der Aufsicht am Risikoprofil und dem Grad der Systemrelevanz der betreffenden Institute orientieren sollen. Die Zahl der Grundsätze hat sich von 25 auf 29 erhöht. Zudem entstanden 39 neue Beurteilungskriterien. Diese auch „Grundgesetz der Bankenaufseher“ genannte Ausarbeitung spielte eine gewichtige Rolle bei der Ausgestaltung der zukünftigen Bankenaufsicht. Diese steht aktuell vor einem drastischen Umbruch. So entschied sich der ECOFIN-Rat am 12. Dezember 2012 für eine gemeinsame Bankenaufsicht im Euroraum.

4.3.2 Jetzige Form der Bankenaufsicht nicht haltbar

In ihrer jetzigen Ausgestaltung existiert die Aufsicht auf europäischer Ebene seit 2011, als das Europäische System der Finanzaufsicht (European System of Financial Supervision, ESFS) ins Leben gerufen wurde. Das System basiert auf zwei Säulen, einer makro- und einer mikroprudenziellen Aufsicht. Erstere wird durch das European Systemic Risk Board (ESRB) repräsentiert, welches laut EU-Verordnung im Wesentlichen die Aufgabe besitzt, „einen Beitrag zur Abwendung oder Eindämmung von Systemrisiken für die Finanzstabilität in der Union zu leisten, die aus Entwicklungen innerhalb des Finanzsystems erwachsen (...).“ Die mikroprudenzielle Aufsicht, welche das Risiko auf der Ebene einzelner Institute bzw. Institutsgrup-

pen adressiert, wird durch drei europäische Aufsichtsbehörden (ESAs, namentlich EBA, ESMA und EIOPA) in Zusammenarbeit mit den nationalen Aufsichtsbehörden wahrgenommen. Die Konstruktion dieser europäischen Finanzaufsicht erfuhr bereits zu ihrer Einführung deutliche Kritik. So stellte sie zwar einen Fortschritt gegenüber der vorherigen Ausgestaltung dar, sie blieb bis dato jedoch ein unzureichender Kompromiss in Bezug auf die Verteilung der Befugnisse auf EU-Ebene sowie denen auf nationalem Terrain. Von einer umfassenden, einheitlichen paneuropäischen Finanzaufsicht kann also keine Rede sein. Die Mängel und Gefahren einer Refragmentierung der europäischen Finanzmärkte wurden erkannt und sollen nunmehr unter dem Schlagwort „Bankenunion“ auf ein neues Fundament gestellt werden.

4.3.3 SSM als neuer Aufsichtsmechanismus

Ein einheitlicher europäischer Bankenaufsichtsmechanismus namens „Single Supervisory Mechanism“ (SSM) wird die Europäische Zentralbank (EZB) wesentlich einbeziehen. Eine übergreifende Bankenaufsicht für den Euroraum soll eine einheitliche und ausreichend strenge Kontrolle für die wichtigsten Finanzinstitute gewährleisten. Für Banken mit einer Bilanzsumme oberhalb von 30 Mrd. Euro (oder einem Verhältnis von Bilanzsumme zum Bruttoinlandsprodukt größer als 20 Prozent) wird die Aufsicht bei der EZB angesiedelt. Auch ist die EZB für Kreditinstitute zuständig, die mit öffentlichen Mitteln der Europäischen Finanzstabilisierungsfazilität (EFSS) bzw. dem Europäischen Stabilisierungsmechanismus (ESM) gestützt werden. Alle anderen Banken verbleiben grundsätzlich unter nationaler Aufsicht. Eine Art Kontinuitätsklausel soll dafür sorgen, dass Banken, die sich an der Grenze des Schwellenwertes bewegen, keiner wechselnden Aufsicht durch EZB und BaFin ausgesetzt sind. Es gilt darüber hinaus die Besonderheit, dass für den Fall, dass keine Bank eines Landes die beschriebenen Kriterien erfüllt, die drei größten Institute des betreffenden Staates unter EZB-Aufsicht gestellt wer-

den. Zudem kann die EZB eigeninitiativ Institute beaufsichtigen, die in erheblichem Umfang grenzüberschreitendes Geschäft betreiben.

Voraussichtlich geht die neue Aufsicht nicht vor dem Spätsommer 2014 an den Start. Der Geltungsbereich soll alle 17 Euro-Länder umfassen, wobei sich andere EU-Staaten freiwillig anschließen können. Zur Organisationsstruktur: Das Aufsichtsgremium soll aus je einem Vertreter der 17 nationalen Aufsichtsbehörden, vier EZB-Vertretern sowie einem Präsidenten bestehen. Ein Lenkungsausschuss soll dem Gremium vorarbeiten. Zudem soll möglichen Zielkonflikten zwischen Aufsichtsfunktion der EZB und ihrer geldpolitischen Funktion vorgebeugt werden. Der Antwort auf die Frage, ob diese Trennung in der Praxis gelingen wird, kommt entscheidende Bedeutung zu. Kritiker bezweifeln, dass dies zu gewährleisten ist. Sie befürchten, dass die Zentralbank an Glaubwürdigkeit einbüßt. Die Bewältigung des Zielkonflikts zwischen der Ausübung einer aufsichtlichen Funktion auf der einen und geldpolitischer Verantwortung auf der anderen Seite stellt in jedem Fall eine enorme Herausforderung dar.

5 Ma Risk – Neufassung seit 2013 in Kraft

5.1 Die zweite Säule von Basel II

Die Mindestanforderungen an das Risikomanagement von Kreditinstituten (MaRisk) wurden erstmals Ende 2005 veröffentlicht und seitdem mehrfach überarbeitet und aktualisiert. Es handelt sich dabei um Verwaltungsanweisungen seitens der BaFin, die auf die 3 Säulen-Regelung von Basel II zurückgehen und §25a KWG (besondere organisatorische Pflichten von Kreditinstituten) konkretisieren. Sie stellen die nationale Umsetzung der zweiten Basel II-Säule dar, in der die bankaufsichtlichen Überprüfungsverfahren sowie die Anforderungen an das Risikomanagement der Institute beschrieben werden und fassen somit sämtliche für das Risikomanagement eines Finanzinstituts relevanten Anforderungen zusammen. Im Mittelpunkt stehen die Leitungs-, Steuerungs- und Kontrollprozesse, auf

deren Basis sichergestellt sein soll, dass die Risikotragfähigkeit des Instituts gegeben ist oder, anders gesagt, dass genug internes Kapital zur Abdeckung aller wesentlichen Risiken vorhanden ist.

5.2 Aufbau

Die Regelungen bestehen aus zwei Teilen. Im ersten Teil (Allgemeiner Teil) sind grundsätzliche Anforderungen dargelegt, die in keinem direkten Zusammenhang mit bestimmten Geschäftsarten oder Risikokategorien stehen. Beispielsweise handelt es sich um allgemeine Anforderungen an das Risikomanagement, Vorgaben bezüglich der Gesamtverantwortung des Vorstands oder grundsätzliche Regelungen über vorzuhaltende Ressourcen. Der zweite und umfassendere Teil der MaRisk (Besonderer Teil) enthält spezifische und weitergehende Anforderungen, beispielsweise zum Kreditgeschäft, Handelsgeschäft, Risikosteuerung und -controlling oder zur Internen Revision.

5.3 Änderungen zum 01.01.2013

Die jüngste Überarbeitung des Regelwerks wurde am 14. Dezember 2012 veröffentlicht (MaRisk-Novelle 2012) und ist seit Jahresbeginn 2013 in Kraft. Wesentliche Änderungen betreffen das Risikocontrolling und die Compliance-Funktion, deren Aufgaben herausgehoben wurden bzw. eine Aufwertung erfahren haben. Hinzu kommt ein neu einzuführender Kapitalplanungsprozess, der zum Ziel hat, etwaigen Kapitalbedarf frühzeitig zu identifizieren. Die wichtigsten Punkte:

a) Risikocontrolling

Die Neuregelungen enthalten eine Vorschrift, die bislang nicht in den MaRisk enthalten war. Es wurde festgelegt, dass die Leitung der Risikocontrolling-Funktion einer Person „auf einer ausreichend hohen Führungsebene“ zu übertragen ist. Bei großen, international tätigen Instituten wird sogar eine exklusive Wahrnehmung dieser Aufgabe auf Vorstandsebene, beispielsweise durch einen eigenen

Risikovorstand („CRO“), verlangt. Die Neuregelung hat zum Ziel, die Governance-Strukturen in den Instituten sowie die Risikosicht bei wichtigen risikopolitischen Entscheidungen zu stärken.

b) Compliance-Funktion

Die Novelle berücksichtigt, dass in der Praxis bislang viel Unsicherheit hinsichtlich der Ausgestaltung der Compliance-Funktion auf der einen und der aufsichtlichen Erwartungshaltung auf der anderen Seite herrschte. Vor diesem Hintergrund zielen die neuen Anforderungen auf eine „angemessene Compliance-Kultur innerhalb des Instituts“ ab. Die BaFin betont nun die stärker beratende und koordinierende Funktion von Compliance. Darüber hinaus werden die Compliance-relevanten Rechtsbereiche (also diejenigen, denen ein wesentliches Compliance-Risiko anhaftet) enger eingegrenzt. Auch ist klargestellt worden, dass die Aufgaben der Compliance-Funktion nicht bei der Internen Revision angesiedelt werden dürfen.

c) Kapitalplanungsprozess

Ein neu einzuführender, stärker in die Zukunft gerichteter Kapitalplanungsprozess soll die bisherigen Risikotragfähigkeitskonzepte ergänzen. So sind Erwartungen im Hinblick auf Veränderungen in der eigenen Geschäftstätigkeit oder bei den Institutszielen sowie erwartete Veränderungen des wirtschaftlichen Umfelds zu formulieren und deren Auswirkungen auf den internen und regulatorischen Kapitalbedarf darzulegen. Die Überlegungen sind in unterschiedlichen Szenarien abzubilden. Ihnen ist im Kapitalplanungsprozess Rechnung zu tragen.

5.4 Umsetzung der neuen Regelungen

Trotz des Inkrafttretens der neuen MaRisk-Fassung zum 01.01.2013 sind die neuen Anforderungen nicht sofort umzusetzen. Den Instituten wird ein Zeitrahmen bis Ende 2013 zugestanden, vorher wird von aufsichtlichen Sanktionen abgesehen. Die Übergangsfrist gilt

jedoch nicht für Klarstellungen von ohnehin schon vorhandenen Anforderungen.

6 Derivate-Regulierung (EMIR)

6.1 Hintergrund

Im September 2009 beschlossen die Staats- und Regierungschefs der G20-Länder, dass alle standardisierbaren OTC-Derivate (OTC = „over the counter“, d.h. außerhalb zugelassener Börsen gehandelt) künftig an Börsen oder elektronischen Handelsplattformen gehandelt und spätestens ab Ende 2012 über eine Zentrale Gegenpartei (Central Counterparty, CCP) abgewickelt werden sollen. Darüber hinaus verständigte man sich auf eine Meldepflicht für OTC-Derivate an Transaktionsregister. Hintergrund sind auch hier die Erfahrungen aus der Finanzkrise. Die Intransparenz des OTC-Derivatemarktes hatte vor allem im Zuge der Lehman Brothers-Pleite zu erheblichen Unsicherheiten und Marktturbulenzen geführt.

6.2 Stand der Umsetzung

In den USA wurden die Beschlüsse bereits Mitte 2010 mit dem Dodd Frank Act umgesetzt. In Europa veröffentlichte die EU Kommission am 15. September 2010 ihren Vorschlag für die mit „EMIR“ abgekürzte Verordnung (European Market Infrastructure Regulation). Am 04. Juli 2012 wurde EMIR beschlossen, die Regelungen sind seit dem 16. August 2012 in Kraft.

Die technischen Regulierungsstandards u. a. zu OTC-Derivaten, dem Risikomanagement und Anforderungen an CCPs sind am 15. März 2013 in Kraft getreten. Weitere technische Standards werden noch entwickelt.

6.3 Nationale Besonderheiten

In den EU-Mitgliedsstaaten gelten die Regelungen unmittelbar, jedoch können im nationalen Recht mittels sogenannter Ausführungsgesetze Anpassungen bzw. Ergänzungen vorgenommen wer-

den. So ergeben sich beispielsweise auf Basis des deutschen Ausführungsgesetzes (in Kraft seit 16. Februar 2013) für Unternehmen mit einem Absicherungsvolumen ab 100 Mio. Euro (Nennwertbasis) oder bei mehr als 100 abgeschlossenen OTC-Derivaten erhöhte Anforderungen hinsichtlich der in den Regelungsbereichen (6.4) genannten Punkte 2 bis 4.

6.4 Regelungsbereiche

EMIR umfasst im Wesentlichen vier Regelungsbereiche.

1. Clearingpflicht

Das verpflichtende Clearing über eine CCP ist nur für die Unternehmen relevant, bei denen die offenen Derivate-Volumina (nominal) bestimmte Schwellenwerte überschreiten. Diese wurden von der ESMA so hoch angesetzt (zwischen 1 und 3 Mrd. Euro für die Nominalwerte der Verträge), dass Schätzungen zufolge europaweit lediglich 100 bis 150 Unternehmen aus dem Nicht-Finanzsektor davon betroffen sind. Alle anderen Regelungsbereiche (siehe unten, Punkte 2 bis 4) sind hingegen für alle Unternehmen relevant, die OTC-Derivate abgeschlossen haben.

2. Reportingpflicht

Gegenparteien von OTC-Derivaten müssen weitreichende Einzelheiten der Kontrakte an ein Transaktionsregister melden. Mindestens enthalten sein müssen die Kontrahenten, Nominalwert, Art und Fälligkeit, das Abwicklungsdatum sowie sonstige Konditionen. Unternehmen können ggf. ihr Kreditinstitut damit beauftragen, die Meldepflicht zu übernehmen.

3. Risikomanagement-Anforderungen

Werden Derivate nicht über CCPs abgewickelt, werden höhere Anforderungen an das Risikomanagement gestellt. So müssen bei der Messung, Steuerung und evtl. auch Minderung operationeller und Kontrahentenausfallrisiken „angemessene Verfahren“ zur Anwen-

dung kommen. Zudem sind die Konditionen zeitnah und auf elektronischem Wege zu bestätigen. Auch sind zwischen den Kontrahenten Bedingungen zur Abstimmung der abgeschlossenen Instrumente zu vereinbaren. Darüber hinaus ist vorgeschrieben, dass Verfahren zur Streitbeilegung festzulegen sind.

4. Sicherheitenmanagement

Bei der Nichtabwicklung über CCPs kommt hinzu, dass bei den beteiligten Unternehmen ein Risikomanagementverfahren gegeben sein muss, bei dem ein rechtzeitiger und angemessener Austausch von Sicherheiten gewährleistet ist. Auch sind die Sicherheiten getrennt von eigenen Vermögenspositionen zu halten.

6.5 Weitreichende Auswirkungen

Im Gegensatz zu diversen anderen, den Finanzsektor betreffenden Regulierungsmaßnahmen, hat EMIR auch direkte Auswirkungen auf Unternehmen außerhalb der Finanzbranche. Betroffen sind letztlich alle Unternehmen, die Derivate verwenden, beispielsweise zur Absicherung gegen Risiken aus Wechselkurs- oder Zinsveränderungen. Die Auswirkungen der Neuregelungen werden weitreichend sein, denn rund 95 Prozent der derivativen Finanzinstrumente werden aktuell OTC abgeschlossen. Einer grundsätzlich zu begrüßenden, deutlich höheren Transparenz im Derivatemarkt steht dabei ein enormer personeller und infrastruktureller Aufwand bei den beteiligten Unternehmen gegenüber.

7 Abschließende Bewertung

Im Sinne einer Stabilisierung des europäischen Finanzsystems sind die Regulierungsbestrebungen grundsätzlich zu begrüßen. Dies gilt insbesondere für die Stärkung der Kapitalbasis und Sicherstellung der Liquidität. Da zudem mögliche Fehlanreize, die in der Vergangenheit zu ökonomischen Turbulenzen geführt haben, reduziert werden, dürfte der Finanzsektor in Zukunft stabiler und weniger krisenanfällig sein. Zugleich ist damit absehbar, dass sich der Regu-

lierungsdruck vorerst kaum abschwächen und damit die Finanzinstitute in Atem halten wird. Für die Branche bedeutet dies neben einer möglichen Neuausrichtung der Geschäftsaktivitäten unter Berücksichtigung von Eigenkapital-Hinterlegungserwägungen auch eine dauerhaft höhere Ressourcenbindung. Auch vor diesem Hintergrund erscheint es ratsam, bei der Regulierung des Finanzsektors nach Art und Umfang der Geschäfte, ihrem Risikogehalt und ihrer Systemrelevanz zu differenzieren. Es zeichnet sich aber ab, dass sowohl in Europa wie auch in den USA eine Unterscheidung zwischen international agierenden Großbanken und eher lokal/regional agierenden, kleineren Instituten getroffen wird. Damit wird vermieden, dass Finanzinstitute durch die Regulierung in Bedrängnis gebracht werden, die mit ihrem Geschäftsmodell gar nicht zur Entstehung der globalen Finanzkrise beigetragen haben. Positiv ist in diesem Zusammenhang zu verzeichnen, dass die CRD IV-Übereinkunft diese wichtigen Differenzierungen (z. B. Regelungen für Mittelstandskredite, Sonderregeln für systemrelevante Institute) vornimmt, was im Sinne einer ausreichenden, flächendeckenden Kreditversorgung der Wirtschaft sein dürfte.

Grundsätzlich gilt es, den schmalen Grat zwischen frei wirkenden Marktkräften auf der einen und drosselnden Regulierungsmaßnahmen auf der anderen Seite zu finden und die Balance auf diesem Pfad beizubehalten. Ausreichender Spielraum ist zu gewährleisten, um auch künftig unternehmerisches Handeln zu ermöglichen. Die gesamtwirtschaftliche Funktion der Kreditwirtschaft sollte bei der Regulierung jederzeit im Vordergrund stehen. Abzuwarten bleibt, wie die zahlreichen Einzelregulierungen mittel- und langfristig kumulativ wirken werden, denn auf einen Erfahrungsschatz kann diesbezüglich leider nicht zurückgegriffen werden.

M. Checkliste Erbrecht: Den eigenen Erbfall sinnvoll regeln

Testament, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung

Schlüter, Harald

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	281
1 Einführung.....	282
2 Der Erbfall.....	282
2.1 Gesetzliche Erbfolge	282
2.2 Gewillkürte Erbfolge	283
3 Vorsorgevollmacht	289
4 Patientenverfügung	291
5 Ergebnis	294

1 Einführung

Nur ungern macht man sich Gedanken über den eigenen Tod. Dies ist jedoch zwingende Voraussetzung für eine vorausschauende Regelung dessen, was nach ihm kommt. Eltern, Unternehmerinnen und Unternehmer, kurz alle Menschen, die mit anderen zusammen arbeiten und Verantwortung tragen sind jedoch gehalten, dass zu regeln, was nach ihrer letzten Stunde geschehen soll, ihren letzten Willen.

Erforderlich ist ein wohltemperierter Dreiklang aus Testament, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung.

2 Der Erbfall

Der Gesetzgeber hat im Bürgerlichen Gesetzbuch Regelungen zur gesetzlichen Erbfolge aufgenommen, die eintreten, wenn der Erblasser nicht eine eigene Regelung, die gewillkürte Erbfolge, festgelegt hat.

2.1 Gesetzliche Erbfolge

Im deutschen Erbrecht unterscheidet man Ordnungen, Stämme und Linien. Bei der erbrechtlichen Ordnung handelt es sich um eine Rangfolge der gesetzlichen Erben. Vererbt wird in Stämmen und Linien, wobei die zunächst Erbberechtigten alle nachgelagerten potenziellen Erben ausschließen. Kurz, Erbe wird immer nur der Erste im Stamm.

Beispiel: Verstirbt der Vater, der mit seiner Ehefrau zwei leibliche Abkömmlinge hat, ohne Testament, erbt die Ehefrau neben ihren Kindern die Hälfte des Vermögens. Die Kinder bekommen je $\frac{1}{4}$. Sie bilden eine Miterbengemeinschaft.

Dieses Ergebnis mag vertretbar sein, soweit es sich um einen unbelasteten kleineren oder mittelgroßen Nachlass handelt. Problematisch wird diese Lösung dann, wenn z.B. Betriebsvermögen mit Mitgesellschaftern oder finanzierenden Banken betroffen ist. In den

Fällen kann die gesetzliche Erbfolge zu ungewünschten Ergebnissen führen.

Ferner kann der Ehegatte neu heiraten. Hat der Verstorbene das Vermögen mit in die Ehe gebracht, stellt die gesetzliche Erbfolge nicht sicher, dass dessen Vermögen auch seinen leiblichen Abkömmlingen nach einer Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten zukommt. Hier würde ggf. ein neuer Ehepartner zumindest einen wesentlichen Teil nach dem Tod des zweitversterbenden Ehegatten erhalten.

Es liegt also auf der Hand, dass die gesetzliche Erbfolge zu zufälligen Ergebnissen führt, wie auch der Zersplitterung des Nachlasses. Es entstehen Miterbengemeinschaften, die die Beherrschbarkeit von Betriebsvermögen beeinträchtigen und ggf. dazu führen, dass der überlebende Ehegatte von dem guten Willen der Kinder abhängig ist. Vor dem Hintergrund des Versorgungsgedankens, der Ehen zumindest teilweise prägt, ist dieses Ergebnis häufig unbefriedigend.

Darüber hinaus kann auch die Tatsache, dass ein Miterbe minderjährig ist, zu einer erheblichen Erschwerung von Gesellschafterversammlungen führen, da dort regelmäßig eine Vertretung des minderjährigen Mitgesellschafters durch das Familiengericht bestellt werden wird.

Was ist also zu tun?

2.2 Gewillkürte Erbfolge

Lebzeitig kann der letzte Wille errichtet werden und in einer vorausschauenden Planung auf die eigene Familien- und Vermögenssituation abgestimmt werden. Er ist dabei einer regelmäßigen Kontrolle zu unterziehen, ob der einmal niedergelegte Wille auch der sich stetig ändernden familiären Situation und Vermögenslage entspricht.

Um etwaig ungewünschte Ergebnisse der gesetzlichen Erbfolge zu verhindern sollte also eine gewillkürte Erbfolge angestrebt werden.

Dies lässt sich durch die Errichtung eines privatschriftlichen oder notariellen Testamentes, wie auch eines Erbvertrages erzielen.

Sofern ein eigenhändiges oder privatschriftliches Testament errichtet wird, ist darauf zu achten, dass der Inhalt mit einem Experten abgestimmt ist, da Statistiken zeigen, dass über 95% der handschriftlichen Testamente nicht den Erblasserwillen nicht richtig wiedergeben. Soll also ein handschriftliches Testament errichtet werden, sei es aus Kosten- oder aus anderen Gründen, ist dies inhaltlich genauso sorgfältig zu errichten, wie ein notarielles Testament. Das handschriftliche Testament unterliegt auch besonderen Wirksamkeitsvoraussetzungen, was die Errichtung selbst anbelangt. So ist ein handschriftliches Testament vollständig durch den Testierenden eigenhändig zu errichten. Maschinenschriftliche Testamente sind unwirksam, sofern sie nicht notariell beurkundet werden. Ferner hat der Testator das Testament als ein solches zu bezeichnen und mit Ort, Datum und Unterschrift zu versehen. Handelt es sich hierbei um ein Ehegattentestament, hat auch der Ehegatte dies mit Ort, Datum und Unterschrift zu versehen und als seinen Willen zu kennzeichnen.

Häufig werden handschriftliche Testamente aus Kostengründen errichtet. Dabei wird regelmäßig übersehen, dass die Beurkundung eines notariellen Testamentes weniger kostet, als die Gerichtsgebühr für die Eröffnung eines handschriftlichen Testamentes. Vorteil eines notariellen Testamentes ist jedoch, dass dies den Erblasserwillen zutreffend wiedergibt und häufig die Erteilung eines Erbscheins überflüssig macht.

Wesentlicher Effekt des notariellen Testamentes ist also, dass nicht nur der Erblasserwillen zutreffend wiedergegeben wird, sondern damit auch der Streit vermieden wird, den handschriftliche Testamente überflüssigerweise häufig erst entfachen. Insoweit sind handschriftliche Testamente als wohlfeile Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen für Fachanwälte für Erbrecht zu betrachten.

Neben handschriftlichen Testamenten sieht der Gesetzgeber auch notarielle Testamente vor, die bei gleichzeitiger Anwesenheit der Testierenden, oft der Ehegatten, beim Notar protokolliert werden. Für sie gilt dasselbe, wie das nachstehend für Erbverträge Gesagte mit einem Unterschied, dass Erbverträge in der Regel nur gemeinschaftlich aufgehoben werden, Ehegattentestamente zu Lebzeiten jedoch einseitig widerrufen werden können.

In notariellen Testamenten und Erbverträgen werden regelmäßig die Erbeinsetzung, etwaige Vermächtnisse, Auflagen und die Testamentsvollstreckung geregelt. Ferner enthalten zahlreiche Erbverträge auch Regelungen zum Pflichtteil und dessen Verzicht. Notarielle Testamente enthalten alternativ diesbezüglich Pflichtteilsstrafklauseln.

Gesetzliche Erben haben, soweit sie enterbt werden, einen Pflichtteilsanspruch in Höhe der Hälfte des gesetzlichen Erbteils. Dies ist zu berücksichtigen, sofern ein Erblasser nicht den gesetzlichen Erben, sondern eine andere Person zum Erben beruft. Regelmäßig stellt sich dieses Problem bei Ehegattentestamenten.

Beispiel: Die Ehegatten setzen sich wechselseitig zu Vollerben ein. Schlusserben werden die beiden gemeinsamen Kinder. Stirbt der erste Ehegatte, haben die Kinder als gesetzliche Erben ein Pflichtteilsanspruch gegen den überlebenden Elternteil in Höhe der Hälfte des gesetzlichen Erbteils, in dem Fall also $1/8$. Hier ist also rechtzeitig Vorsorge zu treffen, entweder indem ein entsprechender Geldbetrag zurückgelegt oder indem eine Pflichtteilsstrafklausel aufgenommen wird, in der ein Kind, welches den Pflichtteil gegen den Willen des überlebenden Ehegatten geltend macht, auch im weiteren Erbgang, wie auch dessen Abkömmlinge, von der Erbfolge ausgeschlossen und auf den Pflichtteil gesetzt wird.

Häufig werden zur Beeinträchtigung der Pflichtteilsberechtigten lebzeitige Schenkungen an den Erben vorgenommen. Der gesetzliche, übergangene Erbe kann jedoch seinen Pflichtteil in der Weise

auffüllen, indem er einen Pflichtteilergänzungsanspruch über den Differenzbetrag geltend macht, der ihm zugestanden hätte, wenn die lebzeitige, beeinträchtigende Verfügung zu dessen Lasten nicht erfolgt wäre. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass unter bestimmten Voraussetzungen der Pflichtteilergänzungsanspruch abschmilzt in der Weise, als dass jeweils 1/10 des Pflichtteilergänzungsanspruchs pro Jahr entfällt, so dass spätestens nach 10 Jahren der Pflichtteilergänzungsanspruch gänzlich ausgeschlossen ist.

In diesem Zusammenhang ist auch zu erwähnen, dass in zahlreichen Testamenten die Vor- und Nacherbschaft angeordnet wird. Darunter versteht man, dass Ehegatten bei größerem Vermögen zur Ausschöpfung der Erbschaftsteuerfreibeträge die Kinder zu Erben einsetzen und sich gegenseitig den Nießbrauch am gesamten Nachlass vermächtnisweise aussetzen. In der Konstellation wird sichergestellt, dass der Nachlass nur durch einen Erbgang steuerlich belastet wird, nicht durch zwei. Um den „Stammesgedanken“ des Erbrechts Rechnung zu tragen, werden die Kinder gegenüber den als Nacherben berufenen Enkeln häufig zu von den gesetzlichen Beschränkungen weitestgehend befreiten Vorerben berufen. Sie können dann zwar über den Nachlass verfügen, ihn jedoch nicht zugunsten Dritter und zulasten der Nacherben verschenken.

Sind die Vorerben problembelastet, indem sie zum Beispiel überschuldet sind, haftungsträchtige Risikoberufe ausüben oder in Insolvenz gefallen sind, bietet sich die Erbeinsetzung zu Vorerben ein, wobei sie von den gesetzlichen Beschränkungen nicht befreit werden und gleichzeitig Testamentsvollstreckung angeordnet wird, sämtliche Beträge aus dem Vorerbe für den Nacherben erhalten werden sollen und der Testamentsvollstrecker sicherstellt, dass der Nacherbe den Nachlass ungeschmälert erhält. So ist zumindest unter steuerlichen Gesichtspunkten und unter dem Gesichtspunkt des Nachlasserhalts der Schutz vor Gläubigerzugriff im Wesentlichen sichergestellt.

In vielen Testamenten findet man auch eine Wiederverheiratursklausel, wonach der überlebende und neuheiratende Ehegatte für den Fall der Wiederheirat verpflichtet ist, den gemeinsamen Abkömmlingen nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge ein Vermächtnis in Höhe der Hälfte des Nachlasses auszuzahlen. Dies hat zur Folge, dass den gemeinsamen Abkömmlingen bereits ein wesentlicher Teil des Nachlasses zugutekommt, um sicher zu stellen, dass der neue Ehegatte nicht von dem Nachlass des überlebenden Ehegatten übermäßig profitiert.

Zu beachten ist bei der Errichtung eines Ehegattentestamentes, dass mit dem Versterben des ersten Testators die Bindungswirkung eintritt und der überlebende Ehegatte bezüglich des Vermögens, welches er nach dem Erbfall innehat, nicht neu testieren kann.

Ferner ist zu beachten, dass Testamente auch unter steuerlichen Gesichtspunkten sinnvoll gestaltet werden müssen. Häufig findet man bei Unternehmertestamenten eine unausgewogene Berücksichtigung von Betriebsaufspaltungen. Es findet z.B. durch die Aussetzung von Vermächtnissen eine Auflösung der Betriebsaufspaltungen statt, sodass durch die testamentarische Regelung die personelle und sachliche Verflechtung zwischen Produktions- und Besitzgesellschaft aufgelöst wird, was zu einer Aufdeckung von stillen Reserven und deren ertragssteuerlicher Belastung führt. Ein klarer Regress für denjenigen, der dieses Testament entwickelt hat. Bei Vermächtnissen handelt es sich um die Aussetzung schuldrechtlicher Ansprüche gegen den Erben zugunsten des Vermächtnisnehmers. Hierbei kann es sich um Sach- oder Bahrvermächtnissen handeln, mit denen der Erblasser gegenüber der begünstigten Person seine Dankbarkeit ausdrückt.

Häufig empfiehlt sich die Anordnung der Testamentsvollstreckung um sicher zu stellen, dass der Erblasserwille auch durchgesetzt wird. Dabei ist dieses nach meinem Dafürhalten zwingend angezeigt, wenn die Möglichkeit besteht, dass Minderjährige Erbe werden. In

dem Fall soll verhindert werden, dass gerichtlich bestellte Ergänzungspfleger minderjährige Erben zum Beispiel in Gesellschafterversammlungen vertreten. Hier haben gerichtlich bestellte Ergänzungspfleger häufig andere Interessen zu wahren, als die unternehmerischen. Nach meinen Dafürhalten eignen sich für Testamentsvollstreckungen Personen, die die familiären Verhältnisse gut kennen und mit den kaufmännischen Zusammenhängen, gerade bei Betriebsvermögen, hinreichend vertraut sind. Um überbordende Honoraransprüche für Testamentsvollstrecker zu vermeiden, sollte als flexible Anknüpfung eine Bezugnahme zu den aktuellen Rheinischen-Tabellen der Deutschen Notarkammer in ihrer jeweils aktuellen Fassung aufgenommen werden.

Notarielle Testamente werden in die amtliche Verwahrung des zuständigen Nachlassgerichts gegeben und bei dem Zentralen Testamentsregister, geführt bei der Bundesnotarkammer, registriert.

Durch dieses bewährte System ist sichergestellt, dass dann, wenn der Tod des Erblassers festgestellt wird, das Standesamt das Nachlassgerichts über den Erbfall informiert und das Testament eröffnet wird. Dasselbe gilt für handschriftliche Testamente, die in die amtliche Verwahrung des zuständigen Nachlassgerichts gegeben wurden. Hierbei fallen bei handschriftlichen Testamenten weitere Gebühren für die Eröffnung an.

In manchen Fällen ist auch bei notariellen Testamenten die Beantragung und Erteilung eines Erbscheins durch das zuständige Nachlassgericht erforderlich. Bei handschriftlichen Testamenten ist dies der Regelfall.

Abschließend ist festzuhalten, dass nur durch die Errichtung eines sorgfältig durchdachten Testamentes der eigene Erbfall sinnvoll geregelt wird. Dabei sollten die mit dem Testament zusammenhängenden Motive, wie Versorgungsinteressen und die Vermeidung von Streit, sachgerecht umgesetzt werden und eine steuerschonende Regelung zu erreichen sein.

3 Vorsorgevollmacht

Die Vorsorgevollmacht hat zum Ziel, dass eine Vertrauensperson in dem Fall für den Vertretenen handeln kann, wenn er selber nicht mehr für sich sprechen kann, z.B. wenn er geschäftsunfähig ist.

Die Geschäftsunfähigkeit kann beruhen auf Krankheit, medizinischer Heilbehandlung oder schlicht altersbedingt eintreten, wie zum Beispiel bei Demenzpatienten.

Eine Vorsorgevollmacht ist dann sinnvoll, wenn eine Person Verantwortung nicht nur für sich, sondern auch für andere Personen trägt. So empfiehlt es sich z.B. für einen alleinigen Geschäftsführer-Gesellschafter einer Ein-Mann-GmbH oder einen Einzelunternehmer, eine durchdachte Vorsorgevollmacht zu errichten, wenn im Falle seines vorübergehenden gesundheitlichen Ausfalls die Vertretung des Unternehmens nicht sichergestellt ist. Dabei kann es sinnvoll sein, die Vorsorgevollmacht zu unterteilen im Hinblick auf die Vertretung in unternehmerischen Angelegenheiten und im Hinblick auf private, z.B. die Gesundheitsversorgung betreffenden Angelegenheiten. Soweit es die unternehmerischen Angelegenheiten angeht, spricht vieles dafür, eine Person z.B. aus einem Beirat zu bevollmächtigen, die durch die regelmäßigen Tagungen des Beirates mit den aktuellen Unternehmensinterna vertraut und fachlich geeignet ist. Im Idealfall mag auch der Ehegatte bevollmächtigt werden, soweit er über die erforderliche Qualifikation verfügt. Anderenfalls sollte sich dessen Bevollmächtigung nur auf die privaten Bereiche beschränken, die Vorsorgevollmacht aufgeteilt werden.

Inhalt der Vorsorgevollmacht kann also zum einen die Erteilung einer Generalvollmacht sein oder einer speziellen Vollmacht z.B. hinsichtlich der Gesundheit, der Pflege, Vertretung vor Öffentlichen Stellen und Banken.

Bei Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung, bei denen es mehrere Gesellschafter gibt, ist eine Generalvollmacht für den Vorstand oder Geschäftsführer unstatthaft und

die Vorsorgevollmacht, zumindest aus unternehmerischer Sicht, entbehrlich, da ggf. Aufsichtsrat oder Gesellschafterversammlung rasch ein neues Vertretungsorgan bestellen können. Sie eignet sich jedoch, sofern es um die Vertretung des Mitgesellschafters in der Gesellschafterversammlung geht.

Die Vorsorgevollmacht kann grundsätzlich formfrei errichtet werden, bedarf jedoch der Beurkundung oder Beglaubigung, wenn sie auch zu beurkundungspflichtigen Geschäften berechtigt, wie z.B. der Grundstücksübertragung. Sie erlischt mit Widerruf, Vernichtung der Urkunde oder dem Tod, wenn sich nicht aus der Urkunde ergibt, dass sie auch über den Tod hinaus erteilt wurde, was sich regelmäßig empfiehlt. Weil die Eröffnung von letzten Verfügungen und ggf. die Erteilung eines Erbscheins Monate dauern kann, sollte dem Erbanwärter eine über den Tod hinaus wirkende Vorsorgevollmacht erteilt werden, die ihn zu Verfügungen über den Nachlass im Rahmen der Vollmacht berechtigt.

Regelmäßig ist es ratsam, dass neben der Vorsorgevollmacht auch das Grundverhältnis geregelt wird, weil die Vollmacht das rechtliche „Können“ festlegt und der Grundvertrag das rechtliche „Dürfen“. Durch Errichtung eines Vertrages wird der Vertretene vor Missbrauch der Vertretungsmacht geschützt, da er oder seine Erben ggf. einen Schadensersatzanspruch gegen den Vertreter erhalten. Soweit der Vertreter nicht aus dem Familien- oder Freundeskreis stammt, ist die Vereinbarung einer Vergütung angebracht.

Gerade bei Vorsorgevollmachten von Unternehmern sollte der Grundvertrag auch Handlungsanweisungen enthalten, um dem Bevollmächtigten das Auftreten gegenüber Kunden, Mitarbeitern, Unternehmerfamilie und ggf. den Erben zu erleichtern.

Weil Vertrauen gut, Kontrolle besser ist, sollte ein Kontrollbevollmächtigter bestellt werden. Diesem können umfangreiche Auskunfts- und Einsichtsrechte eingeräumt werden, was der Sicherung der Interessen des Vertretenden dient.

Auch die Vorsorgevollmacht ist zu hinterlegen, um ihr Auffinden sicherzustellen. Es empfiehlt sich eine Anzeige bei dem Zentralen Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer.

4 Patientenverfügung

Die Errichtung von Patientenverfügungen ist eine große Herausforderung, da man sich mit einer Lebenssituation beschäftigen muss, die man sich nur ungern vorstellt.

Ist man sich im Vollbesitz seiner Kräfte sicher, dass man keine Magensonde wünscht, mag dies in der unmittelbaren Behandlungssituation ganz anders sein. Deshalb ist es wichtig, sich vor der Errichtung einer Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht umfassend zu informieren, sich selbstkritisch zu prüfen und die einmal gefällte Entscheidung regelmäßig zu überprüfen.

Unter Patientenverfügungen versteht man Anweisungen an behandelnde Ärzte bestimmte Eingriffe oder Behandlungen vorzunehmen oder zu unterlassen. Es besteht die Möglichkeit, eine Person mit der Durchsetzung der Patientenverfügung zu bevollmächtigen.

Patientenverfügungen sind dann sinnvoll, wenn der Patient nicht mehr ansprechbar ist. Die Wünsche von Ehegatten, Verwandten und Freunden sind für den behandelnden Arzt, z.B. eines Komapatienten, nicht bindend. Er muss sie nicht einmal berücksichtigen.

Die Erfahrung zeigt jedoch, dass Ärzte, Betreuer und Bevollmächtigte dankbar sind, wenn sie den Willen des Patienten aufgrund einer Patientenverfügung ermitteln können, da sie eine wertvolle und bindende Entscheidungsgrundlage ist, wenn der Patient nicht mehr für sich selbst sprechen kann.

Sonst besteht das Risiko, dass der tatsächliche Wille des Patienten nicht mehr festzustellen ist, da er sich nicht mehr äußern kann. Es mag dann zu Behandlungsverläufen kommen, in die der Patient bei Bewusstsein nicht eingewilligt hätte.

In den Medien tauchen immer wieder Fälle auf, in denen sich Angehörige vor Gericht gegenüberstehen, wenn Wachkomapatienten über einen langen Zeitraum hinweg u.a. durch eine Magensonde und begleitende Behandlung am Leben erhalten werden, obwohl ein Wiedererwachen nach menschlichem Ermessen nicht zu erwarten ist. Diese Konfliktsituation kann durch die Errichtung einer Patientenverfügung vermieden werden.

Auf die Situation eines Unternehmers bezogen, besteht das Risiko, dass er als Wachkoma-Patient körperlich am Leben erhalten wird, auch wenn nicht mehr zu erwarten ist, dass er das Bewusstsein wieder erlangt. Wird dann z.B. für einen Einzelunternehmer ein gerichtlicher Betreuer bestellt, der mit der Führung der Unternehmensgeschäfte überfordert ist, kann dies schwerwiegende Folgen für das Unternehmen haben. Deshalb wird die Vorsorgevollmacht häufig mit der Betreuungsverfügung kombiniert, um eine gerichtliche Bestellung eines Fremden zu verhindern.

Daneben besteht auch ein wirtschaftliches Interesse an einer solchen Verfügung, da die Familienangehörigen bei Fällen der vorstehend beschriebenen Art zum Unterhalt herangezogen werden und teilweise die nicht unbeträchtlichen Behandlungskosten u.U. auf Jahre übernehmen müssen. Soweit die Fortsetzung der Behandlung nicht dem Willen des Patienten entsprochen hätte, wäre dieses Unterhaltsrisiko, welches bis zur Aufzehrung des Familienvermögens führen kann, vermieden worden.

Inhalt einer solchen Vorsorgevollmacht kann z.B. die Zustimmung zu oder Ablehnung der passiven Sterbehilfe, der indirekten Sterbehilfe, des Behandlungs- oder Ernährungsabbruchs, des Behandlungsverzichts bei Demenz oder der Behandlungsverzicht bei Dauerkoma sein.

Hinsichtlich der passiven Sterbehilfe ist zu beachten, dass der BGH in den Fällen des Behandlungsabbruchs eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung fordert, um eine Kontrollinstanz überprü-

fen zu lassen, ob sich dieser Wille des Behandlungsabbruchs tatsächlich aus der Patientenverfügung ergibt.

Patientenverfügungen können grundsätzlich formfrei errichtet werden. Es empfiehlt sich jedoch die Schriftform, allein aus Beweis-zwecken. Auch mag einer der diversen bei Institutionen und im Internet erhältlichen Vordrucke Verwendung finden. Dies ist in Standardsituationen auch sachgerecht. Ob der konkrete Fall tatsächlich eine Standardsituation widerspiegelt, muss jeder für sich entscheiden.

Die Auffassung, Patientenverfügungen sollten in regelmäßigen Abständen unterzeichnet werden, ist falsch. Zur Sicherheit mag jedoch in die Patientenverfügung eine Erklärung aufgenommen werden, wonach ausdrücklich auf wiederholtes Unterzeichnen nach erstmaliger Errichtung der Patientenverfügung verzichtet wird.

Die notarielle Beglaubigung der Unterschrift ist eine in der Praxis häufige Vorgehensweise, da durch sie die Identität des Unterzeichners bestätigt wird. Die Kosten der Beglaubigung der Unterschrift (ohne Entwurf) unter eine Vorsorgevollmacht mit Betreuungs- und Patientenverfügung ist gebührenmäßig auf 70 € gedeckelt.

Soweit man sich entschieden hat, eine Patientenverfügung zu errichten, empfiehlt es sich zunächst den Hausarzt aufzusuchen, um mit ihm die einzelnen mit dem Behandlungs- und Sterbevorgang verbundenen Risiken zu besprechen. Erst wenn man sich darüber abschließend eine Meinung gebildet hat, welche der unterschiedlichen Behandlungsweisen man ausschließen möchte, sollte das Gespräch mit einem Juristen gesucht werden, der diese persönliche Entscheidung in hinreichend konkrete Formulierungen fasst, um dem Willen auch bestimmt genug Ausdruck zu verleihen.

Eine solche Erklärung kann jederzeit widerrufen werden, z.B. indem die Urkunde vernichtet wird. In der unmittelbaren Behandlungssituation zählt allein der tatsächlich geäußerte Wille, sei es auch nur durch ein Kopfnicken. Erst wenn der konkrete Wille des Patienten

nicht mehr ermittelt werden kann, findet eine Patientenverfügung Anwendung.

Dabei kommt es nicht selten zu Auslegungsproblemen, wenn die Patientenverfügung zu unkonkret formuliert wurde. Patientenverfügungen, die auf einen unwürdigen Zustand oder ein unerträgliches Situation abstellen, sind nicht hinreichend bestimmt und können dem behandelnden Arzt unmöglich einen Anhaltspunkt für den Willen des Patienten geben.

Ist nun eine Patientenverfügung errichtet worden, sollte diese auch bei dem Zentralen Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer angemeldet werden. In einer ZVR-Card können die wesentlichen Daten aufgenommen und stets bei sich getragen werden.

5 Ergebnis

Die Errichtung eines Testamentes ist nach meinem Dafürhalten stets erforderlich, wenn der Testierende Verantwortung für andere Menschen trägt, zum Beispiel als Mitglied einer Familie oder als Unternehmerin oder Unternehmer. Die Risiken, die durch einen unkontrollierten Erbfall eintreten, sollten durch eine sorgfältig durchdachte testamentarische Lösung verhindert werden und das Vermögen schonen. Ein kostenträchtiger Streit innerhalb der Familie oder eines Unternehmens muss vermieden werden!

Ferner ist die Errichtung von Vorsorgevollmachten, Betreuungsverfügungen und Patientenverfügungen ein zentraler Bestandteil eines verantwortungsvollen Umgangs mit dem eigenen Schicksal. Hier steht im Vordergrund, dass eine Vertrauensperson die eigenen Geschicke übernimmt, wenn man selbst für sich nicht mehr sprechen kann. Hier steht regelmäßig die Vermeidung der Anordnung einer gerichtlichen Betreuung im Vordergrund.

Solange man das eigene Schicksal in der Hand hat, sollte man es auch bestimmen und rechtzeitig den eigenen Erbfall sinnvoll regeln.

Autoren

RA Dr. jur. Ilkka-Peter **Ahlborn** LL.M., Fachanwalt für Arbeitsrecht, nach langjähriger Tätigkeit in einer renommierten überörtlichen Sozietät seit Juni 2012 in der Bielefelder Kanzlei Dr. Geisler, Dr. Franke & Kollegen, Am Zwinger 2-4,, 33602 Bielefeld, Tel.: 0521/55 75 19-35, Fax: 0521/55 75 19-11, E-Mail: i.ahlborn@kgfk.de , Webseite: www.kgfk.de tätig. Spezialgebiete: Arbeits- und Wirtschaftsrecht, zugleich seit 2004 langjährig Lehrbeauftragter an diversen Hochschulen, Master in Environmental and Energy Law (LL.M. im Umwelt- und Energierecht), Universität Lüneburg, diverse Publikationen im Umwelt- und Wirtschaftsrecht – insb. Arbeitsrecht. Aktuell strebt Dr. Ahlborn den weiteren Fachanwaltstitel Handels- und Gesellschaftsrecht an. In der Bielefelder Kanzlei Dr. Geisler, Dr. Franke & Kollegen stehen 12 Rechtsanwälte und über 25 juristische Mitarbeiter für kompetente, zielorientierte und effektive Beratung und anwaltliche Interessenvertretung zur Verfügung: Schwerpunkt ist die bundesweite Beratung & Vertretung kleiner und mittelständischer, aber auch großer Unternehmen in nahezu allen Rechtsgebieten, sämtliche Rechtsanwälte haben sich auf verschiedene Fachgebiete spezialisiert – i.d.R. als Fachanwalt.

Dr. iur. Sascha Heinz-Josef **Besau**, LL.M., Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Fachanwalt für Steuerrecht, Partner der Sozietät Dr. Besau und Partner Rechtsanwälte Steuerberater, Vogelsanger Weg 6, D-50354 Hürth (an der Kölner Medienmeile), Fon: +49 (0) 2233-99 44 13 0, Fax: +49 (0) 2233-99 44 13 99, besau@colognelegal.com, studierte nach dem Wehrdienst Rechtswissenschaften an der Rheinischen-Friedrich-Wilhelms Universität in Bonn mit dem Abschluss Diplomburist im Jahr 2002. Von 2002 bis 2005 arbeitete er als wissenschaftlicher Mitarbeiter beim Deutschen Hochschulverband. Während dieser Zeit nahm er an dem Postgraduierten-Studiengang im Bereich „Mergers & Acquisitions“ der Uni-

versität zu Münster mit dem Abschluss „Master of Laws (LL.M.)“ im Jahr 2003 teil und promovierte zum Dr. iur. an der Universität zu Köln im Jahr 2006 im Bereich des Umwandlungs- und Kapitalmarktrechts. Bis zur Gründung der Partnerschaftsgesellschaft war er für eine der führenden Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften (Big Four) als Rechtsanwalt tätig. Dr. Besau berät nationale und internationale Unternehmen im Bereich des Wirtschaftsrechts, insbesondere mit dem Schwerpunkt M&A und Unternehmensumstrukturierungen.

Ingo **Böckenholt** studierte an der Universität in Karlsruhe Wirtschaftsingenieurwesen und promovierte zum Dr. rer. pol. mit Auszeichnung. Anschließend war er als Unternehmensberater bei A.T. Kearney tätig. Hier entwickelte er u.a. internationale Produktbereichs- und Markteintrittsstrategien für verschiedene Konzerne. Für eine Karriere im Controlling entschied sich Böckenholt, da er einen direkten Beitrag leisten wollte, Unternehmen erfolgreich zu steuern, neue Erfolgspotenziale zu erschließen und den Unternehmenswert zu steigern. So folgten Positionen u.a. als Abteilungsleiter für Unternehmensplanung / Controlling der Karstadt AG und als kaufmännischer Geschäftsführer der Brugman GmbH & Co (Vorwerk-Gruppe). Vor seiner Tätigkeit an der ISM, die er seit 2009 als Dekan und Geschäftsführer akademisch leitet – seit 2011 auch in Funktion es Vizepräsidenten – war Böckenholt zudem sieben Jahre Geschäftsführer der KG Blume 2000 (Tchibo Gruppe) und sechs Jahre Geschäftsführer des weltweit tätigen Logistik-Unternehmens Dachser Logistik.

Die Zukunft mittelständischer Unternehmen ist ihr Thema: Als Expertin auf dem Gebiet der Managementberatung steht Prof. Dr. Birgit **Felden** seit 20 Jahren für transparente und umsetzungsstarke Konzepte. 1996 wurde Felden zur deutschen Jungmanagerin des

Jahres gewählt und war deutsche Preisträgerin des World Young Business Achiever Award. Die gebürtige Kölnerin ist promovierte Juristin (Universität Bonn), Diplom-Kauffrau (Universität zu Köln) sowie Absolventin eines internationalen Masterstudiengangs (ESADE Barcelona). Als Leiterin des Bachelor-Studiengangs „Unternehmensgründung und -nachfolge“ an der Hochschule für Wirtschaft und Recht in Berlin ist sie auf die Themen Mittelstand und Unternehmensnachfolge spezialisiert. Felden gründete 1995 die TMS Unternehmensberatung AG, heute ist sie deren Vorstand. TMS ist Beratungsexperte für inhabergeführte, mittelständische Unternehmen. Prof. Dr. Birgit Felden ist international zertifizierte Unternehmensberaterin CMC/BDU nach den Prüfungskriterien des ICMCI, betreut mittelständische Unternehmen bei der Nachfolgeregelung, in Gründungs-, Wachstums- sowie Krisenphasen und unterstützt sie bei Finanzierungsgesprächen. Sie begleitet mit ihrer Mittelstandskompetenz viele Kreditinstitute, Kammern und Verbände sowie verschiedene Wirtschaftsministerien. Zusätzlich ist sie in zahlreichen Gremien ehrenamtlich engagiert: u. a. als Mitglied der Vollversammlung der IHK zu Köln, als Initiatorin des Forums Netzwerk Mittelstand der IHK zu Köln, als Mitglied des DIHK-Mittelstandsausschusses und als Wirtschaftsbotschafterin der Stadt Köln. Prof. Dr. Felden ist Mitautorin der Werke „Unternehmensnachfolge“, erschienen im Oldenburg Verlag, „Unternehmensnachfolge in der Praxis“, in: Markus Gerhard / Henning Münch (Hrsg.) Estate Planning, Frankfurt School Verlag, und „Humankapital als Zugangsfaktor zur Finanzierung von Unternehmensnachfolgen“ in: ZfB Special Issue: Management von Familienunternehmen, Gabler Verlag, sowie Verfasserin diverser Buch- und Zeitschriftenbeiträge zu mittelstandsbezogenen Themen.

Kontaktdaten: TMS Unternehmensberatung AG, Stolberger Str. 313, 50933 Köln, Tel: 0221 28302-0, Fax: 0221 28302-33, felden@tms.de, www.tms.de

Viktoria **Gadow** begann ihr Studium der Betriebswirtschaftslehre mit einer Schwerpunktsetzung im Bereich Corporate Finance 2009 an der International School of Management in Dortmund und schloss hier Ihre erste akademische Ausbildung im Frühjahr/März 2013 mit dem akademischen Grad „Bachelor of Arts“ erfolgreich ab. Während ihres Studiums sammelte Sie vielseitige Auslands- und Praxiserfahrung durch studienbegleitende Praktika sowohl in Deutschland sowie im europäischen Ausland und mehrmonatige Studienaufenthalte in Valencia und Kalifornien. Das vorliegende Werk stellt dabei eine Verknüpfung Ihrer theoretischen Ausbildung -insbesondere im Bereich des unternehmensinternen Risikomanagements- und verschiedensten praktischen Erfahrungen vorwiegend im Bereich der mittelständischen Unternehmen dar. Basierend auf den Untersuchungsergebnissen einer empirischen Erhebung beschäftigt Sie sich in der Arbeit mit dem Umsetzungsstand eines wertorientierten und nachhaltigen Risikomanagements in der mittelständischen Unternehmenspraxis. Ihre akademische Ausbildung setzt Viktoria Gadow mit dem Masterstudium der Wirtschaftswissenschaften (M. Sc.) im Bereich Finance & Accounting seit April 2013 an der Technischen Universität Dortmund fort.

Professor Dr. rer. oec. M. Karsten **Hoffmann**, Master of Laws (LL.M.), Diplom-Kaufmann, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater. Hochschullehrer für Betriebswirtschaft, insbesondere Unternehmensrechnung und Steuern / Financial Reporting and Control an der International School of Management (ISM), Staatlich anerkannte Hochschule in privater Trägerschaft in Dortmund. Inhaber der KANZLEI TREUBERATUNG HOFFMANN, Herdecke/Ruhr (www.treuberatung.de), Tätigkeitsschwerpunkte: Betriebswirtschaftliche Beratung und Prüfungen, Steuergestaltungsberatung und Steuerstrafrecht, Fachvorträge und Fachgutachten, Treuhänderische Verwaltungen. Zuvor acht Jahre Mitarbeiter / Manager bei

einer der international tätigen US-amerikanischen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften (Big Four) in den Bereichen Wirtschaftsprüfung (Assurance und Financial Assurance Services), Steuerberatung (Tax Services) und Betriebswirtschaftliche Beratung (Business Advisory Services). Kontaktdaten: D-58313 Herdecke (Ruhr), Gewerbegebiet Loerfeld, Loerfeldstraße 8 A, Telefon: +49 - (0) 23 30 - 89 00 31, Telefax: +49 - (0) 23 30 - 89 00 44, Mobiltel: +49 - (0)1 71 - 9 56 20 31, E-Mail: info@treuberatung.de, Internet: www.treuberatung.de.

Prof. Dr. Will **Joachim**, LL.M. (Master of International Law, an der Sothern Methodist University, SMU, Dallas/Texas); vereidigter Buchprüfer (geprüft), vBP. Anschrift: Euro Business College Bielefeld, Boulevard 9, 33613 Bielefeld, Tel. 0521-26090-0, Fax 0521-26090-30, E-mail: info@ebc.bielefeld.eso.de., geboren 1955 in Bielefeld ist nach seinem Studium seit 1984 als zugelassener Rechtsanwalt in wirtschaftsrechtlich ausgerichteten internationalen Kanzleien in Frankfurt und Düsseldorf tätig. Sein besonderes Engagement für den Mittelstand zeigt er durch mehrjährige Tätigkeiten in zwei alt-ingesessenen regionalen Wirtschaftssozietäten in Bielefeld. Managementtätigkeiten führt er jahrelang erfolgreich durch u.a. bei der Maritim Hotelgesellschaft in Bad Salzuflen, der Corona Hotel- und Immobilienprojektentwicklungsgesellschaft sowie der ECE Shoppingcenter- und Immobiliengesellschaft (Otto-Gruppe) in Hamburg. Sein vielseitiges Engagement bringt ihn 1994 zur International School of Management, ISM, wo er zunächst als Dozent, seit 1995 als Professor lehrt, und zwar in den Fächern Privat- und Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht, Reise- und Hotelrecht, Event- bzw. Veranstaltungsrecht, Sport-, Kommunalrecht sowie Projektentwicklung und -management in der Immobilienwirtschaft und Hotellerie. Seit 2005 ist er zusätzlich als Direktor am Euro Business College, EBC, in Bielefeld tätig. Seit 2011 unterrichtet Prof. Joachim zusätzlich an der EBC Hochschule Berlin Wirtschaftsrecht, Arbeits- und Sozial-

recht. Er hat rund 85 Veröffentlichungen zum Wirtschaftsrecht und zur Wirtschaftsethik verfasst.

Seit 2012 ist Prof. Dr. Ralf **Kühn** Geschäftsführer der Audit GmbH Karlsruhe Stuttgart Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, seit 2011 Professor an der International School of Management. Zuvor war er nach abgeschlossenen Studien der Betriebswirtschaft, Volkswirtschaft, Politikwissenschaft, Geschichte und Germanistik bzw. Promotion lange Jahre in der Kreditwirtschaft sowie in Führungsfunktionen beim Baden-Württembergischen Genossenschaftsverband e.V. in Stuttgart tätig. Prof. Kühn ist Dozent an verschiedenen Bildungseinrichtungen und Führungsakademien in den Bereichen Prüfung und Steuerrecht wie in der Steuerberaterausbildung. Anschrift: Heilbronner Straße 41, 70191 Stuttgart, Tel. 0711/ 22213-1416, E-Mail: ralf.kuehn@audit-wpg.com.

Marius Christian **Langenhorst**, LL.M. (Taxation), Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Partner der Sozietät Dr. Besau & Partner Rechtsanwälte Steuerberater, Vogelsanger Weg 6, D-50354 Hürth (an der Kölner Medienmeile), Fon: + 49 (0) 2233 – 99 44 13 0, Fax: + 49 (0) 2233 – 99 44 13 99, langenhorst@colognelegal.com. Nach dem erfolgreichen Abschluss seiner juristischen Ausbildung an der Universität Bonn (2001) und dem Referendariat am OLG Köln (2004), vertiefte Herr Langenhorst seine steuerlichen Kenntnisse im Rahmen eines Masterstudiums (LL.M.) an der WWU Münster und erlangte zudem 2005 ein Certificate in International Taxation. Bis dahin war Herr Langenhorst für nationale Großkanzleien, das Bundeskartellamt in Bonn und eine amerikanische Großkanzlei an der Westküste der USA tätig. Herr Langenhorst ist Gründungspartner von Dr. Besau & Partner Rechtsanwälte Steuerberater und zugleich beratender Mitarbeiter der Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungskanzlei von Prof. Dr. Karsten Hoffmann, LL.M.. Seine Tätig-

keitsgebiete umfassen neben dem Steuerrecht, das Handels - und Gesellschaftsrecht und Kapitalmarktrecht. Seit 2008 hat Herr Langenhorst an der International School of Management (ISM) einen Lehrauftrag für den Studienbereich „Bilanzen und Steuern“, seit 2009 für das Studienfach „Unternehmensteuern“ und seit 2012 für den Bereich „Internationales Steuerrecht“ übernommen. Darüber hinaus doziert Herr Langenhorst für ein bundesweit renommiertes Fortbildungsinstitut für Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Rechtsanwälte in den Bereichen des Vertrags- und Gesellschaftsrechts. Seit 2013 ist Herr Langenhorst als Lehrbeauftragter an der Fachhochschule des Mittelstands (FHM) für den Studienbereich „Besteuerung von Unternehmen“ tätig.

Prof. Dr. Matthias **Lütke Entrup** studierte nach einer Ausbildung zum Bankkaufmann bei der Westdeutschen Landesbank an der Technischen Universität Berlin Wirtschaftsingenieurwesen. Zusätzlich erwarb er das in Frankreich sehr angesehene „Diplôme d’Ingénieur Civil des Ponts et Chaussées“ und den „Master of Business Administration“ an der ENPC in Paris. Im Anschluss an sein Studium arbeitete Lütke Entrup sieben Jahre für die Unternehmensberatung A.T. Kearney. Seine Beratungsschwerpunkte lagen dabei in den Bereichen Strategieentwicklung, Operations Management und Kostensenkung für nationale und internationale Unternehmen der Konsumgüterindustrie (u.a. Brauereien, Schlachthäuser, Fleischverarbeiter, Airline Catering u.v.m.). Parallel wurde er an der TU Berlin mit einem Thema aus der Nahrungsmittelproduktion zum Dr.-Ing. promoviert. Führungsverantwortung übernahm er dann als Geschäftsführer Finanzen der Valensina-Gruppe in Mönchengladbach. An der ISM ist Lütke Entrup seit 2012 als Hochschullehrer für Operations Management und Controlling tätig, zudem verantwortet er als Studiengangsleiter den englischsprachigen Master in Internatio-

nal Management sowie das berufsbegleitende Masterprogramm der ISM.

Rechtsanwältin Jana **Niederhäuser** ist in der Bielefelder Kanzlei Dr. Geisler, Dr. Franke & Kollegen, Am Zwinger 2-4, 33602 Bielefeld, Tel.: 0521/5575190, Fax: 0521/55751916, Email: j.niederhaeuser@kgfk.de, Website: www.kgfk.de tätig. Jana Niederhäusers Schwerpunkte liegen insbesondere im Agrarrecht inkl. Agrarspezifisches Arbeitsrecht, Pferderecht, Tierarzthaftungsrecht und Sportrecht sowie dem Fitness- und Fitnessanlagenrecht. In der Bielefelder Kanzlei stehen 12 Rechtsanwälte und über 25 juristische Mitarbeiter für kompetente, zielorientierte und effektive Beratung zur Verfügung. Der Schwerpunkt liegt in der bundesweiten Beratung mittelständischer und großer Unternehmen in nahezu allen Rechtsfragen. Sämtliche Rechtsanwälte haben sich auf verschiedene Fachgebiete spezialisiert.

Karl A. **Niggemann**, Wirtschaftsberater mit Schwerpunkt M&A, Finanzmanagement und Vermögenscontrolling, An der Linde 12, 58540 Meinerzhagen, Tel. 0 23 54/92 37-55, Fax 0 23 54/92 37-77, k.a.niggemann@ifwniggemann.de, geb. 1941, Geschäftsführer Institut für Wirtschaftsberatung (IfW) Niggemann & Partner GmbH, 58540 Meinerzhagen.

Mirko **Roßkamp** ist als Fachanwalt für Strafrecht, Fachanwalt für Verkehrsrecht und ADAC Vertragsanwalt seit über 10 Jahren in Bielefeld tätig. Er ist Sozius der Kanzlei Dr. Küter, Roßkamp & Coll., Siekerwall 21, 33602 Bielefeld, Tel. 0521.61000, Fax 0521.174917, mail@rae-k-r.de, www.rae-k-r.de. Als Strafverteidiger vertritt er schwerpunktmäßig Mandanten in allen wirtschafts- und steuerstrafrechtlichen Fragen, von der präventiven Beratung bis hin zur Ver-

teidigung in der Hauptverhandlung. Er ist im Vorstand des Deutsche Strafverteidiger e. V. tätig, deren Vorsitzender er seit 2010 ist. Mirko Roßkamp ist zudem als Spezialist in allen Fragen des Verkehrsrechts tätig.

Dr. Jur. Harald **Schlüter**, Magister Legum Europae (M.L.E.), Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Fachanwalt für Steuerrecht und Fachanwalt für Insolvenzrecht, Detmolderstr.43, 33604 Bielefeld, Tel. 0521/ 96641-0, Fax. 0521/ 96641-90, h.schlueter@srd.net, Geb. 1971, Partner der Kanzlei Schlüter, Riedenklau & Kollegen in der überörtlichen Anwaltssozietät SCHLÜTER, seit 2003 Lehrbeauftragter für Steuer- und Bilanzrecht der ISM International School of Management in Dortmund und seit 2010 für Handels- und Gesellschaftsrecht der Deutschen Anwaltakademie Berlin und der Rechtsanwaltskammer Hamm (Westf.). Autor zahlreicher Veröffentlichungen im In- und Ausland u.a. zu Fragen des Wirtschaftsrechts. Tätigkeitsschwerpunkte: Wirtschaftsrecht, Gesellschaftsrecht, Unternehmensverkäufe, Unternehmensnachfolge und Erbrecht.

Prof. Dr. Wolfgang **Schlüter**, Honorarprofessor der Universität Witten-Herdecke, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Detmolder Str.43, 33604 Bielefeld, Tel. 0521/ 96641-0, Fax 0521/ 96641-90, w.schlueter@srd.net, Partner der Sozietät Schlüter, Riedenklau & Kollegen, Spezialgebiet: Unternehmensnachfolge, Gesellschaftsrecht, Bankrecht und Erbrecht.

Nach Studium und wissenschaftlicher Tätigkeit (Geld, Kredit, Banken) war Prof. Dr. Diethard B. **Simmert** von 1978 bis 1986 beim Deutschen Sparkassen- und Giroverband, Bonn, zuletzt als Berater des Präsidenten. Im gleichen Zeitraum war er Chefredakteur der

wissenschaftlichen Zeitschrift „Kredit und Kapital“. Anschließend übernahm er die Funktion eines Chefvolkswirtes einer Frankfurter Großbank. Von 1989 bis 2003 war er Bereichsleiter (Direktor) bei der Provinzial Rheinland AG in Düsseldorf. In dieser Zeit war er u. a. verantwortlich für die Kapitalanlage, den Vertrieb Verbund (Sparkassen), die Kommunikation. Nach langjähriger Lehrbeauftragung (Geld und Kredit) an der Universität Bonn (1979-1989) wurde ihm 1997 eine Professur an der International School of Management (ISM) in Dortmund verliehen. Er hat dort als Studiengangsleiter den Studiengang „BA Corporate Finance“ erfolgreich aufgebaut. Neben seinen zahlreichen wissenschaftlichen Veröffentlichungen und Fachpublikationen ist er Herausgeber bzw. Koordinator der Newsletter „S-Anlagebrief“ und „S-Firmenberatung“ sowie des „Handbuchs für die Anlageberatung“ (HfA). Seit 2001 ist er Mitglied des Kuratoriums der Wissenschaftsförderung der Sparkassen-Finanzgruppe e. V. (DSGV). Er ist Bafin-bestellter Treuhänder eines großen Versicherungskonzerns sowie AR-Vorsitzender von zwei Aktiengesellschaften, (median ag, GNP AG) sowie Beiratsvorsitzender des ICM (Institute for Capital Management). Anschrift: Otto-Hahn-Str. 19, 44227 Dortmund, Tel. 0231-975139-29, diet-hard.simmert@ism.de

Christina **Thiel**, Legal Assistant der Sozietät Dr. Besau & Partner Rechtsanwälte Steuerberater, Vogelsanger Weg 6, D-50354 Hürth (an der Kölner Medienmeile), Fon: + 49 (0) 2233 – 99 44 13 0, Fax: + 49 (0) 2233 – 99 44 13 99, thiel@colognelegal.com. Seit Mai 2012 hat Frau Thiel die Leitung des Backoffice der Kanzlei übernommen und studiert seit Oktober 2012 Rechtswissenschaften.

Heiko **Zülch** (Dipl. Kfm., CEFA, CIIA) ist seit seinem abgeschlossenen Studium der Finanz- und Kreditwirtschaft (2001) als Research-Finanzanalyst aktiv. In seiner Tätigkeit für die Kreissparkasse Köln

(Neumarkt 18-24, 50667 Köln, Tel. 0221/2272584, E-Mail: heiko.zuelch@ksk-koeln.de) beleuchtet er schwerpunktmäßig die Themenbereiche Schwellenländer und Rohstoffe sowie den europäischen Finanzsektor, jeweils im Kontext einer ausgewogenen Vermögensallokation. Dabei bedient er sich primär der fundamentalen Analysemethodik; seine Arbeit zeichnet sich aber durch den ergänzenden Einfluss weiterer Analyseinstrumentarien aus, wodurch er sich erfolgreich vom Branchenusus absetzt. Vor diesem Hintergrund ist er seit vielen Jahren auch als Fachautor und Gesprächspartner für diverse Fachmedien (u. a. Handelsblatt, portfolio-verlag, Sparkassenverlag) tätig.

International School of Management (ISM)

Die International School of Management (ISM) – eine private staatlich anerkannte Hochschule – bildet seit 1990 in Dortmund, Frankfurt/Main, München, Hamburg und ab Herbst 2014 auch in Köln Nachwuchsführungskräfte für die globale Wirtschaft aus. Internationalität, Praxisorientierung und ein kompaktes Studium gehören ebenso zu den Erfolgsfaktoren der ISM wie die Vermittlung fachlicher und sozialer Kompetenzen sowie eine persönliche Atmosphäre. Die Qualität der Ausbildung bestätigen Studierende und Ehemalige ebenso wie Personaler in zahlreichen Hochschulrankings. Die ISM belegt dort seit Jahren konstant vorderste Plätze.

Studienangebot:

Bachelor-Studiengänge

- International Management (Global Track)
- Tourism & Event Management (Global Track)
- Communication & Media Management (Global Track)
- Psychology & Management (Global Track)
- Finance & Management (Global Track)
- Global Brand & Fashion Management (Global Track)

Studiendauer:

Sechs Semester inkl. eines Auslandssemesters

Global Track: Sieben Semester inkl. eines Auslandssemesters in Europa und eines in Übersee

Campus:

Dortmund, Frankfurt/Main, München, Hamburg und Köln

Master-Studiengänge

- International Management
- Strategic Marketing Management
- Finance
- International Transport & Logistics
- Psychology & Management

Studiendauer:

Drei Semester inkl. eines Auslandssemesters plus Master Thesis

Campus:

International Management: Dortmund, Frankfurt/Main, München und Hamburg

Strategic Marketing Management: Dortmund und München

Finance: Dortmund und München

International Transport & Logistics: Frankfurt/Main

Psychology & Management: Dortmund, München und Hamburg

Berufsbegleitende Studiengänge

- B.A. Business Administration
- M.A. Management
- MBA General Management
- MBA Energy Management

Studiendauer:

B.A. Business Administration: Sieben Semester berufsbegleitend inkl. eines Auslandsmoduls in England, Verkürzung auf fünf Semester unter bestimmten Voraussetzungen möglich

M.A. Management: Fünf Semester berufsbegleitend inkl. eines Auslandsmoduls in Irland, Verkürzung auf vier Semester unter bestimmten Voraussetzungen möglich

MBA General Management: Vier Semester berufsbegleitend inkl. vierer Auslandsmodule in den USA, in Brüssel, Indien und Hongkong

MBA Energy Management: Vier Semester berufsbegleitend inkl. eines Auslandsmoduls in den USA

Campus:

B.A. Business Administration: Dortmund, Frankfurt/Main, Hamburg und Köln

M.A. Management: Dortmund, Frankfurt/Main, München, Hamburg und Köln

MBA General Management: Dortmund

MBA Energy Management: Dortmund

Kontakt:

International School of Management (ISM)

Campus Dortmund

Otto-Hahn-Straße 19

44227 Dortmund

Fon: +49 (0)231.97 51 39 - 0

Fax: +49 (0)231.97 51 39 - 39

E-Mail: ism.dortmund@ism.de

Campus Frankfurt/Main

Mörfelder Landstraße 55

60598 Frankfurt

Fon: +49 (0)69.66 05 93 67 - 0

Fax: +49 (0)69.66 05 93 67 - 39

E-Mail: ism.frankfurt@ism.de

Campus München

Karlstraße 35

80333 München

Fon: +49 (0)89.2 00 03 50 - 0

Fax: +49 (0)89.2 00 03 50 - 39

E-Mail: ism.muenchen@ism.de

Campus Hamburg

Brooktorkai 22

20457 Hamburg

Fon: +49 (0)40.3 19 93 39 - 0

Fax: +49 (0)40.3 19 93 39 - 39

E-Mail: ism.hamburg@ism.de

Weitere Informationen: www.ism.de

In der ISM-Schriftenreihe bisher erschienen

- Band 1** Behling/Brickau/Ziegenbein: Die Apotheke der Zukunft, 2005
- Band 2** Hoffmann/Schlüter: Jahrbuch Accounting Taxation Law 2007, 2007
- Band 3** Ziegenbein (Hrsg.): Modellbasiertes Geschäftsprozessmanagement, 2007
- Band 4** Huth/Brickau: Trust in Client – Service Provider Relationships, 2007
- Band 5** Neubauer: Collateralized Loan Obligations - Die Verbriefung von Kreditausfallrisiken am Beispiel der Promise-I Mobility 2005-2 Transaktion der IKB Deutsche Industriebank AG unter Berücksichtigung von Basel II, 2007
- Band 6** Hoffmann/Schlüter: Jahrbuch Accounting Taxation Law 2008, 2008
- Band 7** Hoffmann/Schlüter: Jahrbuch Accounting Taxation Law 2009, 2009
- Band 8** Pijanowski/Hoffmann: Die Auswirkungen der Unternehmenssteuerreform 2008 auf die Unternehmensbewertung, 2009
- Band 9** Brittner-Widmann/Ziegenbein: Forum Tourismus & Freizeit: Erkenntnisse aus Wissenschaft und Praxis: Bausteine von Wellness- und Fitnesskonzepten: Stand und Trends im zweiten Gesundheitsmarkt, 2009
- Band 10** Hoffmann/Schlüter: Jahrbuch Accounting Taxation Law 2010, 2010

- Band 11** Braun/Reschke: nachhaltige Anlagekonzepte für die Finanzwirtschaft / herausgegeben von Ernst Fahling, 2010
- Band 12** Schütze/Ziegenbein: Faktoren einer erfolgreichen Einführung von Handelsmarken für OTC-Arzneimittel. 2010
- Band 13** Rosina/Simmert: Mikrofinanz-Investments als Möglichkeit der Diversifikation des Portfolios, 2010
- Band 14** Hoffmann/Schlüter: Jahrbuch Accounting Taxation Law 2011, 2011
- Band 15** Alluri/Joras/Leicher/Palme: Forum Tourismus & Freizeit: Tourismus, Frieden und Konflikt: Effekte, Strategien und das privatwirtschaftliche Engagement in der Friedensförderung, 2011
- Band 16** Labidi/Simmert: Vergleich von Aktienbewertungsmethoden unter der besonderen Berücksichtigung von Behavioral Finance Ansätzen, 2011
- Band 17** Brickau/Städter: Vertrauensmanagement in Unternehmen: Eine theoretische und empirische Nutzenanalyse unter besonderer Berücksichtigung der Wechselwirkung von Mitarbeiter- und Kundenloyalität, 2011
- Band 18** Moss (Hrsg.): Jahrbuch Unternehmenskommunikation 2011, 2011
- Band 19** Brickau/Kaul: Gaultier, Chanel oder H&M: Wer bestimmt die Mode? – eine strategische Betrachtung – 2011
- Band 20** Hoffmann/Schlüter: Jahrbuch Accounting Taxation Law 2012, 2012

- Band 21** Brach/Gericke (Hrsg.): Modellierung von Unterstützungsprozessen ; Realisierung von Wettbewerbsvorteilen durch Facility Management, 2012
- Band 22** Moss/Simon (Hrsg.): Jahrbuch Unternehmenskommunikation 2012, 2012
- Band 23** Fahling/Simmert (Hrsg.): ISM-Jahrbuch Finanzen 2012, 2013
- Band 24** Hoffmann/Schlüter (Hrsg.): Jahrbuch Accounting Taxation Law 2013, 2013
- Band 25** Hartmann/Lucaszyck: Das neue Dilemma: Die Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben vor dem Hintergrund des ‚Phänomens 24/7‘ – Einflussmöglichkeiten des Personalmanagements,2013
- Band 26** Simon (Hrsg.): Jahrbuch Unternehmenskommunikation 2013, 2013
- Band 27** Hoffmann/Schlüter (Hrsg.): Jahrbuch Accounting Taxation Law 2014, 2014

Diese Titel können u.a. über www.mv-buchhandel.de bestellt werden.