



**KSCV** Kösener Senioren-Convents-Verband

---

*TP!*

*RW!*

*BB!*

---

5. Praktikerseminar auf dem Österberg

---

# **Werte, Wirtschaft, Recht**

**11. Oktober 2013  
Tübingen, Österberg**

---

**Ein Gemeinschaftsprojekt der  
Tübinger Corps  
Franconia, Rhenania und Borussia**

---



# KSCV

---

**Werte, Wirtschaft, Recht**

11. Oktober 2013  
Tübingen  
Österberg

---

## Leitung

Prof. Dr. Hans-Joachim **Priester** (*außer für die Arbeitsgruppe Insolvenzrecht*)  
Notar a.D., Aufsichtsratsmitglied der Fielmann AG

Jörn **Weitzmann** (*für die Arbeitsgruppe Insolvenzrecht*)  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Fachanwalt für Insolvenzrecht

## Referenten und Bearbeiter der Arbeitsunterlage

Dr. Jörgen **Tielmann**, LL.M.  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

Caterina **Steeg** &  
Dr. Eberhard **Vetter**, Rechtsanwalt

Dr. Hans-Ulrich **Geck**, M.B.A.  
Leiter Recht und Steuern, Konzern *Compliance* Verantwortlicher, Nürnberger Versicherungsgruppe,  
Mitglied des Rechtsausschusses und der Kommission *Compliance* des GDV &  
Dr. Hansjörg **Heppe**, LL.M.  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Attorney-at-Law (New York und Texas)

Prof. Dr.-Ing. Jutta **Geldermann**  
Universitätsprofessor, Lehrstuhl für Produktion und Logistik,  
Dekan der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät, Georg-August-Universität Göttingen

Prof. Dr. Georg **Streit**  
Rechtsanwalt

Jan Gerrit **Kehbel**  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht

Prof. Dr. Edzard **Schmidt-Jortzig**  
Emeritierter Universitätsprofessor für Öffentliches Recht, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel,  
Bundesjustizminister a.D., Mitglied des Deutschen Ethikrates

Prof. Dr. Gerhard **Winter**  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht,  
Vorstandsmitglied der Arbeitsgemeinschaft der Fachanwälte für Steuerrecht e.V.

Prof. Dr. Jobst-Hubertus **Bauer**  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht

# Gliederung

## **Interessenkollisionen im Aufsichtsrat** .....

*Jörg Eigendorf: Die heiklen Flügel des Ehrenvorsitzenden Beitz* .....

## **Missbräuchliche Anfechtungsklagen** .....

—*Position Vetter* .....

—*Gegenposition Steeg* .....

## **Der lange Arm des amerikanischen Rechts:**

### ***FATCA, FCPA und Conflict Minerals*** .....

—*FATCA: Compliance in der Pflicht?*

Praxisbericht aus der NÜRNBERGER Versicherungsgruppe .....

### ***FCPA und Conflict Minerals*** .....

Verschiedene Unterlagen zu *Conflict Minerals* .....

*The Impact of US Law-Driven Compliance and Ethics Programmes on Emerging Economies* .....

## **Nachhaltigkeitsgedanken in der Rechnungslegung**

—die Ökobilanz .....

*Jörn Weitzmann: „Par Conditio Creditorum“ und Wege des Missbrauchs* .....

## **20 Monate ESUG**

—Eine Zwischenbilanz zum neuen Sanierungsrecht für Unternehmen .....

## **Das geplante deutsche Konzerninsolvenzrecht** .....

## **Compliance—Ethik in der Wirtschaft** .....

**Erheblichkeit des Ethik-Topos im Recht** .....

## **Unternehmensnachfolge im mittelständischen Bereich**

—Steuerrechtliche Wertungen und Fallstricke .....

## **Deutscher Kündigungsschutz:**

Weder modern noch sozial, sondern Schulbeispiel für Rechtsunsicherheit! .....

Dr. Jürgen Tielmann, LL.M.

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

## Interessenkollisionen im Aufsichtsrat

17.03.13 | ThyssenKrupp

## Die heiklen Flüge des Ehrenvorsitzenden Beitz

Jahrelang hat Berthold Beitz den Firmenflieger von ThyssenKrupp genutzt. Das hat der Konzern nicht korrekt abgerechnet, wie "Welt"-Recherchen zeigen. Chef Hiesinger will diese Altlast bereinigen. *Von Jörg Eigendorf*

Es waren noch nie gehörte Worte, die ThyssenKrupp

(Link: <http://www.welt.de/boerse/aktien/ThyssenKrupp-AG-DE0007500001.html>)-Vorstandschef Heinrich Hiesinger auf der Hauptversammlung im Januar formulierte. "Unsere alte Führungskultur war an vielen Stellen von Seilschaften und blinder Loyalität gekennzeichnet", rief Hiesinger den Aktionären und Mitarbeitern im RuhrCongress in Bochum zu. "Und leider herrschte bei einigen offenbar die Ansicht vor, dass Regeln und Gesetze nicht für alle gelten."

Es muss schon viel passieren, dass der Vorstandschef eines großen deutschen Traditionskonzerns so etwas sagt. Milliardenverluste, Kartellverfahren, Luxusreisen mit und ohne Journalisten, Rücktritt des halben Vorstands und zuletzt auch des Aufsichtsratschefs Gerhard Cromme (Link: <http://www.welt.de/114274505>) – all das hat ThyssenKrupp zum Skandalkonzern gemacht. Wenn Cromme am Dienstag dieser Woche den Stab an Ulrich Lehner übergibt, dann geht mehr als eine Dekade zu Ende, die gezeichnet war von einer herrschaftlichen Firmenkultur, die dem Unternehmen sehr geschadet hat.

Doch es wird wohl noch eine Weile dauern, bis mit den unangenehmen Nachrichten Schluss ist. Und oft wird Vorstandschef Hiesinger von außen auf die Missstände gestoßen, die im Konzern jahrelang penibel unter der Decke gehalten wurden. Dazu gehört auch das Verhältnis, das Aufsichtsrats- und Vorstandsvorsitzende von ThyssenKrupp zu ihrem größten Aktionär, der Alfried Krupp von Bohlen und Halbach-Stiftung gepflegt haben. Und das wird wiederum besonders anschaulich bei der Nutzung des Firmenfliegers, wie Recherchen der "Welt" zeigen.

So ist Berthold Beitz, der Vorsitzende des Stiftungskuratoriums, (Link: <http://www.welt.de/112011027>) seit der Fusion 1999 regelmäßig mit der Falcon 2000 geflogen, die am Düsseldorfer Flughafen steht. Meist reiste der heute 99-jährige Ehrenvorsitzende des Aufsichtsrats mit seinem Leibarzt nach Salzburg, um auf dem Ansitz Blühnbach zu jagen. Oder es ging zur Sommerresidenz auf Sylt.

### Veruntreuung von Firmenvermögen?

Nicht schlimm, sollte man meinen. Schließlich ist Beitz nicht nur Ehrenvorsitzender, (Link: <http://www.welt.de/114301519>) sondern eine große deutsche Persönlichkeit. Er hat im Zweiten Weltkrieg Hunderten Juden das Leben gerettet, als er sie vor der Deportation ins Konzentrationslager bewahrte, indem er sie als "unentbehrlich" für die von ihm geleiteten Fabriken bezeichnete.

Er ist zudem als Verwalter des Krupp-Erbes der Grandseigneur des Konzerns – wobei er nicht immer ein glückliches Händchen bewies, sondern der große Name Krupp zeitweilig als Kürzel für "kaum rentabel und praktisch pleite" verhöhnt wurde. Auch nun wird ihm eine gehörige Mitschuld an der Misere gegeben. Dennoch: Was soll man dagegen haben, dass dieser verdiente Patriarch gelegentlich noch im Firmenflieger verreist?

Doch so einfach ist die Sache nicht. Sie ist sogar ziemlich kompliziert. Der Umgang mit dem Jet wirft erneut ein schräges Licht auf die vom Aufsichtsratsvorsitzenden Cromme geprägte

Firmenkultur. Denn es dürfte sich hier um einen Regelbruch handeln, der sich nicht einfach aus der Welt schaffen lässt.

Das liegt zunächst daran, dass Beitz nicht Mitglied eines Organes des Unternehmens ist. Den Titel des Ehrenvorsitzenden des Aufsichtsrats sieht das deutsche Aktiengesetz nicht vor, und es ist unter Gesellschaftsrechtlern höchst umstritten, ob das mehr als ein Titel ist. Beitz vertritt den größten Aktionär, nicht weniger, aber auch nicht mehr. Juristen könnten daher aus der Nutzung des Fliegers schlimmstenfalls eine Veruntreuung von Firmenvermögen zugunsten eines Anteilseigners herleiten.

Damit konfrontiert, rechtfertigt das Unternehmen die Flüge mit der Falcon 2000 durch Beitz mit seiner Rolle als Ehrenvorsitzender des Aufsichtsrats, der "aufgrund seiner herausragenden Position und seiner Lebensleistung immer auch Repräsentant und Botschafter des Unternehmens" sei. "Diese hervorgehobene Rolle von Herrn Prof. Beitz ist auch Grundlage für eine Nutzung des Firmenjets durch ihn."

### **Es ging zur Jagd oder nach Sylt**

Doch so ganz scheint man dieser Begründung auch bei ThyssenKrupp selbst nicht zu vertrauen. Das zeigt die eigenartige Art und Weise, wie diese Reisen verbucht wurden. So landeten die Ausgaben für die regelmäßigen Beitz-Flüge – rund 4000 Euro pro Stunde – nach Recherchen der "Welt" stets auf der Kostenstelle eines Vorstands, in der Regel auf der des Vorstandsvorsitzenden.

In den Anfangsjahren nach der Fusion 1999 waren das Gerhard Cromme und Ekkehard Schulz gemeinsam. Als Cromme dann 2001 an die Spitze des Aufsichtsrats wechselte, wurden die Flüge über das Büro von Schulz gebucht und verrechnet. Cromme dürfte sich dieser Praxis sehr wohl bewusst gewesen sein: Einmal jährlich hat der scheidende Aufsichtsratsvorsitzende nach Informationen der "Welt" genau überprüft, wer wann mit dem Flieger wohin unterwegs war.

Auch diese Form der Buchung wäre zunächst nicht verwerflich, wenn der Name Beitz als Kostengrund genannt worden wäre. Doch das war den Recherchen zufolge nicht der Fall. Lediglich im Logbuch wurde Beitz als mitfliegende Person erwähnt. Somit stimmen Logbuch und Abrechnung nicht überein.

Offenbar war man sich also sehr wohl bewusst, dass die Flüge eben nicht so ganz konform mit dem Gesetz waren – zumal die Reisen nicht wirklich einen dienstlichen Hintergrund hatten. Schließlich ging es zur Jagd oder nach Sylt. Damit aber durfte ThyssenKrupp nicht einfach die Kosten von der Steuer absetzen. ThyssenKrupp oder Beitz selbst hätten vielmehr den geldwerten Vorteil versteuern müssen. Da aber das Unternehmen so getan hat, als flöge der Vorstandsvorsitzende persönlich, ist dem Vernehmen nach weder das eine, noch das andere passiert.

### **Steuerrechtlicher Sündenfall**

Dass es überhaupt zu einem solchen steuerrechtlichen Sündenfall kommen konnte, geht auf die Fusionsverhandlungen 1999 zurück. Damals ließ sich Beitz die Nutzung des Firmenfliegers und der Krupp-Jagden, die partout nicht verkauft werden sollten, zusichern.

Ob schriftlich oder mündlich, auch dazu wollte das Unternehmen keine Stellung nehmen. Cromme und Schulz fühlten sich dem Ehrenvorsitzenden so sehr verbunden, dass sie daran nicht rütteln wollten oder konnten. Der eine, Chefkontrolleur Cromme, wollte schließlich Beitz an der Spitze der Stiftung folgen, was nun nicht mehr passieren wird. Und der andere, Vorstandschef Schulz, pflegte ein enges Verhältnis unter Jägern zu dem Krupp-Verwalter.

Nach Informationen der "Welt" hat sich Konzernchef Hiesinger nun entschlossen, diese Altlast zu bereinigen. Offenbar werden viele Flüge nachversteuert beziehungsweise Nachzahlungen geleistet, wenn die Kosten regelwidrig abgesetzt wurden.

Wie weit diese Nachversteuerung zurückreicht, dazu wollte das Unternehmen sich nicht äußern. Man gesteht lediglich ein, dass nicht alles sauber war: "Die Nutzung des Firmenjets



der ThyssenKrupp AG erfolgte in der Vergangenheit auf der Grundlage verschiedener Regelungen des Konzerns, die derzeit überarbeitet und zu einer neuen Nutzungsrichtlinie zusammengefasst werden", teilte der Konzernsprecher mit.

Vorstandschef Hiesinger habe "offen angesprochen, dass in der Vergangenheit einiges schief gelaufen ist oder nicht in Ordnung und aus heutiger Sicht nicht immer angemessen war. Deshalb hat der neue Vorstand einen umfassenden Veränderungsprozess eingeleitet, der klare Regeln unter anderem für das Thema Reisen von Vorstand, Aufsichtsrat und Dritten festlegen wird."

### **Trennung der Sphären von Stiftung und Unternehmen**

Der Vorstandschef selbst soll seit seinem Wechsel zu ThyssenKrupp im Mai 2010 nichts von dieser Praxis mitbekommen haben. Hiesinger sei nicht bewusst gewesen, dass es eine solche Regelung gegeben habe, heißt es in seinem Umfeld. Ihm seien pauschal Flugkosten monatlich in Rechnung gestellt worden. Dafür zuständig ist im Vorstand bislang Ralph Labonte, der nun ausscheidet.

Ob Beitz künftig noch die Falcon 2000 auf Konzernkosten nutzen darf, wenn er denn noch fliegen will, ist offen. Der "Süddeutschen Zeitung" sagte er, dass er an der Spitze der Stiftung bleiben wolle, "solange ich das kann und noch klar im Kopf bin." Bei ThyssenKrupp will man vorsorglich nun alles rund um den Flieger so regeln, dass es gesetzeskonform ist. Wie das aussehen soll, bleibt das Geheimnis der Juristen.

Vorstandschef Hiesinger scheint denn auch entschlossen zu sein, eine strikte Trennung der Sphären von Stiftung und Unternehmen vorzunehmen. Bislang ist es oft ThyssenKrupp, das die Zeche für seinen größten Aktionär bezahlt. So zum Beispiel beim Unterhalt der Villa Hügel, dem repräsentativen Sitz der Stiftung, wobei das seit der Fusion 1999 vertraglich geregelt ist.

Das lässt sich ThyssenKrupp dem Vernehmen nach jährlich einen hohen einstelligen Millionenbetrag kosten. Auch die verbliebenen Jagdreviere dürften nun zur Disposition stehen, zumal Beitz sie angesichts seines fortgeschrittenen Alters kaum mehr nutzen können.

Entsprechend entschlossen hört sich denn auch der letzte Satz in der Antwort auf den Fragenkatalog der "Welt" an, der eine Art Revolution auf dem Hügel bedeutet: Der neue Vorstand habe bereits Ende des vergangenen Jahres entschieden, "alle das Verhältnis von Stiftung und Unternehmen betreffenden Fragen zu überprüfen und dort wo erforderlich auch neu zu regeln." Beitz scheint einzusehen, dass er zu diesem Kulturwandel trotz seines hohen Alters noch einmal seinen Beitrag leisten muss. Denn weiter heißt es: "Dieses Vorgehen ist zwischen dem Unternehmen und der Stiftung auch so besprochen."

Caterina Steeg

Dr. Eberhard Vetter  
Rechtsanwalt

# Missbräuchliche Anfechtungsklagen

Luther.

## Missbräuchliche Anfechtungsklagen

### Österberg-Seminar

Dr. Eberhard Vetter  
11. Oktober 2013

Rechtsberatung. Steuerberatung. Luther.



## Beschlusskompetenz der Hauptversammlung

Grundlagen der AG

Zuständigkeitskatalog in § 119 AktG (nicht abschließend)

- Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern, § 101 AktG
- Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat, § 120 AktG
- Satzungsänderungen, § 179 AktG
- Kapitalmaßnahmen, §§ 182 ff; 192 ff; 202 ff; 207 ff
- Unternehmensverträge, §§ 291, 293 AktG
- Squeeze-out, § 327a AktG
- Strukturmaßnahmen nach UmwG

## Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen

Klagebefugnis: **Jeder** Aktionär, § 245 AktG, **eine Aktie** genügt

Begründung: Verletzung von Gesetz oder Satzung, § 243, Abs.1 AktG (Inhalt und Verfahren) oder wegen Sondervorteil, § 243 Abs. 2 AktG

Klagefrist: **Ein Monat** ab Hauptversammlungsbeschluss, § 246 Abs. 1 AktG

Bei Erfolg: - Hauptversammlungsbeschluss ist auf Grund Gestaltungsurteils **nichtig** (ex tunc), § 248 Abs. 1 Satz 1 AktG  
- Wirkung für und **gegen alle** (inter omnes), § 248 Abs. 1 Satz 1 AktG

3

## Anfechtungsklage

### Funktion des Rechtsinstituts

- **Individual-Rechtsbehelf** bei Verletzung von Mitgliedschaftsrechten
- **Institutioneller Rechtsbehelf** zur objektiven Rechtmäßigkeitskontrolle sog. Funktionärs-Klage (Polizeifunktion)
- **Präventive Steuerung** ordnungsgemäßen Verhaltens der Verwaltung

Absage an:

- Staatliche Kontrolle (Aktienamt)
- Finanzielle Kompensation („Dulde und liquidiere“)

4

## Beschlusskompetenz der Hauptversammlung

- \* Beschluss, der **im Handelsregister einzutragen** ist
- \*\* Beschluss mit **Handelsregistereintragung nur nach Negativerklärung oder Freigabe** (= Registersperre)
  - Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern
  - Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat
  - Satzungsänderungen \*
  - Kapitalmaßnahmen \*
  - Unternehmensverträge \*
  - Eingliederung \*\*
  - Squeeze-out \*\*
  - Strukturmaßnahmen nach UmwG \*\*

5

## Problematik der Anfechtungsklage

### Fehlfunktion

- Mehrjährige **Unsicherheit** für Unternehmen
- **Blockade** für Grundlagendeischeidungen wegen konstitutiver Wirkung der Handelsregistereintragung
- **Nichtigkeit** als überschießende Rechtsfolge bei erfolgreicher Klage

Fehlfunktion führt zu falschen Anreizen

- Aktionäre: „**Einladung**“ an Kläger zur Klageerhebung
- Verwaltung: „**Gebot ökonomischer Vernunft**“ zu Arrangement mit Kläger
- Unverhältnismäßiger Aufwand
  - Hauptversammlungs-Vorbereitung und Durchführung
  - aufwändige Gerichtsverfahren
  - Dauer der Gerichtsverfahren

6

## Missbräuchliches Verhalten

BGH 22.05.1989: Klageerhebung mit dem Ziel die AG in **grob eigennütziger Weise zu einer Leistung zu veranlassen**, auf die der Kläger **keinen Anspruch** hat und billigerweise auch nicht erheben kann, in der **Erwartung** die AG werde Leistung erbringen, um die anfechtungsbedingten **Nachteile und Schäden zu vermeiden** oder gering zu halten.

Frage: Wie lässt sich individueller Missbrauch beweisen???

7

## Missbräuchliches Verhalten

Freie Beweiswürdigung des Gerichts nach § 286 ZPO

Indizien:

- Geringer **Aktienbesitz** des Klägers?
- **Häufigkeit** der Klageerhebung des Klägers?
- Klageerhebung **zugleich** durch natürliche **und** durch juristische Person?
- Klagebegründung allein mit **formalen Beschlussmängeln**?
- Anfechtungsklage als **Druckmittel** in anderem Rechtsstreit?
- Erwartung auf **Zahlung** einer hohen Geldsumme?
- **Bereitwilligkeit des Klägers** zu Vergleich/Klagerücknahme?

8

## Missbräuchliches Verhalten

### Beispiele:

- Erwartung der Beauftragung zur Rechtsberatung für 10 Mio. DM (BGH)
- Abkauf des Anfechtungsrechts für 1,5 Mio. DM (BGH)
- Klagerücknahme gegen Vergleich zum 13-fachen des Werts nach RVG (LG Frankfurt)
- Klagerücknahme gegen Vergleich und Einräumung überproportionaler Bezugsrechte bei der Kapitalerhöhung (OLG Frankfurt)
- Anfechtungsklage, um Schadensersatzansprüche gegen AG durchzusetzen (OLG Frankfurt)
- Antrag auf Prozesskostenhilfe für Anfechtungsklage wegen Bezugsrechtsausschluss von Aktionär mit nur drei Aktien (OLG Celle)

9

## Kostenregelung, § 247 AktG

- Streitwertbestimmung nach billigem Ermessen des Gerichts unter Berücksichtigung der Umstände insbesondere der Bedeutung der Sache für Parteien
- **Streitwertbegrenzung** für Klage auf ein Zehntel des Grundkapitals der AG
- Maximal 500.000 EUR
- Höherer Streitwert als 500.000 EUR nur, wenn **Bedeutung** der Sache **für Kläger** höher

### Rechtstatsachen

Abweichung von den Vorgaben von § 247 AktG durch Vergleich des Rechtsstreits auf Basis eines **einvernehmlich festgelegten Streitwerts** und eines den Streitwert meistens **weit** übersteigenden **Vergleichsmehrwerts** → **Umgehung??**

10

## Gegenmaßnahmen des Gesetzgebers (I)

- 2005 Anfechtungsbefugnis des Aktionärs setzt Aktienbesitz vor Bekanntmachung der Tagesordnung der Hauptversammlung voraus, § 245 Nr. 1 AktG
- 2005 Möglichkeit zur Beschränkung des Auskunftsrechts der Aktionäre in der Hauptversammlung, § 131 Abs. 2 Satz 2 AktG
- 2005 Bei börsennotierter Gesellschaft: Publizitätspflicht für Beendigung von Anfechtungsprozessen, § 248a AktG
- 2005 Ausschluss der Anfechtung wegen Bewertungsprügen bei Möglichkeit eines Spruchverfahrens, § 243 Abs. 4 Satz 2 AktG
- 2005 Freigabe- und Eilverfahren zur Überwindung der Registersperre mit Abwägungsklausel (LG und OLG), § 246a AktG
- 2005 Ausschluss der Anfechtung bei technischen Störungen der elektronischen Wahrnehmung von Aktionärsrechten in der Hauptversammlung, § 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG
- 2005 Ausschluss der Anfechtung bei Verletzung von bestimmten Publizitäts- und Weitergabepflichten vor der Hauptversammlung, § 243 Abs. 3 Nr. 2 AktG

11

## Gegenmaßnahmen des Gesetzgebers (II)

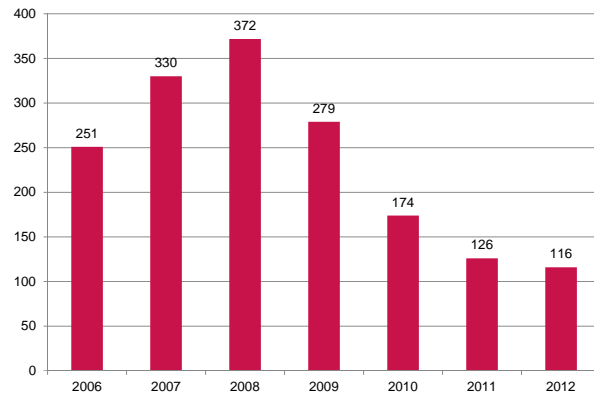
- 2008 Anfechtungsausschluss bei Versäumnis von kapitalmarktrechtlichen Veröffentlichungspflichten, § 30g WpHG
- 2009 Freigabe- und Eilverfahren zur Überwindung der Registersperre, modifizierte Abwägungsklausel, Bagatellquorum, vorzeitiges Akteneinsichtsrecht, erweiterte Prozessvollmacht, einzige Instanz OLG, § 246a AktG
- 2009 Anfechtungsausschluss bei Hauptversammlungsbeschluss „Say on Pay“, § 120 Abs. 4 AktG
- 2013 Relative Befristung der sog. nachgeschobenen Nichtigkeitsklage, § 249 Abs. 2 AktG-E

12



## Rechtstatsachen zur Anfechtungsklage

Anzahl der Klagen laut Bekanntmachungen im Bundesanzeiger gemäß § 246 Abs. 4 Satz 1 AktG

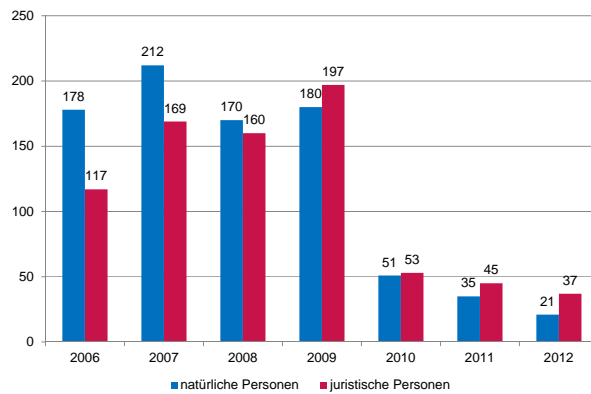


Quelle: Bayer/Hoffmann, ZIP 2013, 1193, 1200

13

## Rechtstatsachen zur Anfechtungsklage

Mehrfachkläger in Mitteilungen zur Verfahrensbeendigung gemäß § 248a AktG



Quelle: Bayer/Hoffmann, ZIP 2013, 1193, 1201

14

## Weitere Betätigungsfelder der Berufskläger

- Spruchverfahren nach SpruchG  
Einleitung eines Spruchverfahrens zur Überprüfung der Angemessenheit von Abfindung/Ausgleich der Minderheitsaktionäre
- Gläubigerversammlung der Anleihegläubiger nach SchVG  
Anfechtung von Beschlüssen der Gläubigerversammlung

15

## Fazit

- Notwendigkeit zur umfassenden Reform des Beschlussmängelrechts bleibt unverändert bestehen
- Diskussionsgrundlage:
  - Beschlüsse des 67. Deutschen Juristentags 2008 in Erfurt
  - Vorschläge des Arbeitskreises Beschlussmängelrecht von 2008

16



**Dr. Eberhard Vetter**  
Rechtsanwalt, Partner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Anna-Schneider-Steig 22  
50678 Köln  
Tel.: +49 (221) 9937 25788  
Email: eberhard.vetter@luther-lawfirm.com

Dr. Eberhard Vetter ist nach langjähriger Tätigkeit in Unternehmen und Holdinggesellschaften des Maschinen- und Anlagenbaus sowie der Versicherungs- und Finanzdienstleistungswirtschaft seit 2003 bei Luther bzw. den Vorgesellschaften tätig. Er verfügt über breite Erfahrungen und Kenntnisse im Gesellschaftsrecht, insbesondere im Aktien- und Konzernrecht und war in verschiedenen börsennotierten und nicht-börsennotierten Gesellschaften als Aufsichtsratsmitglied oder als Aufsichtsratsvorsitzender tätig.

Die Beratungsschwerpunkte von Dr. Vetter liegen in der Betreuung börsennotierter und nicht börsennotierter Aktiengesellschaften in allen Bereichen des Aktien- und Kapitalmarktrechts, insbesondere in der Vorbereitung und Begleitung von Hauptversammlungen, wie auch in der Beratung von Vorständen und Aufsichtsräten, insbesondere in Fragen der Corporate Governance und der Compliance. Herr Dr. Vetter ist Co-Autor verschiedener Handbücher zum Aktienrecht sowie Autor zahlreicher Beiträge in Zeitschriften und Sammelwerken.

5. Österbergseminar  
Werte, Wirtschaft, Recht



**RECHTSMISSBRÄUCLICHE  
ANFECHTUNGSKLAGEN  
DIE GEGENPOSITION ZU VETTER**

Caterina Steeg

Tübingen, den 11. Oktober 2013

Problematik der Anfechtungsklage  
Fehlfunktionen



**Mehrjährige Unsicherheit und Blockade für  
Grundlageentscheidungen?**

- **Freigabeverfahren, §§ 246a AktG, 16 Abs. 3 UmwG für nahezu sämtliche Grundlagenbeschlüsse:**  
Kapitalerhöhungen, Kapitalherabsetzungen, Unternehmensverträge, Eingliederung, Squeeze-Out, Verschmelzung, Konzernverschmelzungen, Spaltung, Formwechsel
- **Verfahrensdauer (gesetzlich angeordnet): 3 Monate**
- **Tatsächlicher Abschluss der Freigabeverfahren in Tagen nach Hauptversammlung: 75 Tage\***

\*Quelle: Bayer et. al., ZIP 2012, 897, 908

Zu Folie 6

## Problematik der Anfechtungsklage Fehlfunktionen II

### **Mehrjährige Unsicherheit und Blockade für Grundlageentscheidungen?**

- Unternehmen suchen sich den Zeitpunkt der Beschlussfassung aus
- Möglichkeit des Bestätigungsbeschlusses, § 244 AktG
- Möglichkeit des Wiederholungsbeschlusses

Zu Folie 6

## Problematik der Anfechtungsklage Fehlfunktionen III

### **Nichtigkeit als überschießende Rechtsfolge?**

- Kein Anspruch auf vorübergehende Wirksamkeit von rechtswidrig gefassten Beschlüssen
- Hinreichende Möglichkeiten, dem entgegen zu steuern:
  - Gerichtliche Bestellung von Aufsichtsräten
  - Gerichtliche Bestellung von Abschlussprüfern
  - Bestätigungs- und Wiederholungsbeschlüsse

Zu Folie 6

# Missbräuchliches Verhalten Beweiswürdigung

## Geringer Aktienbesitz

- Kein Quorum zur Erhebung einer Anfechtungsklage, aber:
- Notwendiges Quorum zur Antragsabweisung im Freigabeverfahren
- i. d. R. keine positive Kenntnis über Aktienbesitz, da deutsche Aktiengesellschaften mehrheitlich Inhaberaktien ausgegeben haben.
- Keine Pflicht zur Offenlegung der Vermögensverhältnisse
- Ständige Rechtsprechung, z. B.
  - LG München I, Urteil vom 24.08.2006 - 5HK O 1558/06,
  - OLG Köln, Beschluss vom 6.10.2003 - 18 W 35/03,
  - OLG Nürnberg, Urteil vom 20.09.2006 - 12 U 3800/04

Zu Folie 8

# Missbräuchliches Verhalten Beweiswürdigung II

## Häufigkeit der Klageerhebung

- Ein Lebenszeitkontingent für die Erhebungen von Anfechtungsklagen ist nicht kodifiziert und auch nur schwer begründbar
- Die Gleichung „viele Klagen = böser Kläger“ ignoriert vollständig Anlass, Inhalt und Ergebnis der Klageerhebung
  - LG München I, Urteil vom 24.08.2006 - 5HK O 1558/06 -
  - OLG München, Urteil vom 24.09.2008 - 7 U 4230/07 -
  - LG Hamburg, Beschluss vom 13.04.2010 - 411 O 129/09 -
  - KG Berlin, Urteil vom 29.10.2010 - 14 U 96/09 -

Zu Folie 8

## Missbräuchliches Verhalten Beweiswürdigung III



### **Formale Beschlussmängel**

- Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen formellen und materiellen Gesetzesverstößen
- Wann überschreitet der „(noch) akzeptable Formalfehler“ den Punkt zum „inakzeptablen Beschlussmangel“?
  - Formalfehler „Verfristung der Hauptversammlungseinladung“?
  - Formalfehler „fehlerhafte Teilnahmebedingungen“?
  - Formalfehler „fehlender Bericht“?
  - Formalfehler „fehlender Beschlussvorschlag“?

Zu Folie 8

## Missbräuchliches Verhalten Beweiswürdigung IV



### **Bereitwilligkeit zu Vergleich oder Klagerücknahme**

- Güteverhandlung, § 278 ZPO
- Vergleich auf ausdrückliches Bitten (Betteln?) der Gesellschaft oder ihres Mehrheitsaktionärs oder ihres Rechtsberaters
- Vergleich auf Anraten und Empfehlung des Gerichts
- Vergleich auf Druck Dritter (Mitaktionäre, Mitkläger, Öffentlichkeit, Presse)

Zu Folie 8

## Berufskläger und Gerichte



### **Dr. Martin Müller, VRiLG Frankfurt am Main:**

„Mag sein, dass ich damit in der Justiz eine Mindermeinung habe, ich halte von den sogenannten Berufsklägern relativ viel. Sie treiben das Aktienrecht voran. Wenn es diese Beteiligten nicht gäbe, würden Hauptversammlungen oft noch viel schlampiger vorbereitet und durchgeführt werden, als das schon der Fall ist. ... Gut, sie stellen in der Hauptversammlung auch Fallen, aber auch das ist nicht unfair, wenn man sich klar macht, dass oft 50 bis 60 Anwälte während einer Hauptversammlung für die Gesellschaft parat stehen und gegebenenfalls Anwälte dem Versammlungsleiter und dem Vorstand buchstäblich zu Füßen liegen, um ihm zu soufflieren.“

JUVE Rechtsmarkt 03/2008, S. 36

### **Dr. Helmut Krenek, VRiLG München I:**

„Ich glaube, dass diesem überschaubaren Kreis von Aktionären eine nicht unerhebliche präventive Funktion zukommt. ... Wenn Vorstand und Aufsichtsrat wissen, dass sie mit Anfechtungsklagen rechnen müssen, werden die Vorbereitung und die Durchführung einer Hauptversammlung deutlich besser.“

FTD 30.01.2005, S. 25

Zu Folie 14

## Minderheitenschutz im internationalen Vergleich



- In einer Studie von La Porta et. al. aus den 90-er Jahren erreichte Deutschland auf einer Qualitätsskala für Minderheitenrechte von 0 bis 6 gerade einmal den Wert 1 und lag damit auf dem viertletzten Platz der insgesamt 27 ausgewerteten Nationen. Zum Vergleich: Großbritannien, Kanada und die USA erreichten das Niveau 5.
- In einer Auswertung von Doing Business, einer Organisation des Weltbank-Netzwerks, rangiert Deutschland in 2012 in der Rubrik „protecting investors“ gemeinsam u. a. mit dem Kosovo und Lesotho auf Rang 100 von 185 einbezogenen Staaten – und das hinter Ruanda (Platz 32) und Burundi (Platz 49).

Vor diesem Hintergrund besteht sicherlich dringender Reformbedarf hinsichtlich des Beschlussmängelrechts und dem Minderheitenschutz im deutschen Aktienrecht.

vgl. La Porta/López-de-Silanes/Shleifer/Vishny, *Journal of Political Economy* 1998, S. 1113 ff.  
<http://www.doingbusiness.org/rankings> (Abruf vom 14.09.2013)

zu Folie 16



Dr. Hans-Ulrich Geck, M.B.A.  
Bereichsleiter Recht und Steuern  
Konzern *Compliance* Verantwortlicher  
NÜRNBERGER Versicherungsgruppe

Dr. Hansjörg Heppe, LL.M.  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht  
Attorney-at-Law (New York und Texas)

**Der lange Arm des amerikanischen Rechts:**  
*FATCA, FCPA und Conflict Minerals*

## Curriculum Vitae

Dr. jur. Hans-Ulrich Geck, MBA (Univ. L. Bocconi)



### Ausbildung

- 1998 Steuerberaterprüfung, Fachanwalt für Steuerrecht
- 1989 - 1990 Studium der Betriebswirtschaft an der Universität L. Bocconi, Mailand mit Abschluss MBA
- 1984 - 1988 Referendarzeit in Köln und Berlin, 2. Staatsexamen: 20.01.1988, Unterbrechung der Referendarzeit zur Anfertigung der Doktorarbeit: "Die Fragestunde im Deutschen Bundestag", gleichzeitig wiss. Mitarbeiter der Arbeitsgemeinschaft Dr. Dregger/Dr. Waigel der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Rigorosum: 27.06.1986
- 1979 - 1983 Studium der Jurisprudenz an den Universitäten Bonn und Freiburg, 1. Staatsexamen: 19.12.1983

### Beruflicher Werdegang

seit 04/2013

zusätzlich: Mitglied der Vorstände der NÜRNBERGER Pensionskasse AG und der NÜRNBERGER Pensionsfonds AG

seit 04/2002

*Position* Direktor der NÜRNBERGER Versicherungsgruppe, verantwortlich für das Steuerwesen, M & A-Geschäft, Chefsyndikus, Chief-Compliance-Officer, Geschäftsführer der SEBA Beteiligungsgesellschaft mbH und Consortia Versicherungs- Beteiligungsgesellschaft mbH, NÜRNBERGER Verwaltungsgesellschaft mbH, alle Nürnberg  
stellv. Aufsichtsratsvorsitzender der MOHAG Motorwagen-HandelsGmbH, Gelsenkirchen



# **FATCA: Compliance in der Pflicht?**

## **Praxisbericht aus der NÜRNBERGER Versicherungsgruppe**

Dr. Hans-Ulrich Geck M.B.A.  
Leiter Bereich Recht und Steuern,  
Konzern Compliance Verantwortlicher

Mitglied des Rechtsausschusses und der Kommission Compliance des GDV



## **Gliederung**

### **1. Was ist FATCA?**

- Hintergrund der FATCA-Initiative
- FATCA-Rahmenbedingungen
- Erleichterungen durch Final Regulations, nationales Abkommen
- Unveränderter Handlungsbedarf
- Übergangsfristen zum Reporting

### **2. Umsetzung in den Versicherungsunternehmen**

- Reaktionen internationaler Großbanken
- Geschäftsfelder und Betroffenheit in der NÜRNBERGER
- Aktivitäten im Hause der NÜRNBERGER
- Projektphasen

### **3. Aufgabe von Revision und Compliance bei FATCA**

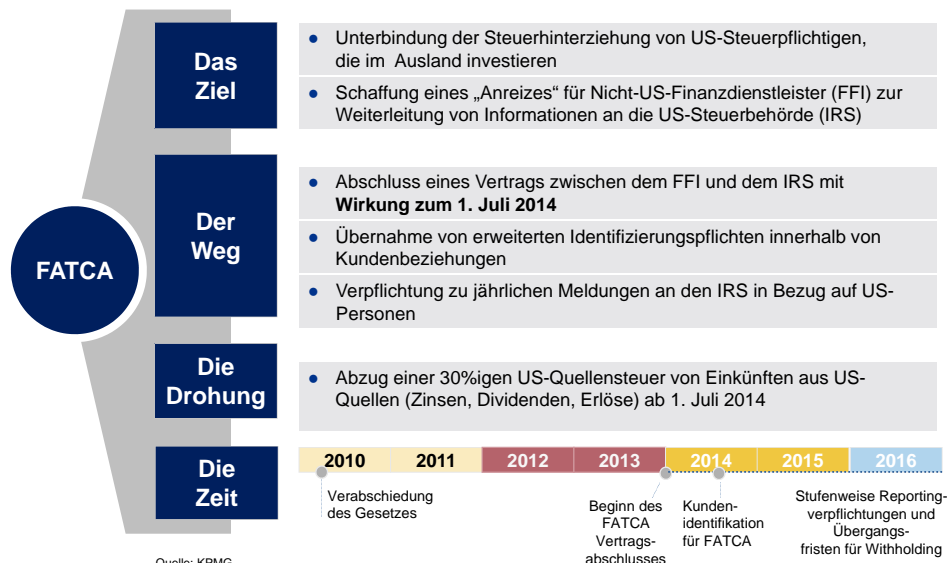
- Interne Zuständigkeit bei Compliance für Projektphase
- Aufgabe des Unternehmens/des Responsible Officers



## 1. Was ist FATCA?

- Hintergrund der FATCA-Initiative
- FATCA-Rahmenbedingungen
- Erleichterungen durch Final Regulations, nationales Abkommen
- Unveränderter Handlungsbedarf
- Übergangsfristen zum Reporting

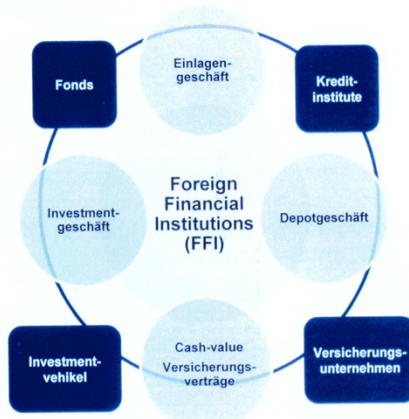
# Hintergrund der FATCA-Initiative



# FATCA



## Foreign Financial Institution (FFI)



## Pflichten einer FFI (nach Prop. Regs.)

- Abschluss eines Vertrages mit dem IRS
- Identifikation und Dokumentation bei Neu- und Bestandskonten
- Reporting von US Persons
- Einbehalt der FATCA-Steuer bei NPFFIs und Recalcitrants

© 2012 KPMG AG, Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Gemeinschaft unabhängiger Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

7

11. Oktober 2013

5

# FATCA-Rahmenbedingungen



- Am 18.03.2010 wurde FATCA in den USA als Gesetz verabschiedet und tritt zum 01.01.2014 mit Dokumentationspflichten in Kraft. Einige Verpflichtungen aus dem neuen Gesetz sind erst zu einem späteren Zeitpunkt umzusetzen. Konkretisierungen des Gesetzes (sog. Proposed Regulations, 388 Seiten) sind am 08.02.2012 veröffentlicht worden, die Final Regulations sind am 17.01.2013 in Kraft getreten, Verschiebung der Umsetzungspflicht auf 30.06.2014 – notice 2015 - 43
- Gemeinsame Erklärung Deutschland, Frankreich, Italien, Spanien und Großbritannien sowie USA vom 08.02.2012 mit Ziel Ausbau der Bekämpfung der Steuerhinterziehung und Ziele von FATCA umzusetzen
- Musterabkommen zur Verbesserung der Steuerehrlichkeit und Umsetzung von FATCA, zuletzt aktualisiert 09.05.2013
- Zahlreiche zwischenstaatliche Abkommen, sogenannte "Intergovernmental Agreements" (IGA) zwischen USA und Drittstaaten

11. Oktober 2013

6

## FATCA-Rahmenbedingungen



Intergovernmental Agreements (IGAs)

### Abkommen nach Muster I (IGA I) (D, F, I, N, E)

- In einem IGA I-Staat ansässige FFIs unterliegen den Vorschriften des IGA I des betreffenden Staates sowie den nationalen Umsetzungsvorschriften hierzu
- FFIs in IGA I-Staaten müssen kein FFI-Agreement abschließen
- Identifikation und Meldung von US-Konten an nationale Behörden
- Grundsätzlich kein Steuereinbehalt für FFIs
- Annex II enthält individuelle Ausnahmen von der Betroffenheit

### Abkommen nach Muster II (IGA II) (CA, SF, NL, Japan)

- FFIs sind – soweit nicht im IGA II ausdrücklich anders geregelt – verpflichtet, FATCA nach den FATCA Regulations zu implementieren
- IGA II FFIs haben mit dem IRS grundsätzlich ein FFI-Agreement abzuschließen
- Die FFI hat die Einwilligung der Kontoinhaber zur Offenlegung gegenüber dem IRS einzuholen

## FATCA-Rahmenbedingungen



- Abkommen Deutschland – USA vom 31.05.2013 basiert auf Musterabkommen vom 14.11.2012
- Umsetzung mit § 117 c AO – neu – Umsetzung innerstaatlich anwendbarer völkerrechtlicher Vereinbarungen zur Förderung der Steuerehrlichkeit bei internationalen Sachverhalten, Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung.
- Versicherungsunternehmen, die sogenannte Cash-Value-Produkte anbieten, sowie Banken sind vom Anwendungsbereich des FATCA erfasst, da sie unter die Definition eines ausländischen Finanzinstituts, sogenannte FFI (Foreign Financial Institution), fallen.
- Der Handlungsbedarf hinsichtlich FATCA ist groß und bedarf zeitnah der strategischen Entscheidung des Umgangs mit den Geschäftsbeziehungen zu sog. US-Accounts. Bei Umsetzung von FATCA sind viele Unternehmensbereiche betroffen und Prozesse neu zu organisieren.
- Die Anforderungen von FATCA sind dann operativ umzusetzen und ein konzern- und bereichsübergreifendes Umsetzungsprojekt aufzusetzen.

## Erleichterungen durch Final Regulations



### Generelle Erleichterungen

- Änderung der Sorgfaltspflichten in Bezug auf die Kontenidentifizierung (Synergien Geldwäscheprävention)
- kein Withholding für Cash-Value-Produkte mit fester Laufzeit (Abschluss vor 01.01.2014)
- Erweiterung der Übergangsfristen für Steuerabzug und -meldung
- Höhere Wertgrenzen für Konten und Rückkaufswerte (250.000 USD bzw. 1 Mio. USD)

### Erleichterungen FATCA-Partnerländer

- Neuer Status "Registered deemed Compliant FFI"
- Zwischenstaatlicher Vertrag für Deutschland (und weitere EU-Länder) und nationales Umsetzungsgesetz - § 117 c AO – neu - in Verbindung mit einer Rechtsverordnung
  - kein Vertragsschluss mit IRS mehr
  - keine Kündigung von US Kunden nötig
  - kein Withholding abführen
  - kein Interessenkonflikt Datenschutz
  - keine Außenprüfung durch IRS mehr
  - Meldungen an zentrale deutsche Behörde (Bundeszentralamt für Steuern)

## Unveränderter Handlungsbedarf



- Inhalte und Prozesse des Reportings bleiben bestehen
- Identifikation von US-Accounts unverändert notwendig
- Ausrichtung Neukundengeschäft auf Erkennung bzw. Vermeidung von US Kunden weiterhin erforderlich
- FATCA-Pflichten erfordern geschäftspolitische Entscheidungen, die frühzeitig fokussiert werden sollten
- Verzögerungen bzw. Aufschiebungen bei der Umsetzung der FATCA-Vorschriften können zu temporärer Non-Compliance führen (z.B. Renditeverluste wegen Strafsteuer)
- Zurückhaltung von Geschäftspartnern, wenn FATCA Compliance nicht gegeben ist

**Zeitnahe Prüfung, wie die Konzern-Compliance für FATCA unter Ausnutzung der gegebenen Erleichterungen optimal umzusetzen ist**

## Übergangsfristen zum Reporting



	2015-2016 (für die Kalenderjahre 2014-2015)	2017 (für das Kalenderjahr 2016)	2018 (für das Kalenderjahr 2017)
Name	✓	✓	✓
Adresse	✓	✓	✓
TIN	✓	✓	✓
Kontonummer	✓	✓	✓
Kontostand	✓	✓	✓
US-Erträge	✓ (Kj. 2015)	✓	✓
Bruttoverkaufserlöse		✓	✓

11. Oktober 2013

11

## Gliederung



### 2. Umsetzung in den Versicherungsunternehmen

- Reaktionen internationaler Großbanken
- Geschäftsfelder und Betroffenheit in der NÜRNBERGER
- Aktivitäten im Hause der NÜRNBERGER
- Projektphasen

11. Oktober 2013

12





## Internationale Großbanken weisen US-Millionäre ab

Strenge US-Gesetze sollen Amerikanern Schwarzgeldanlagen unmöglich machen. Das macht die Kontenverwaltung teuer.

**SINGAPUR.** „Amerikanische Millionäre wollen wir nicht“. Diese Aussage kommt von einigen der weltgrößten Vermögensverwalter. Deutsche Bank, HSBC, Bank of Singapore und BS Group sagen alle, dass sie Geschäfte mit vermögenden US-Kunden zurückgewiesen haben. Hintergrund sind neue US-Gesetze, die ab dem 1. Januar 2013 schrittweise in Kraft treten sollen und die Kosten für die Institute enorm erhöhen. Die Regierung in Washington will mit dem 2010 beschlossenen „Foreign Account Tax Compliance Act“ (Fatca) die Steuerhinterziehung von US-Bürgern verhindern. Das Gesetz verpflichtet Vermögensverwalter mit Sitz außerhalb der USA, Informationen über Einkommen und Zinszahlungen

ihrer amerikanischen Kunden zu sammeln und weiterzugeben. Dadurch steigen die Kosten für die Banken. Das Geschäft lohnt sich für sie nicht mehr. „Langfristig ist es eine Benachteiligung, wenn Amerikaner immer weniger Gelegenheiten haben, im Ausland zu investieren“, sag Marc Faber, Fondsmanager in Singapur, „die meisten Hedge-Fonds, die mir in Asien bekannt sind, nehmen keine amerikanischen Kunden mehr.“ Das fast 400 Seiten starke Gesetzeswerk, das von der Steuerbehörde Internal Revenue Service (IRS) im Februar vorgestellt wurde, schafft „unnötige Belastungen und Kosten“, kritisieren auch die beiden Bankenverbände „Institute of International Banker“ und „European Banking Federation“ in einem gemeinsamen Brief an den IRS. Insgesamt sind mehr als 200 solcher

Beschwerden bei der Behörde eingegangen. Am 15. Mai soll eine Anhörung dazu stattfinden. Der IRS kann beeinflussen, wie und wann einige Aspekte der Regeln eingeführt werden, das Gesetz insgesamt kann er jedoch nicht aufheben.

**Zu komplex und zu schwierig**  
Fatca war ins Rollen gekommen, nachdem die Schweizer UBS 2009 eingestand, Amerikanern bei der Steuerhinterziehung geholfen zu haben und 850 Millionen Dollar zahlte, um einer Strafverfolgung zu entgehen. Die größte Schweizer Bank hatte bereits 2008 angekündigt, US-Bürgern keine Offshore-Konten mehr anzubieten. Nun folgen auch die anderen: Die Bank of Singapore hat viele Millionen Dollar von Amerikanern

abgewiesen, weil die Bank keine Probleme haben wolle, erklärt Konzernchef Renato de Guzman, „das ist alles zu komplex, zu schwierig“, sagt er. Die britische HSBC entschied im Juli letzten Jahres, Amerikanern außerhalb der USA keine Vermögensverwaltungsdienste mehr anzubieten. Die Deutsche Bank erklärte, dass sie alle Wertpapierkonten im Ausland von Kunden mit Meldeadresse in den USA bis Mitte 2011 aufgelöst habe. Credit Suisse, BNP Paribas und die niederländische ABN Amro Bank wollen den Fall prüfen und haben sich nach eigenen Angaben bislang noch nicht entschieden. *Bloomberg*

Quelle: Handelsblatt vom 10.05.2012

11. Oktober 2013

13

## Geschäftsfelder



### Lebens- und Pensionsversicherung

NÜRNBERGER Lebensversicherung AG  
NÜRNBERGER Beamten Lebensversicherung AG  
NÜRNBERGER Versicherung AG Österreich  
NÜRNBERGER Pensionskasse AG  
NÜRNBERGER Pensionsfonds AG

### Krankenversicherung

NÜRNBERGER Krankenversicherung AG

### Schadenversicherung

NÜRNBERGER Allgemeine Versicherungs-AG  
NÜRNBERGER Beamten Allgemeine Versicherung AG  
GARANTA Versicherungs-AG  
GARANTA ÖSTERREICH Versicherungs-AG (Niederlassung)  
CG Car Garantie Versicherungs-AG (anteilig einbezogen)

### Vermögensberatung

FÜRST FUGGER Privatbank KG

### Dienstleistung

NÜRNBERGER SofortService AG  
NÜRNBERGER Beratungs- und Betreuungsgesellschaft für betriebliche Altersversorgung und Personaldienstleistungen mbH  
NÜRNBERGER Verwaltungsgesellschaft mbH  
NÜRNBERGER Communication Center (NCC) GmbH  
EUROPÄISCHER HOF, Thermal-Sport-Hotel Badgastein Ges.m.b.H.

11. Oktober 2013

14

## Betroffenheit der NÜRNBERGER



### Situation der NÜRNBERGER

- Die NÜRNBERGER ist mit den Cash-Value-Produkten in den Sparten Lebensversicherung und Pensionskassen (in Deutschland und Österreich), evtl. mit der Unfallversicherung (UnfallSchutz Investment), mit den Bankdienstleistungen der FFPB, mit den Kapitalanlagen der NÜRNBERGER Gesellschaften in USA und durch die Zusammenarbeit mit Investmentfonds von den FATCA-Regularien betroffen.

### Was ist Cash Value?

- Jeweils höherer Betrag aus Rückkaufswert (ohne Abzug von Gebühren) oder Beleihungswert der Police

### Was sind Cash-Value-Produkte?

- Kapitallebens- und Rentenversicherungen
- Ausbildungsversicherungen
- Fondsgebundene Lebensversicherungen
- Versicherungsprodukte mit Kapitalanteil

## Betroffenheit der NÜRNBERGER



### Von FATCA ausgenommen

- „Altersvorsorgepläne nach § 1 des Betriebsrentengesetzes“ und somit **alle fünf Durchführungswege der betrieblichen Altersversorgung** sowie „Altersvorsorgepläne nach dem Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetz“ (**Riester-Verträge und Basisrentenverträge**).
- Versicherungen, die lediglich das **Todesfall-, Krankheits-, Unfall-, Haftungs- oder Sachschadenrisiko** absichern, unterliegen nicht der Meldepflicht, soweit sie nicht „rückkaufsfähig“ sind und keinen „Barwert“ haben.
- **Rückversicherungsverträge** zwischen zwei Versicherungsunternehmen.

# Aktivitäten im Hause der NÜRNBERGER



Mai-September 2011	Oktober 2011	November 2011	Dezember 2011	Januar bis Juni 2012	Juni bis September 2013
<ul style="list-style-type: none"> <li>Informations-sammlung über FATCA-Anforderungen</li> <li>Austausch auf bilateraler Ebene der betroffenen Abteilungen. Initiator: STEUERN</li> <li>erste Vorstands-information zu FATCA</li> <li>Bildung eines FATCA-Kernteams aus Steuern, Recht, Compliance-Ausland</li> <li>erste informelle Gespräche mit externen Beratern</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>erste Grobanalyse des Versicherungs-bestandes aufgrund vorhandener FATCA-Indizien (US-Nationalität, US-Adressen)</li> <li>Kernteam definiert (grob) betroffene Konzerneinheiten, Produkte, Prozesse</li> <li>Entscheidung bezüglich externer Beratung getroffen und Festlegung der Anforderungen an die Berater</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Durchführung eines Beauty-Contests mit Teilnahme von ext. Beratungsfirmen</li> <li>bei den Berater-Workshops Teilnahme sämtlicher von FATCA betroffenen Abteilungen der Generaldirektion und der Tochtergesellschaften</li> <li>weitere Strukturierung der vorhandenen Informationen</li> <li>erste Analyse der evtl. betroffenen Kapitalanlagen</li> <li>erste gezielte Informationssammlung hinsichtlich der betroffenen IT-Systeme sowie der evtl. bereits vorhandenen und für FATCA-Zwecke nutzbaren Anwendungen und Prozesse (z. B. Abgeltungsteuer und Geldwäsche)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Fortsetzung des Berater-Auswahl-Prozesses</li> <li>Definition der Ziele der Analyse</li> <li>Strukturierung des Projektes</li> <li>Sensibilisierung des Konzernvorstands</li> <li><b>erster Vorstands-beschluss: Projektauftrag</b></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Durchführung der Vorstudie</li> <li>GAP- Analyse</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Beobachtung der rechtlichen Entwicklung</li> </ul>

# Projektphasen



Voranalyse und FATCA-Strategie	Detaillierte IST-Analyse	FATCA-Zielbild und Umsetzungsplan	Implementierung	Operationalisierung und Controlling
<ul style="list-style-type: none"> <li>Festlegung der FATCA-Anforderungen aufgrund NBG-Geschäftsmodell</li> <li>Abstimmung der Arbeitshypothesen für Definition der FATCA-Strategie</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Ermittlung der FATCA-Betroffenheit:                             <ul style="list-style-type: none"> <li>Produkte</li> <li>Konzern-gesellschaften</li> <li>Bereiche</li> <li>Prozesse</li> <li>Kapitalanlagen</li> <li>Zahlungsströme</li> <li>IT-Systeme</li> </ul> </li> <li>Impakt- und Gap-Analyse</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Identifizierung des Handlungsbedarfes</li> <li>Festlegung des finalen FATCA-Zielbildes der NBG</li> <li>Definition einer fachlichen Roadmap für die Umsetzung des Zielbildes</li> <li>Definition Implementierungs-plan mit Priorisierungsskala</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Durchführung der notwendigen Anpassungen an:                             <ul style="list-style-type: none"> <li>Prozesse</li> <li>Systeme</li> <li>Kundenkommunik.</li> <li>Formularwesen</li> <li>Zahlungsprozesse</li> </ul> </li> <li>Testing</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Identifikation - Bestandskunden? - Neukunden und Anpassung der Verträge</li> <li>Ermittlung und Behandlung nicht-kooperativer Kunden</li> <li>Ermittlung PstP-Quote</li> <li>Abführung der Steuer nach USA</li> <li>Berichterstattung an BZSt</li> </ul>
<p><b>Ziel:</b> Grundsätze für Definition der FATCA-Strategie festgelegt</p>	<p><b>Ziel:</b> Impakt FATCA auf Geschäftsmodell verständlich gemacht.</p>	<p><b>Ziel:</b> Finales FATCA-Zielbild aufgrund „verbindlicher“ FATCA-Regelungen definiert. Implementierungsplan hergestellt.</p>	<p><b>Ziel:</b> Prozesse- und Systemupdate und Fertigstellung für Operationalisierung</p>	<p><b>Ziel:</b> FATCA-Funktionen integriert in NBG-Prozess- und Systemlandschaft</p>

Konkretes hängt noch von der Rechtsverordnung ab (§ 117 c AO -neu-)



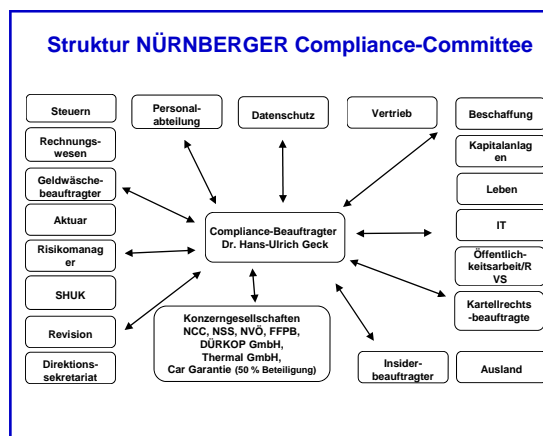
## 3. Aufgabe von Revision und Compliance bei FATCA

- Interne Zuständigkeit bei Compliance für Projektphase
- Aufgabe des Unternehmens/des Responsible Officers

# Interne Zuständigkeit bei Compliance



- integrierte Compliance-Organisation (Zuständigkeit von FATCA bei Compliance Ausland)
- frühzeitige Identifikation von regulatorischen und steuerlichen Herausforderungen für den Konzern
- genaue Impaktanalyse unter Berücksichtigung des eigenen Geschäftsmodells
- Erarbeitung von Lösungen in enger Abstimmung mit den operativen Bereichen
- Erarbeitung von Lösungen auch für die ausl. Tochtergesellschaften und auch Spezialfonds





### Unternehmen

Zur Überprüfung der Einhaltung der FATCA-Regularien werden nach den Final Regulations im Vertrag mit IRS und Unternehmen vorgesehen

- written compliance policies and procedures
- periodic internal reviews of its compliance
- periodically provided certifications to the IRS

### Responsible Officer

- Der Responsible Officer hat im Rahmen der Registrierung beim IRS abschließend sinngemäß zu attestieren, dass alle gemachten Angaben nach bestem Wissen und Gewissen vollständig und korrekt erfolgt sind, sowie dass das Finanzinstitut einschließlich seiner Niederlassungen den FATCA-Verpflichtungen entsprechend der relevanten Bestimmungen der US-Regularien, IGAs und weiteren Verwaltungsanweisungen entsprechen wird, insoweit diese auf Basis des jeweiligen FATCA Status in der jeweiligen Jurisdiktion relevant sind.
- Pflichtenkreis des Responsible Officer, soweit er zu benennen ist, wird in der Rechtsverordnung, § 117 AO - neu -, bestimmt.



### Ansprechpartner:

Herr Dr. Hans-Ulrich Geck M.B.A

Leiter Recht und Steuern  
Konzern Compliance Verantwortlicher

Tel.: 0911-531- 6200  
Fax: 0911-531-81-6200

Email: [hans-ulrich.geck@huemberger.de](mailto:hans-ulrich.geck@huemberger.de)

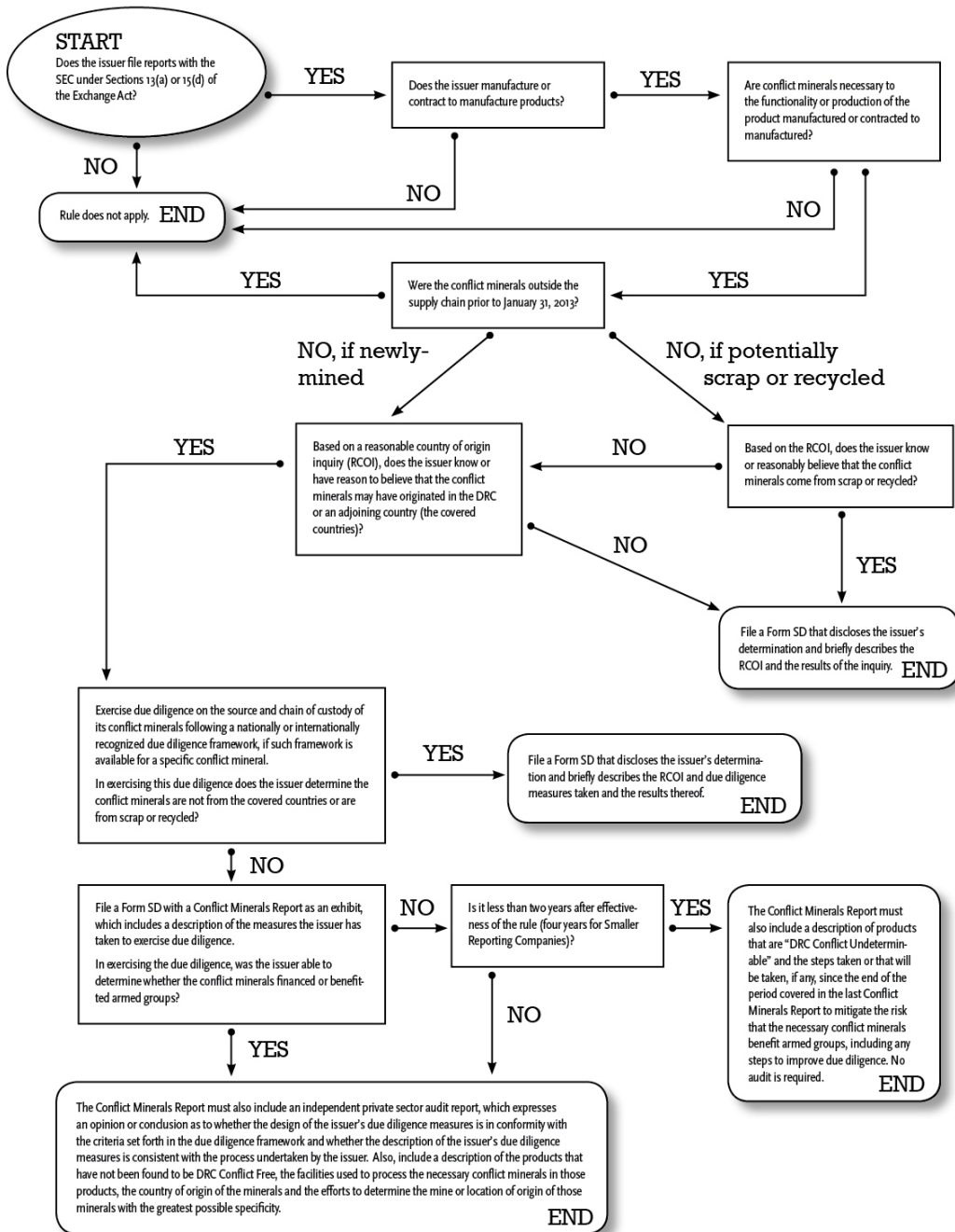
### Literaturhinweise:

Franz, Winkler  
Die Herausforderungen bleiben,  
Versicherungswirtschaft 2013,  
Seite 50 ff.

Franz, Obermann,  
Vorschriften von FATCA in der Praxis  
anwenden, Versicherungswirtschaft 2012,  
Seite 594 ff.

Wybitul, Beier,  
Umsetzung von FATCA in deutschen  
Unternehmen,  
Betriebsberater 2012, Seite 1200 ff.





## FACT SHEET

### Disclosing the Use of Conflict Minerals

#### Background

In 2010, Congress passed the Dodd-Frank Act, which directs the Commission to issue rules requiring certain companies to disclose their use of conflict minerals if those minerals are "necessary to the functionality or production of a product" manufactured by those companies. Under the Act, those minerals include tantalum, tin, gold or tungsten.

Congress enacted Section 1502 of the Act because of concerns that the exploitation and trade of conflict minerals by armed groups is helping to finance conflict in the DRC region and is contributing to an emergency humanitarian crisis. Section 1502 of the Act amends the Securities and Exchange Act of 1934 to add Section 13(p).

#### The Rule

The final rule applies to a company that uses minerals including tantalum, tin, gold or tungsten if:

- The company files reports with the SEC under the Exchange Act.
- The minerals are "necessary to the functionality or production" of a product manufactured or contracted to be manufactured by the company.

The final rule requires a company to provide the disclosure on a new form to be filed with the SEC (Form SD).

#### ***Contracting to Manufacture:***

A company is considered to be "contracting to manufacture" a product if it has some actual influence over the manufacturing of that product. This determination is based on facts and circumstances, taking into account the degree of influence a company exercises over the product's manufacturing.

A company is not be deemed to have influence over the manufacturing if it merely:

- Affixes its brand, marks, logo, or label to a generic product manufactured by a third party.
- Services, maintains, or repairs a product manufactured by a third party.
- Specifies or negotiates contractual terms with a manufacturer that do not directly relate to the manufacturing of the product.

The requirements apply equally to domestic and foreign issuers.

#### ***Determining Whether Conflict Minerals Originated in the DRC or Other Covered Countries:***

Under the final rule, a company that uses any of the designated minerals is required to conduct a reasonable 'country of origin' inquiry that must be performed in good faith and be reasonably designed to determine whether any of its minerals originated in the covered countries or are from scrap or recycled sources.

If the inquiry determines either of the following to be true:

- The company *knows* that the minerals *did not* originate in the covered countries or *are* from scrap or recycled sources.
- The company *has no reason to believe* that the minerals *may have* originated in the covered countries or *may not be* from scrap or recycled sources.

... then the company must disclose its determination, provide a brief description of the inquiry it undertook and the results of the inquiry on Form SD.

The company also is required to:

- Make its description publicly available on its Internet website.
- Provide the Internet address of that site in the Form SD.

If the inquiry otherwise determines both of the following to be true:

- The company *knows or has reason to believe* that the minerals *may have* originated in the covered countries.
- The company *knows or has reason to believe* that the minerals *may not be* from scrap or recycled sources.

... then the company must undertake "due diligence" on the source and chain of custody of its conflict minerals and file a Conflict Minerals Report as an exhibit to the Form SD.

The company also is required to:

- Make publicly available the Conflict Minerals Report on its Internet website.
- Provide the Internet address of that site on Form SD.

***What Must Be Included in the Conflict Minerals Report:***

Under the final rule, companies that are required to file a Conflict Minerals Report must exercise due diligence on the source and chain of custody of their conflict minerals. The due diligence measures must conform to a nationally or internationally recognized due diligence framework, such as the due diligence guidance approved by the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD).

*DRC Conflict Free* — If a company determines that its products are "DRC conflict free" — that is the minerals may originate from the covered countries but did not finance or benefit armed groups — then the company must undertake the following audit and certification requirements:

- Obtain an independent private sector audit of its Conflict Minerals Report
- Certify that it obtained such an audit.
- Include the audit report as part of the Conflict Minerals Report.
- Identify the auditor.

*Not Been Found to Be "DRC Conflict Free"* — If a company's products have not been found to be "DRC conflict free," then the company in addition to the audit and certification requirements must describe the following in its Conflict Minerals Report:

- The products manufactured or contracted to be manufactured that have not been found to be "DRC conflict free."
- The facilities used to process the conflict minerals in those products.
- The country of origin of the conflict minerals in those products.
- The efforts to determine the mine or location of origin with the greatest possible specificity.

*DRC Conflict Undeterminable* — For a temporary two-year period (or four-year period for smaller reporting companies), if the company is unable to determine whether the minerals in its products originated in the covered countries or financed or benefited armed groups in those countries, then those products are considered "DRC conflict undeterminable."

In that case, the company must describe the following in its Conflict Minerals Report:

- Its products manufactured or contracted to be manufactured that are "DRC conflict undeterminable."
- The facilities used to process the conflict minerals in those products, if known.
- The country of origin of the conflict minerals in those products, if known.
- The efforts to determine the mine or location of origin with the greatest possible specificity.
- The steps it has taken or will take, if any, since the end of the period covered in its most recent Conflict Minerals Report to mitigate the risk that its necessary conflict minerals benefit armed groups, including any steps to improve due diligence.

For those products that are "DRC conflict undeterminable," the company is not required to obtain an independent private sector audit of the Conflict Minerals Report regarding the conflict minerals in those products.



*Recycled or Scrap Due Diligence* — There are special rules governing the due diligence and Conflict Minerals Report for minerals from recycled or scrap sources. If a company's conflict minerals are derived from recycled or scrap sources rather than from mined sources, the company's products containing such minerals are considered "DRC conflict free."

If a company cannot reasonably conclude after its inquiry that its gold is from recycled or scrap sources, then it is required to undertake due diligence in accordance with the OECD Due Diligence Guidance, and get an audit of its Conflict Minerals Report. Currently, gold is the only conflict mineral with a nationally or internationally recognized due diligence framework for determining whether it is recycled or scrap, which is part of the OECD Due Diligence Guidance.

For the other three minerals, if a company cannot reasonably conclude after its inquiry that its minerals are from recycled or scrap sources, until a due diligence framework is developed, the company is required to describe the due diligence measures it exercised in determining that its conflict minerals are from recycled or scrap sources in its Conflict Minerals Report. Such a company is not required to obtain an independent private sector audit regarding such conflict minerals.

Last modified: July 2, 2013

[Home](#) > [Newsroom](#)

**SEC. 1502. CONFLICT MINERALS.**

(a) SENSE OF CONGRESS ON EXPLOITATION AND TRADE OF CONFLICT MINERALS ORIGINATING IN THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO.—It is the sense of Congress that the exploitation and trade of conflict minerals originating in the Democratic Republic of the Congo is helping to finance conflict characterized by extreme levels of violence in the eastern Democratic Republic of the Congo, particularly sexual- and gender-based violence, and contributing to an emergency humanitarian situation therein, warranting the provisions of section 13(p) of the Securities Exchange Act of 1934, as added by subsection (b).

(b) DISCLOSURE RELATING TO CONFLICT MINERALS ORIGINATING IN THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO.—Section 13 of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78m), as amended by this Act, is amended by adding at the end the following new subsection:

“(p) DISCLOSURES RELATING TO CONFLICT MINERALS ORIGINATING IN THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO.—

“(1) REGULATIONS.—

“(A) IN GENERAL.—Not later than 270 days after the date of the enactment of this subsection, the Commission shall promulgate regulations requiring any person described in paragraph (2) to disclose annually, beginning with the person’s first full fiscal year that begins after the date of promulgation of such regulations, whether conflict minerals that are necessary as described in paragraph (2)(B), in the year for which such reporting is required, did originate in the Democratic Republic of the Congo or an adjoining country and, in cases in which such conflict minerals did originate in any such country, submit to the Commission a report that includes, with respect to the period covered by the report—

“(i) a description of the measures taken by the person to exercise due diligence on the source and chain of custody of such minerals, which measures shall include an independent private sector audit of such report submitted through the Commission that is conducted in accordance with standards established by the Comptroller General of the United States, in accordance with rules promulgated by the Commission, in consultation with the Secretary of State; and

“(ii) a description of the products manufactured or contracted to be manufactured that are not DRC conflict free (‘DRC conflict free’ is defined to mean the products that do not contain minerals that directly or indirectly finance or benefit armed groups in the Democratic Republic of the Congo or an adjoining country), the entity that conducted the independent private sector audit in accordance with clause (i), the facilities used to process the conflict minerals, the country of origin of the conflict minerals, and the efforts to determine the mine or location of origin with the greatest possible specificity.

“(B) CERTIFICATION.—The person submitting a report under subparagraph (A) shall certify the audit described in clause (i) of such subparagraph that is included in such report. Such a certified audit shall constitute a critical component of due diligence in establishing the source and chain of custody of such minerals.

“(C) UNRELIABLE DETERMINATION.—If a report required to be submitted by a person under subparagraph (A) relies on a determination of an independent private sector audit, as described under subparagraph (A)(i), or other due diligence processes previously determined by the Commission to be unreliable, the report shall not satisfy the requirements of the regulations promulgated under subparagraph (A)(i).

“(D) DRC CONFLICT FREE.—For purposes of this paragraph, a product may be labeled as ‘DRC conflict free’ if the product does not contain conflict minerals that directly or indirectly finance or benefit armed groups in the Democratic Republic of the Congo or an adjoining country.

“(E) INFORMATION AVAILABLE TO THE PUBLIC.—Each person described under paragraph (2) shall make available to the public on the Internet website of such person the information disclosed by such person under subparagraph (A).

“(2) PERSON DESCRIBED.—A person is described in this paragraph if—

“(A) the person is required to file reports with the Commission pursuant to paragraph (1)(A); and

“(B) conflict minerals are necessary to the functionality or production of a product manufactured by such person.

“(3) REVISIONS AND WAIVERS.—The Commission shall revise or temporarily waive the requirements described in paragraph (1) if the President transmits to the Commission a determination that—

“(A) such revision or waiver is in the national security interest of the United States and the President includes the reasons therefor; and

“(B) establishes a date, not later than 2 years after the initial publication of such exemption, on which such exemption shall expire.

“(4) TERMINATION OF DISCLOSURE REQUIREMENTS.—The requirements of paragraph (1) shall terminate on the date on which the President determines and certifies to the appropriate congressional committees, but in no case earlier than

the date that is one day after the end of the 5-year period beginning on the date of the enactment of this subsection, that no armed groups continue to be directly involved and benefiting from commercial activity involving conflict minerals.

“(5) DEFINITIONS.—For purposes of this subsection, the terms ‘adjoining country’, ‘appropriate congressional committees’, ‘armed group’, and ‘conflict mineral’ have the meaning given those terms under section 1502 of the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act.”

(c) STRATEGY AND MAP TO ADDRESS LINKAGES BETWEEN CONFLICT MINERALS AND ARMED GROUPS.—

(1) STRATEGY.—

(A) IN GENERAL.—Not later than 180 days after the date of the enactment of this Act, the Secretary of State, in consultation with the Administrator of the United States Agency for International Development, shall submit to the appropriate congressional committees a strategy to address the linkages between human rights abuses, armed groups, mining of conflict minerals, and commercial products.

(B) CONTENTS.—The strategy required by subparagraph (A) shall include the following:

(i) A plan to promote peace and security in the Democratic Republic of the Congo by supporting efforts of the Government of the Democratic Republic of the Congo, including the Ministry of Mines and other relevant agencies, adjoining countries, and the international community, in particular the United Nations Group of Experts on the Democratic Republic of Congo, to—

(I) monitor and stop commercial activities involving the natural resources of the Democratic Republic of the Congo that contribute to the activities of armed groups and human rights violations in the Democratic Republic of the Congo; and

(II) develop stronger governance and economic institutions that can facilitate and improve transparency in the cross-border trade involving the natural resources of the Democratic Republic of the Congo to reduce exploitation by armed groups and promote local and regional development.

(ii) A plan to provide guidance to commercial entities seeking to exercise due diligence on and formalize the origin and chain of custody of conflict minerals used in their products and on their suppliers to ensure that conflict minerals used in the products of such suppliers do not directly or indirectly finance armed conflict or result in labor or human rights violations.

(iii) A description of punitive measures that could be taken against individuals or entities whose commercial activities are supporting armed groups and human rights violations in the Democratic Republic of the Congo.

(2) MAP.—

(A) IN GENERAL.—Not later than 180 days after the date of the enactment of this Act, the Secretary of State shall, in accordance with the recommendation of the United

Nations Group of Experts on the Democratic Republic of the Congo in their December 2008 report—

(i) produce a map of mineral-rich zones, trade routes, and areas under the control of armed groups in the Democratic Republic of the Congo and adjoining countries based on data from multiple sources, including—

(I) the United Nations Group of Experts on the Democratic Republic of the Congo;

(II) the Government of the Democratic Republic of the Congo, the governments of adjoining countries, and the governments of other Member States of the United Nations; and

(III) local and international nongovernmental organizations;

(ii) make such map available to the public; and

(iii) provide to the appropriate congressional committees an explanatory note describing the sources of information from which such map is based and the identification, where possible, of the armed groups or other forces in control of the mines depicted.

(B) DESIGNATION.—The map required under subparagraph (A) shall be known as the “Conflict Minerals Map”, and mines located in areas under the control of armed groups in the Democratic Republic of the Congo and adjoining countries, as depicted on such Conflict Minerals Map, shall be known as “Conflict Zone Mines”.

(C) UPDATES.—The Secretary of State shall update the map required under subparagraph (A) not less frequently than once every 180 days until the date on which the disclosure requirements under paragraph (1) of section 13(p) of the Securities Exchange Act of 1934, as added by subsection (b), terminate in accordance with the provisions of paragraph (4) of such section 13(p).

(D) PUBLICATION IN FEDERAL REGISTER.—The Secretary of State shall add minerals to the list of minerals in the definition of conflict minerals under section 1502, as appropriate. The Secretary shall publish in the Federal Register notice of intent to declare a mineral as a conflict mineral included in such definition not later than one year before such declaration.

(d) REPORTS.—

(1) BASELINE REPORT.—Not later than 1 year after the date of the enactment of this Act and annually thereafter until the termination of the disclosure requirements under section 13(p) of the Securities Exchange Act of 1934, the Comptroller General of the United States shall submit to appropriate congressional committees a report that includes an assessment of the rate of sexual- and gender-based violence in war-torn areas of the Democratic Republic of the Congo and adjoining countries.

(2) REGULAR REPORT ON EFFECTIVENESS.—Not later than 2 years after the date of the enactment of this Act and annually thereafter, the Comptroller General of the United States shall submit to the appropriate congressional committees a report that includes the following:

(A) An assessment of the effectiveness of section 13(p) of the Securities Exchange Act of 1934, as added by subsection (b), in promoting peace and security in the Democratic Republic of the Congo and adjoining countries.

(B) A description of issues encountered by the Securities and Exchange Commission in carrying out the provisions of such section 13(p).

(C)(i) A general review of persons described in clause (ii) and whether information is publicly available about—  
(I) the use of conflict minerals by such persons; and

(II) whether such conflict minerals originate from the Democratic Republic of the Congo or an adjoining country.

(ii) A person is described in this clause if—

(I) the person is not required to file reports with the Securities and Exchange Commission pursuant to section 13(p)(1)(A) of the Securities Exchange Act of 1934, as added by subsection (b); and

(II) conflict minerals are necessary to the functionality or production of a product manufactured by such person.

(3) REPORT ON PRIVATE SECTOR AUDITING.—Not later than 30 months after the date of the enactment of this Act, and annually thereafter, the Secretary of Commerce shall submit to the appropriate congressional committees a report that includes the following:

(A) An assessment of the accuracy of the independent private sector audits and other due diligence processes described under section 13(p) of the Securities Exchange Act of 1934.

(B) Recommendations for the processes used to carry out such audits, including ways to—  
(i) improve the accuracy of such audits; and  
(ii) establish standards of best practices.

(C) A listing of all known conflict mineral processing facilities worldwide.

(e) DEFINITIONS.—For purposes of this section:

(1) ADJOINING COUNTRY.—The term “adjoining country”, with respect to the Democratic Republic of the Congo, means a country that shares an internationally recognized border with the Democratic Republic of the Congo.

(2) APPROPRIATE CONGRESSIONAL COMMITTEES.—The term “appropriate congressional committees” means—

(A) the Committee on Appropriations, the Committee on Foreign Affairs, the Committee on Ways and Means, and the Committee on Financial Services of the House of Representatives; and

(B) the Committee on Appropriations, the Committee on Foreign Relations, the Committee on Finance, and the Committee on Banking, Housing, and Urban Affairs of the Senate.

(3) ARMED GROUP.—The term “armed group” means an armed group that is identified as perpetrators of serious human rights abuses in the annual Country Reports on Human Rights Practices under sections 116(d) and 502B(b) of the Foreign Assistance Act of 1961 (22 U.S.C. 2151n(d) and 2304(b)) relating

to the Democratic Republic of the Congo or an adjoining country.  
(4) CONFLICT MINERAL.—The term “conflict mineral” means—

(A) columbite-tantalite (coltan), cassiterite, gold, wolframite, or their derivatives; or

(B) any other mineral by the Secretary of State to be financing conflict in the Democratic Republic of the Congo or an adjoining country.

(5) UNDER THE CONTROL OF ARMED GROUPS.—The term “under the control of armed groups” means areas within the Democratic Republic of the Congo or adjoining countries in which armed groups—

(A) physically control mines or force labor of civilians to mine, transport, or sell conflict minerals;

(B) tax, extort, or control any part of trade routes for conflict minerals, including the entire trade route from a Conflict Zone Mine to the point of export from the Democratic Republic of the Congo or an adjoining country; or

(C) tax, extort, or control trading facilities, in whole or in part, including the point of export from the Democratic Republic of the Congo or an adjoining country.

**§ 249b.400 Form SD, Specialized Disclosure Report**

(a) \* \* \*

(b) This Form shall be filed pursuant to Rule 13q-1 (§ 240.13q-1) of this chapter by resource extraction issuers that are required to disclose the information required by Section 13(q) of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78m(q)) and Rule 13q-1 of this chapter.

5. Amend Form SD (as referenced in § 249b.400) by:
  - a. Adding a check box for Rule 13q-1;
  - c. Revising instruction A. under “General Instructions”;
  - d. Redesignating instruction B.2. as B.3 and adding new instructions B.2. and B.4. under the “General Instructions”; and
  - e. Redesignating Section 2 as Section 3, adding new Section 2, and revising newly redesignated Section 3 under the “Information to be Included in the Report”.

The addition and revision read as follows:

**Note: The text of Form SD does not, and this amendment will not, appear in the Code of Federal Regulations.**

**UNITED STATES  
SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION  
Washington, D.C. 20549**

**FORM SD  
223**

**SPECIALIZED DISCLOSURE REPORT**

---

(Exact name of the registrant as specified in its charter)

---

(State or other jurisdiction of incorporation)

(Commission file number)

---

(Address of principle executive offices)

(Zip code)

---

(Name and telephone number, including area code, of the person to contact in connection with this report.)

Check the appropriate box to indicate the rule pursuant to which this form is being filed:

Rule 13p-1 under the Securities Exchange Act (17 CFR 240.13p-1) for the reporting period from January 1 to December 31, \_\_\_\_\_.

Rule 13q-1 under the Securities Exchange Act (17 CFR 240.13q-1) for the fiscal year ended \_\_\_\_\_.

---

## GENERAL INSTRUCTIONS

### A. Rule as to Use of Form SD.

This form shall be used for a report pursuant to Rule 13p-1 (17 CFR 240.13p-1) and Rule 13q-1 (17 CFR 240.13q-1) under the Exchange Act.

### B. Information to be Reported and Time for Filing of Reports.

1. \* \* \*
2. Form filed under Rule 13q-1. File the information required by Section 2 of this Form on EDGAR no later than 150 days after the end of the issuer's most recent fiscal year.
3. If the deadline for filing this form occurs on a Saturday, Sunday or holiday on which the Commission is not open for business, then the deadline shall be the next business day.
4. The information and documents filed in this report shall not be deemed to be incorporated by reference into any filing under the Securities Act or the Exchange Act, unless the registrant specifically incorporates it by reference into a filing under the Securities Act or the Exchange Act.

\* \* \* \* \*

## INFORMATION TO BE INCLUDED IN THE REPORT

\* \* \* \* \*

## Section 2 – Resource Extraction Issuer Disclosure

### Item 2.01 Disclosure requirements regarding payments to governments

- (a) A resource extraction issuer shall file an annual report on Form SD with the Commission, and include as an exhibit to this Form SD, information relating to any payment made during the fiscal year covered by the annual report by the resource extraction issuer, a subsidiary of the resource extraction issuer, or an entity under the control of the resource extraction issuer, to a foreign government or the United States Federal Government, for the purpose of the commercial development of oil, natural gas, or minerals. Specifically, a resource extraction issuer must file the following information in an exhibit to this Form SD electronically formatted using the eXtensible Business Reporting Language (XBRL) interactive data standard:
- (1) The type and total amount of such payments made for each project of the resource extraction issuer relating to the commercial development of oil, natural gas, or minerals;
  - (2) The type and total amount of such payments made to each government;
  - (3) The total amounts of the payments, by category listed in (c)(6)(iii);
  - (4) The currency used to make the payments;
  - (5) The financial period in which the payments were made;
  - (6) The business segment of the resource extraction issuer that made the payments;
  - (7) The government that received the payments, and the country in which the government is located; and



- (8) The project of the resource extraction issuer to which the payments relate.
- (b) Provide a statement in the body of the Form SD that the specified payment disclosure required by this form is included in an exhibit to this form.
- (c) For purposes of this item:
- (1) The term commercial development of oil, natural gas, or minerals includes exploration, extraction, processing, and export of oil, natural gas, or minerals, or the acquisition of a license for any such activity.
- (2) The term foreign government means a foreign government, a department, agency, or instrumentality of a foreign government, or a company owned by a foreign government. As used in Item 2.01, foreign government includes a foreign national government as well as a foreign subnational government, such as the government of a state, province, county, district, municipality, or territory under a foreign national government.
- (3) The term financial period means the fiscal year in which the payment was made.
- (4) The term business segment means a business segment consistent with the reportable segments used by the resource extraction issuer for purposes of financial reporting.
- (5) The terms “subsidiary” and “control” are defined as provided under § 240.12b-2 of this chapter.
- (6) The term payment means an amount paid that:
- (i) Is made to further the commercial development of oil, natural gas, or minerals;
- (ii) Is not de minimis; and

(iii) Includes:

- (A) Taxes;
- (B) Royalties;
- (C) Fees;
- (D) Production entitlements;
- (E) Bonuses;
- (F) Dividends; and
- (G) Payments for infrastructure improvements.

(7) The term not de minimis means any payment, whether made as a single payment or a series of related payments, that equals or exceeds \$100,000. In the case of any arrangement providing for periodic payments or installments, a resource extraction issuer must consider the aggregate amount of the related periodic payments or installments of the related payments in determining whether the payment threshold has been met for that series of payments, and accordingly, whether disclosure is required.

#### Instructions

1. If a resource extraction issuer makes an in-kind payment of the types of payments required to be disclosed, the issuer must disclose the payment. When reporting an in-kind payment, an issuer must determine the monetary value of the in-kind payment and tag the information as “in-kind” for purposes of the currency. For purposes of the disclosure, an issuer may report the payment at cost, or if cost is

not determinable, fair market value and should provide a brief description of how the monetary value was calculated.

2. If a government levies a payment, such as a tax or dividend, at the entity level rather than on a particular project, a resource extraction issuer may disclose that payment at the entity level. To the extent that payments, such as corporate income taxes and dividends, are made for obligations levied at the entity level, an issuer may omit certain tags that may be inapplicable (e.g., project tag, business segment tag) for those payment types as long as it provides all other electronic tags, including the tag identifying the recipient government.
3. An issuer must report the amount of payments made for each payment type, and the total amount of payments made for each project and to each government, during the reporting period in either U.S. dollars or the issuer's reporting currency. If an issuer has made payments in currencies other than U.S. dollars or its reporting currency, it may choose to calculate the currency conversion between the currency in which the payment was made and U.S. dollars or the issuer's reporting currency, as applicable, in one of three ways: (a) by translating the expenses at the exchange rate existing at the time the payment is made; (b) using a weighted average of the exchange rates during the period; or (c) based on the exchange rate as of the issuer's fiscal year end. A resource extraction issuer must disclose the method used to calculate the currency conversion.
4. A company owned by a foreign government is a company that is at least majority-owned by a foreign government.

5. A resource extraction issuer must disclose payments made for taxes on corporate profits, corporate income, and production. Disclosure of payments made for taxes levied on consumption, such as value added taxes, personal income taxes, or sales taxes, is not required.
6. As used in Item 2.01(c)(6), fees include license fees, rental fees, entry fees, and other considerations for licenses or concessions. Bonuses include signature, discovery, and production bonuses.
7. A resource extraction issuer generally need not disclose dividends paid to a government as a common or ordinary shareholder of the issuer as long as the dividend is paid to the government under the same terms as other shareholders; however, the issuer will be required to disclose any dividends paid in lieu of production entitlements or royalties.
8. If an issuer meeting the definition of “resource extraction issuer” in Rule 13q-1(b)(1) is a wholly-owned subsidiary of a resource extraction issuer that has filed a Form SD disclosing the information required by Item 2.01 for the wholly-owned subsidiary, then such subsidiary shall not be required to separately file the disclosure required by Item 2.01. In such circumstances, the wholly-owned subsidiary would be required to file a notice on Form SD providing an explanatory note that the required disclosure was filed on Form SD by the parent and the date the parent filed the disclosure. The reporting parent company must note that it is filing the required disclosure for a wholly-owned subsidiary and must identify the subsidiary on Form SD. For purposes of this instruction, all of

the subsidiary's equity securities must be owned, either directly or indirectly, by a single person that is a reporting company under the Act that meets the definition of "resource extraction issuer."

9. Disclosure is required under this paragraph in circumstances in which an activity related to the commercial development of oil, natural gas, or minerals, or a payment or series of payments made by a resource extraction issuer to a foreign government or the U.S. Federal Government for the purpose of commercial development of oil, natural gas, or minerals are not, in form or characterization, one of the categories of activities or payments specified in this section but are part of a plan or scheme to evade the disclosure required under Section 13(q).

### **Section 3 – Exhibits**

#### **Item 3.01 Exhibits**

List below the following exhibits filed as part of this report.

Exhibit 1.01 – Conflict Minerals Report as required by Items 1.01 and 1.02 of this Form.

Exhibit 2.01 – Resource Extraction Issuer Disclosure Report as required by Item 2.01 of this Form.

### **SIGNATURES**

Pursuant to the requirements of the Securities Exchange Act of 1934, the registrant has duly caused this report to be signed on its behalf by the duly authorized undersigned.

---

(Registrant)

\_\_\_\_\_  
By (Signature and Title)\*

\_\_\_\_\_  
(Date)

\*Print name and title of the registrant's signing executive officer under his or her signature.

\* \* \* \* \*

Studies Series in International Financial, Economic, and Technology Law  
(Vol 8 2007: Successor to the Yearbook of International  
Financial and Economic Law, now a series of occasional volumes)

# LAW, CULTURE, AND ECONOMIC DEVELOPMENT

*A Liber Amicorum* for  
Professor Roberto MacLean, CBE

Studies in International Financial, Economic, and  
Technology Law

Law, Culture, and  
Economic  
Development—A *Liber  
Amicorum* for Professor  
Roberto MacLean, CBE

*General Editors*

Joseph J Norton and  
C Paul Rogers III

BIICL  
BRITISH INSTITUTE OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW  
[www.biicl.org](http://www.biicl.org)  
THE SMU DEDMAN SCHOOL OF LAW AND ITS INTERNATIONAL LAW REVIEW  
ASSOCIATION AND THE LAW INSTITUTE OF THE AMERICAS—  
LONDON FORUM INITIATIVE  
[www.law.smu.edu](http://www.law.smu.edu)



# THE IMPACT OF US LAW-DRIVEN COMPLIANCE AND ETHICS PROGRAMMES ON EMERGING ECONOMIES<sup>1</sup>

ROSARIO E HEPPE<sup>2</sup> AND HANSJÖRG JO HEPPE<sup>3</sup>

## I. INTRODUCTION

In the current era of heightened corporate governance requirements in the United States of America (US), many companies that are registered under the US securities laws (registered companies) have increased their efforts to achieve effective compliance and ethics programmes. The US Sarbanes–Oxley Act of 2002 requires registered companies and their consolidated subsidiaries (1) to establish and maintain an adequate system of internal controls and procedures for financial reporting and (2) to assess the effectiveness of such controls and procedures in their annual reports.<sup>4</sup> Effectiveness of controls takes into account the control environment of a registered company and its consolidated subsidiaries worldwide.<sup>5</sup> Consequently, registered companies with operations outside the US (US multinationals) must implement, manage and enforce compliance and ethics programmes throughout their global operations. The manner in which a US multinational does business in foreign countries is therefore largely affected by its compliance and ethics programmes. US policy of

<sup>1</sup> This article is derived from remarks by R Heppe made at a SMU Dedman School of Law, Dean Suite’s Forum for SMU Evening Law Students on ‘Global Legal Practice and Developing Economies’. It solely reflects the views of the authors and not those of the firms at which they work. Both authors wish to thank Professor Roberto MacLean for what he has taught them about law and life.

<sup>2</sup> Rosario Heppe, JD is an Assistant General Counsel in the Corporate Compliance Group of American International Group, Inc in New York and Dallas. Her practice focuses on anti-bribery and economic sanctions compliance programmes. R Heppe was a student of and served as research assistant to Professor Roberto MacLean at the SMU School of Law.

<sup>3</sup> Dr Hansjörg Heppe, LLM, at the time of writing was an Associate in the Capital Markets Practice Group of Sidley Austin LLP in New York. He is now an associate with the Dallas-Chicago law firm of Locke Lord Bissell Sapp.

<sup>4</sup> See Sarbanes–Oxley Act of 2002, Pub L No 107–204, 116 Stat 745, § 404.

<sup>5</sup> See Committee of Sponsoring Organizations, INTERNAL CONTROL–INTEGRATED FRAMEWORK, summary available at [http://www.coso.org/publications/executive\\_summary\\_integrated\\_framework.htm](http://www.coso.org/publications/executive_summary_integrated_framework.htm).

transparency is furthered by US multinationals in emerging economies through the development and implementation of worldwide compliance and ethics programmes.

## II. COMPONENTS OF AN EFFECTIVE COMPLIANCE AND ETHICS PROGRAMMES

The US Federal Sentencing Guidelines state that ‘to have an effective compliance and ethics program . . . an organization shall (1) exercise due diligence to prevent and detect criminal conduct; and (2) otherwise promote an organizational culture that encourages ethical conduct and a commitment to compliance with the law’.<sup>6</sup>

Further, such guidelines provide that effective compliance and ethics programmes must include the following elements:<sup>7</sup>

- (1) periodic risk assessments;
- (2) standards and procedures to prevent and detect criminal conduct that are appropriately and practically communicated, effective training programmes and other information appropriately disseminated to employees;
- (3) appropriate organizational structure, including (a) a board of directors that is knowledgeable about the content and operation of the programme and that exercises reasonable oversight of the programme, (b) high-level personnel with overall responsibility for the programme, and (c) specific individuals with day-to-day responsibility for the program who report directly to the high-level personnel and, as appropriate, to the board of directors, all of who should be appropriately screened;
- (4) monitoring and auditing of the compliance and ethics programme and to detect criminal conduct;
- (5) periodic evaluation of effectiveness of the compliance and ethics programmes;
- (6) mechanisms that allow for anonymous and confidential reporting or request for guidance without fear of retaliation; and
- (7) remediation of any criminal conduct detected.

In order to have an effective compliance and ethics programme, a US multinational must incorporate the forgoing elements into its programme and ensure that its programme covers its worldwide operations. Implementation of an effective compliance and ethics programme has the effect of increasing transparency and ethical business practices of a US multinational’s operations.

<sup>6</sup> See UNITED STATES SENTENCING GUIDELINES § 8B2.1(a) (2004).

<sup>7</sup> *ibid* § 8B2.1(a).

## III. THE FCPA EXAMPLE

The US Foreign Corrupt Practices Act of 1977 (FCPA) covers actions by US persons outside the US.<sup>8</sup> Further, the FCPA covers actions by non-US persons that involve assets of US persons or that US persons may have knowledge of. When implementing an effective global compliance programme, a US multinational must therefore not only take into account local laws applicable to its foreign subsidiaries, but also US laws that apply to operations of a US multinational outside the US, such as the FCPA. As part of its compliance and ethics programme, a US multinational doing business in a foreign country must assess the risk that a local government official will desire or require a payment or other benefits in exchange for the US multinational to obtain or retain a government licence, contract or other advantage. In assessing such risk, the US multinational may look at Transparency International's Corruption Perceptions Index to determine the level of corruption of the country is perceived to have. The US multinational may also conduct its own due diligence investigation to learn about local business practices and the reputation of potential local business partners.<sup>9</sup> If the US multinational determines that there is an FCPA compliance risk, it should implement appropriate standards, procedures and controls to mitigate such risks and educate its employees to follow such standards, procedures and controls.

## IV. EFFECTS OF COMPLIANCE AND ETHICS PROGRAMS ON EMERGING ECONOMIES

The implementation of effective compliance and ethics programmes by US multinationals may affect emerging economies significantly. A foreign subsidiary of a US multinational is required to implement many different standards, procedures and controls to ensure compliance with US laws and regulations that apply to its operations outside the US. Such implementation shapes the US multinational's local operations and, in addition, may affect the business practices and culture in foreign countries.

Take the FCPA example above, an emerging economy may have a demand for products or services that a US multinational provides and is willing to offer in such foreign country. However, due to any existing FCPA compliance risks, the US multinational may refuse to do business in such country unless its government and the local partners agree that no

<sup>8</sup> See Foreign Corrupt Practices Act of 1977, Pub L 95-213, 91 Stat 1494 (amended 1988 and 1998) (codified at 15 USC §§ 78a, 78m, 78dd-1, 78dd-2, 78ff).

<sup>9</sup> See Transparency International, GLOBAL CORRUPTION REPORT 2006 (2006), available at <http://www.globalcorruptionreport.org>.

payments or benefits will be offered to or accepted by government officials in exchange for business advantages. If involved in bribery, the US multinational would violate the FCPA and such violation may be more detrimental to the US multinational than the financial return on its business in the emerging economy.<sup>10</sup>

Further, such agreement may incline, and ultimately cause, the foreign government to adopt an anti-corruption campaign or join multilateral initiatives against bribery. Because a transparent and ethical business culture reduces operational and investments risks, such governmental action may attract further foreign investments that help the economic development of that country. Effective compliance and ethics programmes of US multinationals may therefore serve as beacons for creating transparent and law-abiding business environments worldwide.

#### V. CONCLUSION

The US law-driven implementation of compliance and ethics programmes by US multinationals in emerging economies may affect the business culture and law in such foreign countries. Emerging economies may accommodate and develop compliance and ethics programmes in order to sustain growth produced by US business. A transparent and ethical business culture will most certainly positively affect the laws of an emerging economy.

<sup>10</sup> Examples of detriments include governmental fines, criminal indictments and loss of investor confidence.

Prof. Dr.-Ing. Jutta Geldermann  
Universitätsprofessor, Lehrstuhl für Produktion und Logistik,  
Dekan der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät, Georg-August-Universität Göttingen

**Nachhaltigkeitsgedanken in der Rechnungslegung**

**Die Ökobilanz**

# Nachhaltigkeitsgedanken in der Rechnungslegung – die Ökobilanz

5. Österbergseminar:  
Werte, Wirtschaft, Recht  
11.10.2013, Tübingen

Prof. Dr. Jutta Geldermann  
Georg-August-Universität Göttingen  
Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät  
Professur für Produktion und Logistik



## Nachhaltigkeitsgedanken in der Rechnungslegung – die Ökobilanz

- Nachhaltigkeit in der Betriebswirtschaftslehre
- Die Ökobilanz
- Ausgewählte Anwendungsbeispiele:
  - Ökobilanzielle Bewertung der Trinkwasserbereitstellung durch ein Grohe Blue®-Armaturensystem im Vergleich zu Mineralwasser
  - Erstellung einer CO<sub>2</sub>e-Betriebsbilanz für die Stadtwerke Göttingen AG als Grundlage für die Zertifizierung „Klimafreundliches Unternehmen nach STOP CLIMATE CHANGE STANDARD“
  - Ökobilanzielle Bewertung von Biogasanlagen an fünf niedersächsischen Standorten
- Fazit



## Einordnung in die Betriebswirtschaftslehre

- **Nachhaltige Entwicklung** heißt zu gewährleisten, dass die Menschheit die Bedürfnisse der Gegenwart befriedigt, ohne die Fähigkeit zukünftiger Generationen zu gefährden, ihre eigenen Bedürfnisse zu befriedigen (Brundlandt-Kommission 1987)
- Dieses allgemeine Prinzip kann **auf Unternehmensebene** in **Management- und Gestaltungsansätze** umgeformt werden
- Die Betriebswirtschaftslehre hat die Aufgabe, diese **Management- und Gestaltungsansätze** bereitzustellen:
  - Erweiterung der **Unternehmenspolitik** um betriebliche Nachhaltigkeitsziele
  - nachhaltigkeitsorientiertes **Controlling** koordiniert Entscheidungen und versorgt mit adäquaten Informationen
  - situations- / **umweltbezogene Verdichtung betrieblicher Informationsflüsse**
  - Bereitstellung **multikriterieller Methoden zur Entscheidungsunterstützung**
  - **Kommunikation und Kooperation** zur Überwindung von Umsetzungsbarrieren



## Dimensionen der Nachhaltigkeit

Nach der Enquête-Kommission des deutschen Bundestages (1994) existieren drei Dimensionen der Nachhaltigkeit:

- **Ökologische** Nachhaltigkeit: Erhalt der Umwelt und der Ökosysteme
- **Soziale** Nachhaltigkeit: Erhalt der Gesellschaft und der Sozialsysteme
- **Ökonomische** Nachhaltigkeit: Erhalt der Wirtschaftssysteme



- Die Bedeutung der drei Dimensionen wird hierbei als gleichrangig betrachtet
- Jedoch können durchaus Zielkonflikte zwischen den einzelnen Dimensionen bestehen
  - Beispiel: Handwerkliche Reparatur von Elektrogeräten (ökologisch/sozial) gegenüber firmeneigenem Ersatzteildienst (ökonomisch)



# Konzept der Nachhaltigkeit in der wirtschaftswissenschaftlichen Theorie



- Forderung nach einem **konstanten Kapitalstock** für alle Generationen
- Hierbei werden **verschiedene Ausprägungen** des Konzeptes der Nachhaltigkeit unterschieden
  - Schwache Nachhaltigkeit
  - Starke Nachhaltigkeit
- Eine Einordnung erfolgt diesbezüglich gemäß dem Kriterium, inwieweit das Naturkapital durch vom Menschen geschaffenes Kapital ersetzt werden kann



Zusatzinformation



## Schwache Nachhaltigkeit



- Grundgedanke: Aufgrund von technischen Entwicklungen sind Naturkapital und vom Menschen gebildetes Kapital gegeneinander **substituierbar**
- Somit kann verbrauchtes Naturkapital durch geeignete Maßnahmen ersetzt werden
- Ziel: **Erhalt der Funktion**
- Beispiele:
  - Naturwald wird zur Holzproduktion durch Wirtschaftswald ersetzt
  - Naturkapital Erdöl wird aufgebraucht und durch Humankapital (neue Technologien zur Nutzung erneuerbarer Ressourcen) ersetzt



Zusatzinformation







- Forderung der **vollständigen Erhaltung** des natürlichen Kapitalstocks
- Sicherstellung des Erhalts der **Tragekapazität der Umweltmedien** in Bezug auf Schadstoffemissionen
- Somit wird ein **ganzheitlicher** Erhalt des Ökosystems angestrebt
- Ziel: **Erhalt des Ökosystems**
- Kritischer Punkt: Wert der Natur
- Aktuelle Beispiele:
  - Gefährdung des Juchtenkäfers durch Fällung der Bäume im Stuttgarter Schlossgarten für das Bahnprojekt Stuttgart 21
  - Gefährdung der Fledermausart Kleine Hufeisennase durch das Bauprojekt der Waldschlösschenbrücke in Dresden



Zusatzinformation



- Anstrebung einer **Zielharmonie** zwischen **Wirtschaftswachstum** und **Umweltqualität**
- Die verschiedenen Kapitalformen werden weder vollständig substituierbar noch rein komplementär zueinander
- Erzielung einer **Entkoppelung** von Produktionswachstum und Umweltverbrauch
- Verringerung des Material- und Energieverbrauches durch **Effizienzerhöhung** und technische Entwicklung
- Drei **Regeln** der nachhaltigen Umweltnutzung:
  - Emissionen sollen ausschließlich in dem Maße ausgestoßen werden, wie sie von den natürlichen Senken aufgenommen werden können
  - Die Nutzungsrate von erneuerbaren Ressourcen soll deren Regenerationsrate nicht übersteigen (von den Erträgen leben, nicht von der Substanz)
  - Nicht-erneuerbare Ressourcen dürfen nur in dem Maße entnommen werden, wie zukünftige Generationen nicht schlechter gestellt werden

Zusatzinformation



# Ökonomische Nachhaltigkeit

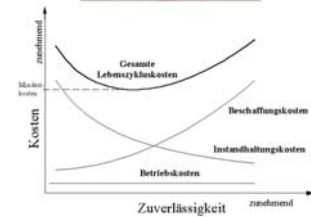


- Ziel: wirtschaftliches System, das **dauerhaft** betrieben werden kann
- Produktion von Gütern und Dienstleistungen mit möglichst effizientem Mitteleinsatz
- Preisstabilität
- langfristige Wettbewerbsfähigkeit
- außenwirtschaftliches Gleichgewicht



## Ansatzpunkte der ökonomischen Dimension:

- Kosten senken (z.B. durch Material- und Energieeffizienz)
- Umsatz erhöhen (z.B. durch Einführung neuer Produkte)
- Leistbarkeit
- Lebenszykluskosten
- Instandhaltung
- Sicherheit/ Zuverlässigkeit
- Reparaturfähigkeit
- Nutzungsdauer



# Nachhaltigkeit auf Unternehmensebene



## Relevante Fragen:

- Problemebene: Um welche **Nachhaltigkeitsaspekte** handelt es sich?
- Zielbereiche: Besteht das Ziel des unternehmerischen Nachhaltigkeitsmanagements in der **Minderung** von negativen Umwelteffekten oder in der **Schaffung** ökonomischer, ökologischer und sozialer Werte?
- Handlungsgründe: Was sind die **handlungsleitenden Gründe** des Nachhaltigkeitsmanagements?
- Handlungs- und Entscheidungsebenen: Auf welchen **Ebenen** bewegen sich die getroffenen Maßnahmen?
- Handlungsfelder: Worin liegen die **Ansatzpunkte** nachhaltigkeitsbezogener Maßnahmen?





- **Stakeholder** sind **Anspruchsgruppen**, die
  - Einfluss auf die Zielerreichung eines Unternehmens nehmen oder nehmen können
  - von den Auswirkungen der Unternehmenstätigkeit betroffen sind (oder sich betroffen fühlen)
- Anspruchsgruppen mit nachhaltigkeitsorientierten Ansprüchen gegenüber Unternehmen können sein:
  - Mitarbeiter und das Managements des Unternehmens
  - Kunden und Lieferanten
  - Anteilseigner, Banken und Versicherungen
  - Staat und nichtstaatliche Organisationen
  - Nachbarn und Anrainer
  - Wettbewerber



- Die Nachhaltigkeitsberichterstattung untersucht, erfasst und belegt dokumentarisch regelmäßig und umfassend die nachhaltigkeitsbezogene Lage des Unternehmens
- Gründe für eine Nachhaltigkeitsberichterstattung:
  - Die Erfüllung gesellschaftlicher Ansprüche (Imageförderung)
  - Die Sicherstellung der Glaubwürdigkeit
  - Betriebsinterne Information und Steuerung
  - Zwischenbetrieblicher Vergleich
- Leitlinien zur Erstellung ergeben sich aus Empfehlungen der EU zur Berücksichtigung von Umweltaspekten in Geschäftsberichten, der ISO-Norm 14063 zur Umweltkommunikation oder den Leitlinien der Global Reporting Initiative (GRI)
- Unternehmen, die sich am Nachhaltigkeitskonzept ausrichten und dies dokumentieren, gelten in der Öffentlichkeit als innovativer und langfristig erfolgreicher





## Umfang eines Nachhaltigkeitsberichtes gemäß der Global Reporting Initiative:

- Stellungnahme der Geschäftsführung
- Profil der Organisation: wirtschaftliche und rechtliche Eckdaten, Produkte und Produktionsstandorte
- Kurzfassung der nachhaltigen Leistungen des Unternehmens
- Ermittlung ökonomischer, ökologischer und sozialer Kennzahlen
- Vision und Strategie
- Leistungen: Erfassung und Bewertung der Auswirkungen auf die Anspruchsgruppen auf Basis der vorherig ermittelten Kennzahlen
  
- Diesbezüglich existieren vom Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland die **Prüfungsstandards** IDW PS 280 „Grundsätze ordnungsgemäßer Durchführung von Umweltberichtsprüfungen“
- In Europa steigt derweil die Zahl an Ländern, in denen eine Nachhaltigkeitsberichterstattung gesetzlich verpflichtend ist (Dänemark, Niederlande, Frankreich, Norwegen und Schweden)

Zusatzinformation



## Soziale Nachhaltigkeit

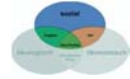


Hinsichtlich der sozialen Nachhaltigkeit besteht in der Literatur keine einheitliche Definition. Es wird eine Vielzahl von Aspekten genannt:

- Verantwortung der Unternehmen gegenüber ihren Eigentümern, Mitarbeitern und der Gesellschaft insgesamt
- Arbeitsklima
- Work-Life-Balance
- Familienfreundlichkeit
- Arbeitsschutz
- Hoher Beschäftigungsgrad
- Lohn ausreichend für gesundes Leben, Altersvorsorge, Ausbildung der Kinder
- Nutzerakzeptanz



## Corporate Social Responsibility (CSR)



- freiwilliger Beitrag der Wirtschaft zu einer nachhaltigen Entwicklung, die **über die gesetzlichen Forderungen hinaus** geht
- verantwortliches unternehmerisches Handeln
  - in der eigentlichen Geschäftstätigkeit (**Markt**)
  - in ökologisch relevanten Aspekten (**Umwelt**)
  - in den Beziehungen mit Mitarbeitern (**Arbeitsplatz**)
  - im Austausch mit den relevanten Anspruchs- bzw. Interessengruppen (**Stakeholder**)



## Ökologische Nachhaltigkeit auf Unternehmensebene



Ansatzpunkte der ökologischen Nachhaltigkeitsdimension:

- Wahl der verarbeiteten, genutzten und verbrauchten **Materialien** im Bezug auf
  - Umweltwirkung
  - Rohstoffknappheit
  - Erneuerbarkeit
  - Recyclingfähigkeit
- **Energieeffizienz** in allen Bereichen
  - Produktion
  - Logistik
  - Administration
- **Logistik**
  - Transportwege
  - Wahl des Transportmittels





- die drei Nachhaltigkeitsdimensionen sind eng miteinander verknüpft
- keine Rangfolge unter den einzelnen Dimensionen, gelten als gleichrangig
- einzelne Maßnahmen auf Unternehmensebene wirken oft in allen Nachhaltigkeitsdimensionen
- Beispiel: weniger Materialverbrauch führt zu:



**Offene Fragen:** Wie werden die Investitionen, Gewinne und Verluste aufgeteilt?



## Nachhaltigkeitsgedanken in der Rechnungslegung – die Ökobilanz

- Nachhaltigkeit in der Betriebswirtschaftslehre

### • Die Ökobilanz

- Ausgewählte Anwendungsbeispiele:
  - Ökobilanzielle Bewertung der Trinkwasserbereitstellung durch ein Grohe Blue®-Armaturensystem im Vergleich zu Mineralwasser
  - Erstellung einer CO<sub>2</sub>e-Betriebsbilanz für die Stadtwerke Göttingen AG als Grundlage für die Zertifizierung „Klimafreundliches Unternehmen nach STOP CLIMATE CHANGE STANDARD“
  - Ökobilanzielle Bewertung von Biogasanlagen an fünf niedersächsischen Standorten
- Fazit



## Aufgaben einer Ökobilanz (DIN EN ISO 14044)

- Eine Ökobilanz kann helfen:
  - beim Aufzeigen von Möglichkeiten zur Verbesserung der Umwelteigenschaften von Produkten in den verschiedenen Phasen ihres Lebensweges;
  - zur Information von Entscheidungsträgern in Industrie, Regierungs- oder Nichtregierungsorganisationen (z.B. bei der strategischen Planung, Prioritätensetzung, Produkt- oder Prozessentwicklung oder entsprechenden Neuentwicklung)
  - beim Auswählen von relevanten Indikatoren der Umwelteigenschaften einschließlich der zugehörigen Messverfahren, und
  - beim Marketing (z.B. beim Implementieren einer Umweltkennzeichnung, beim Treffen einer Umweltaussage oder beim Erstellen einer Umweltdeklaration für ein Produkt)



## Anwendungsbereiche von Ökobilanzen

### Produkt-Ökobilanzen

- Verpackungen
- Windelhöschen
- Transportsysteme
- Papiere
- Landwirtschaft, Nahrungsmittel
- Geschirr
- Wasch-/Reinigungsmittel
- Baustoffe
- Lampen
- elektronische Geräte
- .....

### Unternehmens-Ökobilanzen

- Industrie
- Dienstleistungen/Administration
- Transport

### Prozess-Ökobilanzen

- Grundlage aller Produkt- und vieler Unternehmens-Ökobilanzen
- meist firmeninterne Auswertung, integriert in Produkt-Ökobilanzen

### Strategische Ökobilanzen

- vereinzelt Anwendungen (z.B. Canon, Schweizer)



## Bestandteile einer Ökobilanz (nach ISO 14.040 ff.)

Zusammenstellung und Beurteilung der Input- und Outputflüsse und der potenziellen Umweltwirkungen eines Produktsystems im Verlauf seines Lebensweges „von der Wiege bis zur Bahre“ (DIN EN ISO 14040/46)

### • Festlegung von Ziel und Untersuchungsrahmen

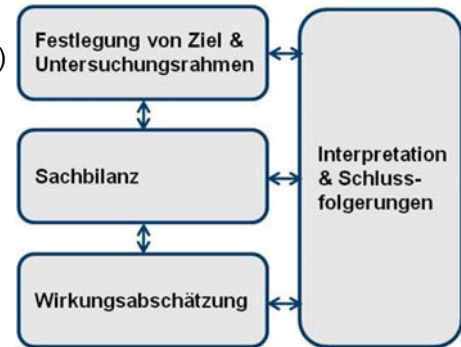
- Welches Ziel steht hinter der zu erstellenden Ökobilanz?
- Was ist die Bezugsgröße? (z.B. CO<sub>2e</sub> pro kWh<sub>el</sub>, pro kg Produkt)
- Wie sind die Produktsysteme gestaltet?

### • Sachbilanz

- Datensammlung der relevanten Input- und Outputflüsse
- Erstellung der Stoffstrombilanz für das gesamte Produktsystem

### • Wirkungsabschätzung

- Zuordnung der Stoffströme zu Umweltkategorien
- Bestimmung von Wirkungsäquivalenten



Treibhaus-  
effekt



Treibhauspotenzial mit der Einheit  
CO<sub>2</sub>-Äquivalente

### • Interpretation und Schlussfolgerungen



## Nutzen von Ökobilanzen

- **Identifikation von Potenzialen** zur ökologischen Verbesserung und zum effizienteren Ressourceneinsatz
- **Entscheidungsunterstützung** z.B. bei der strategischen Planung, Prioritätensetzung, Produkt- oder Prozessentwicklung
  - Vergleich von Produkten/Dienstleistungen/Betrieben/Branchen (Getränkeverpackungen, ...)



- Vergleich von Lebenswegabschnitten eines Produktes

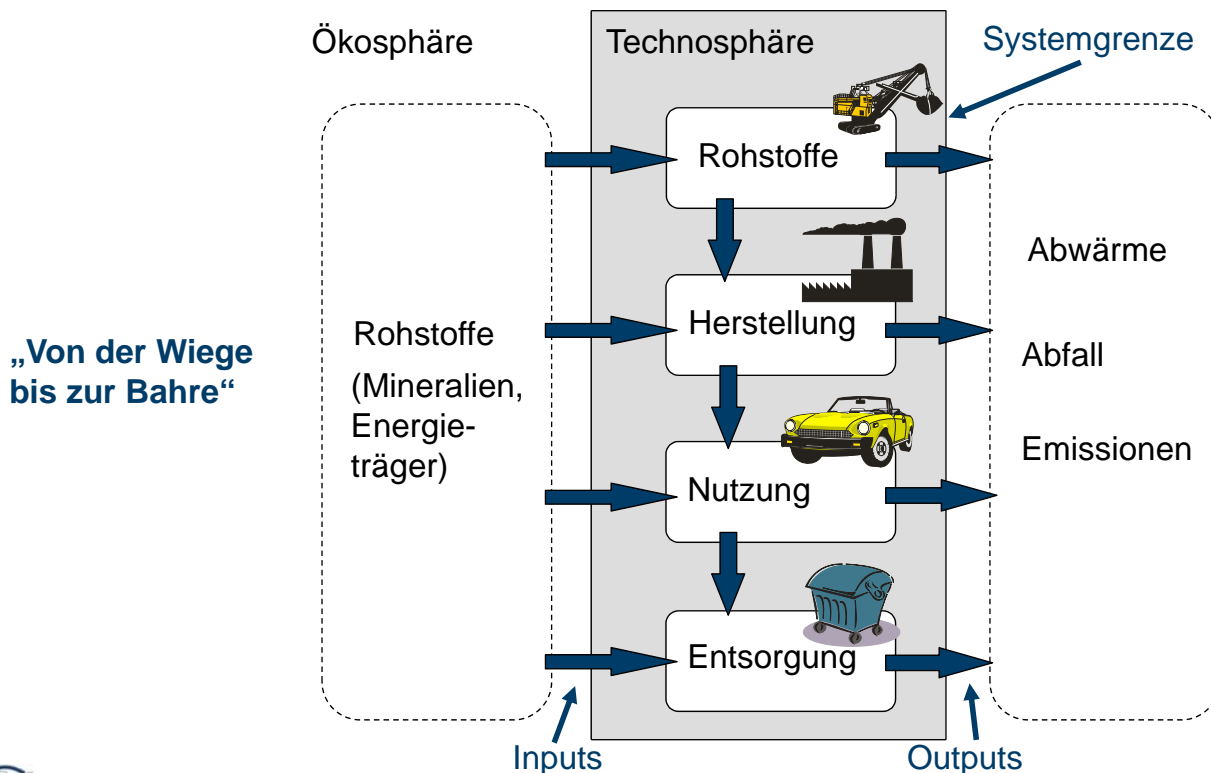


- Entscheidungshilfe in der Politik bezüglich einer nachhaltigen Entwicklung (Förderung bestimmter Energiebereitstellungssysteme, Pfandvergabe für Verpackungen)





## Gesamter Lebensweg

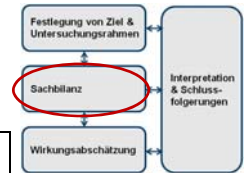


## Hilfsmittel zur Darstellung und Gliederung der Stoff- und Energieflussdaten

- **Tabellen**
  - Zusammensetzung von Einsatzstoffen, Zwischen-/Endprodukten und Reststoffen bzw. Abfällen
- **Stoff- und Energiebilanz** (Input- und Outputmengen) in Form von Öko-Kontenrahmen
  - Unterschiedlich gegliedert
  - Räumlichen Bilanztypen
  - Black-Box-Betrachtung
- **Flussmodell** (Bilanzen von räumlich-getrennten Unternehmenseinheiten bzw. betriebliche Funktionseinheiten)
  - Transformation von Stoff- und Energieströmen
    - Stoffumformungsprozesse
    - Stoffumwandlung, -aufbereitung und -gewinnung
    - Lagerung
  - Integration weiterer Informationen
    - Gefahrstoffe, Arbeitssicherheitsanweisungen, Verfahrens- und Arbeitsanweisungen, Umweltgesetzen und -verordnungen
    - Mengengrößen und/oder monetäre Größen
    - Organisationsstrukturen
    - Datenquellen



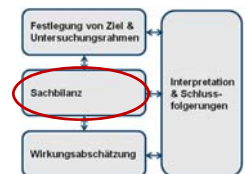
# Grundgerüst für eine Energiebilanz



Input	Menge	Output	Menge
1. Fossile Energieträger [kWh]		1. Abwärme [kWh]	
1.1. Kohle (Stein- und Braunkohle)		1.1. Abluft [m <sup>3</sup> ]	
1.2. Heizöl (extra leicht, leicht, mittel)		1.2. Abwasser [m <sup>3</sup> ]	
1.3. Gas		2. Emissionen [kg]	
2. Strom [kWh]		2.1. CO <sub>2</sub>	
3. Fernwärme [kWh]		2.2. NO <sub>x</sub>	
4. Erneuerbare Energieträger [kWh]		2.3. CO	
4.1. Biomasse		2.4. SO <sub>2</sub>	
4.2. Photovoltaik		2.5. C <sub>x</sub> H <sub>y</sub>	
4.3. Wind		2.6. Staub	
4.4. Sonnenenergie in Kollektoren			
5. Fossile Treibstoffe [kWh]			
5.1. Benzin			
5.2. Diesel			

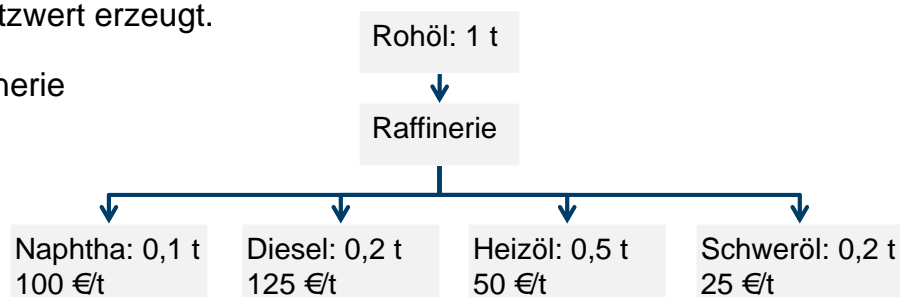


# Kuppelprodukte und Allokation



- **Grundproblem:** In einem Produktsystem werden mehrere Produkte mit einem praktischen Nutzwert erzeugt.

- **Beispiel:** Raffinerie





- Wie werden die Umweltlasten des Prozesses den einzelnen Produkten zugeordnet?
- Die Art der ausgewählten Allokation entscheidet darüber, in welcher Höhe die Umweltlasten verteilt werden. Bezug:
  - Physikalische Größe: Masse, Volumen, Energieinhalt
  - Marktpreis
  - ...




## Software-Unterstützung für Ökobilanzen und Stoffstromorientierte Betriebliche Umweltinformationssysteme (BUIS)

- Analyse von Stoff- und Energieströmen
- Unterstützung bei der
  - Flusskostenmodellierung
  - Stoffstrommodellierung
- Visualisierung der Stoffströme (Sankey-Diagramme)
- Berechnung von Rückläufen von Materialien
- Szenarienbildung
- Darstellung von Kennzahlen
  
- Datenerfassung ist meist ein erheblicher Aufwand (evtl. Kopplung ERP-BUIS)

• Umberto (ifu Hamburg/ifeu Heidelberg)  
[www.umberto.de](http://www.umberto.de) 




• GEMIS (Öko-Institut), frei verfügbar:  
[www.oeko.de/service/gemis/deutsch/index.htm](http://www.oeko.de/service/gemis/deutsch/index.htm) 

• GaBi (IBP/PE Stuttgart)  
[www.gabi-software.de](http://www.gabi-software.de) 

• ...



## SAP Module

- Entwicklungspartner: Technidata (<http://www.technidata.de>) 
- Vorteil: Integration von Daten aus ERP-System
- Unterstützung für die Bereiche:
  - Chemikaliensicherheit (Verwaltung von Dokumenten, wie z.B. Sicherheitsdatenblätter, Transportunterlagen, ...) 
  - Gesundheits- und Arbeitsschutz
  - Einhaltung produktbezogener Umweltschutzauflagen 
  - Compliance- und Emissionsmanagement (Übermittlung von Umweltdaten, Überwachung von Betriebsgenehmigungen, ...)
  - CSR-Berichterstattung: Umwelt-, Nachhaltigkeits- und Sozialberichte (Zusammenführung der relevanten Finanz-, Sach- und Umweltdaten)



# Nachhaltigkeitsgedanken in der Rechnungslegung – die Ökobilanz

- Nachhaltigkeit in der Betriebswirtschaftslehre
- Die Ökobilanz
- Ausgewählte Anwendungsbeispiele:

– **Ökobilanzielle Bewertung der Trinkwasserbereitstellung durch ein Grohe Blue®-Armaturensystem im Vergleich zu Mineralwasser**

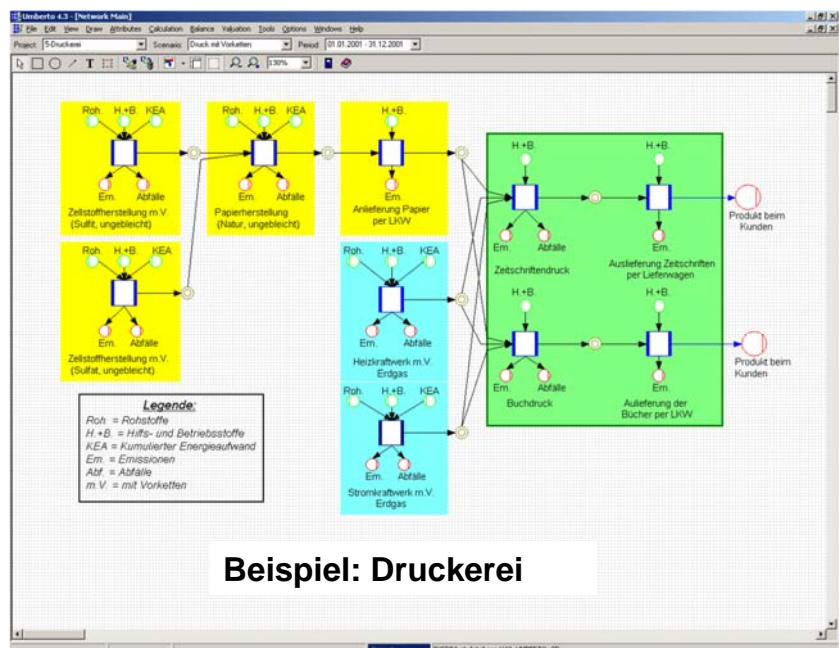
- Erstellung einer CO<sub>2</sub>e-Betriebsbilanz für die Stadtwerke Göttingen AG als Grundlage für die Zertifizierung „Klimafreundliches Unternehmen nach STOP CLIMATE CHANGE STANDARD“
- Ökobilanzielle Bewertung von Biogasanlagen an fünf niedersächsischen Standorten
- Fazit



## Ökobilanz-Software Umberto: Definition des Stoffstromnetzes auf Basis von Petrinetzen

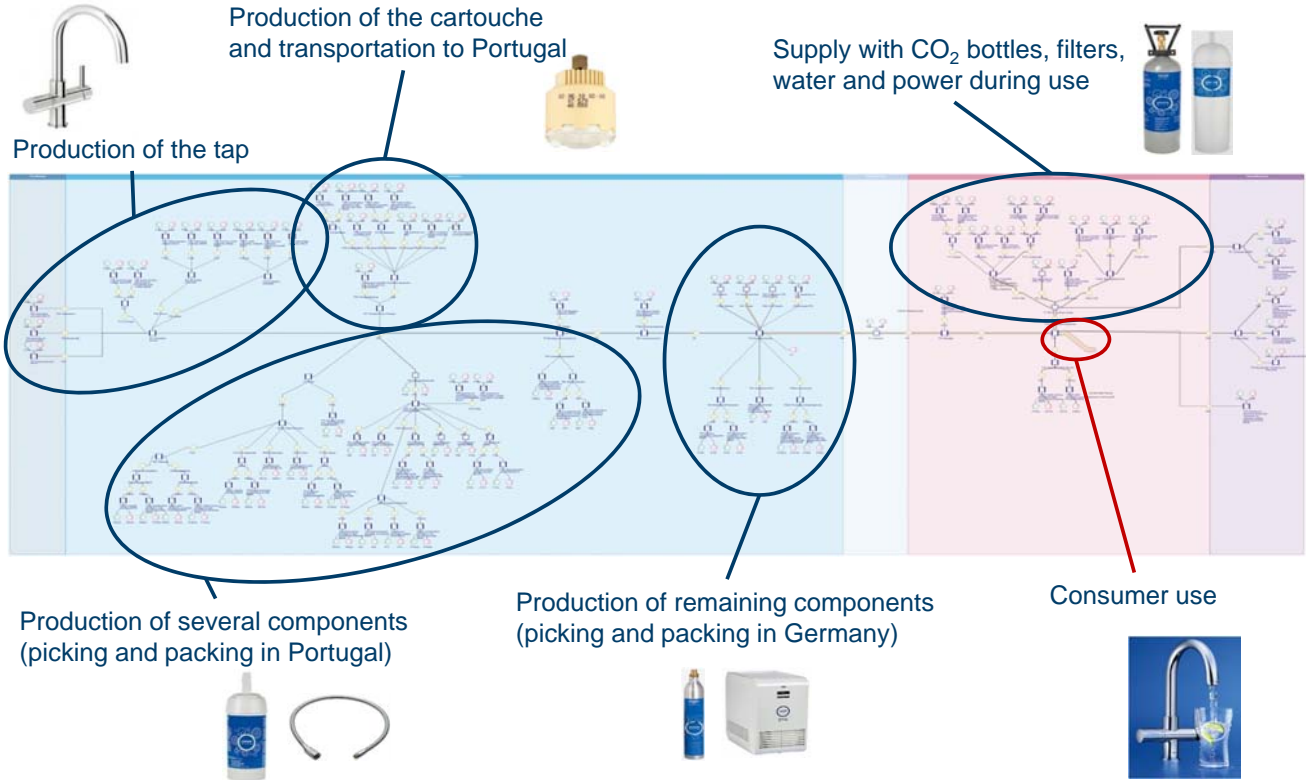
umberto

- **Transitionen**   
(Umwandlung von Stoffen und Energien)
- **Stellen**      
(Verteilung und Lagerung von Stoffen und Energien)
- **Verbindungen**   
(Ströme zwischen Transitionen und Stellen)

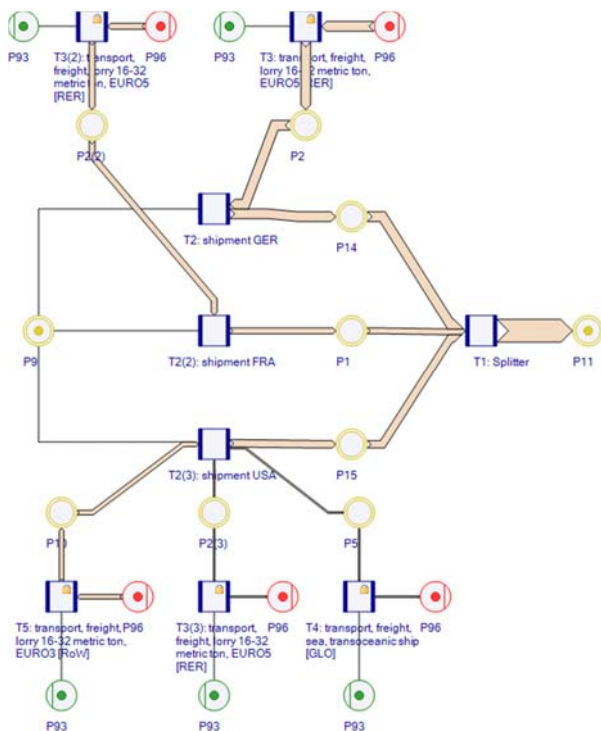


# Umberto Modeling of the GROHE BLUE Kitchen Tap Life Cycle

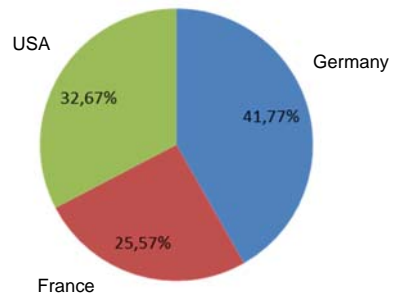
T. Schröder, J. Geldermann (2013)



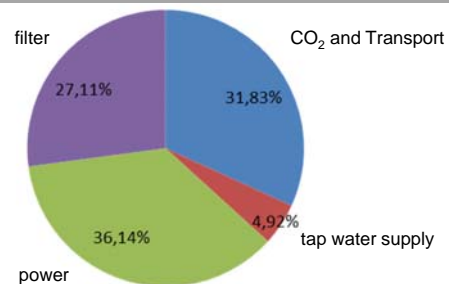
## Erste Berechnungsergebnisse



Share of total CO<sub>2</sub>-Eq caused by shipment



Share of total CO<sub>2</sub>-Eq caused by drinking water supply



## Nachhaltigkeitsgedanken in der Rechnungslegung – die Ökobilanz

- Nachhaltigkeit in der Betriebswirtschaftslehre
  - Die Ökobilanz
  - Ausgewählte Anwendungsbeispiele:
    - Ökobilanzielle Bewertung der Trinkwasserbereitstellung durch ein Grohe Blue®-Armaturensystem im Vergleich zu Mineralwasser
- **Erstellung einer CO<sub>2</sub>e-Betriebsbilanz für die Stadtwerke Göttingen AG als Grundlage für die Zertifizierung „Klimafreundliches Unternehmen nach STOP CLIMATE CHANGE STANDARD“**
- Ökobilanzielle Bewertung von Biogasanlagen an fünf niedersächsischen Standorten
  - Fazit



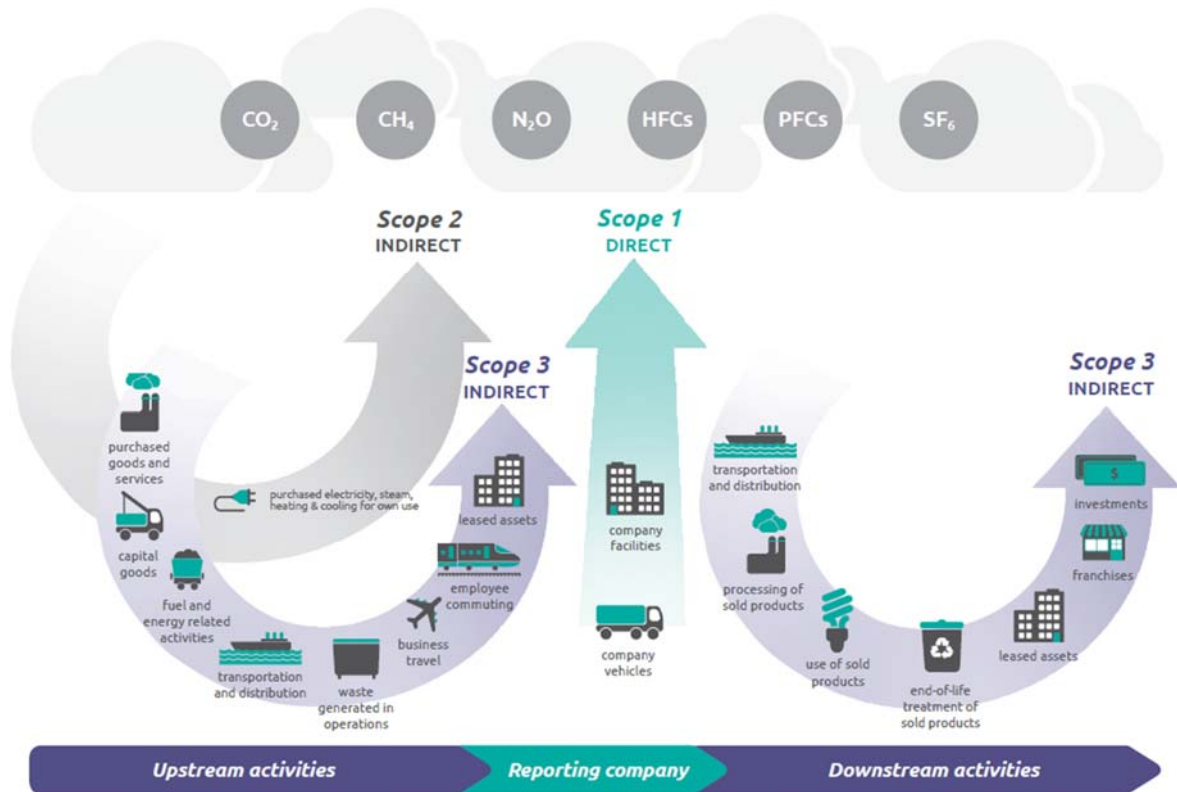
## CO<sub>2</sub>e-Bilanz für die Stadtwerke Göttingen AG

T. Lühn; M. Schmehl; J. Geldermann (2013)

- Der Prozess wird durch die Agrar- und Umwelttechnik GmbH Göttingen (AGRA-TEG) begleitet. Die **CO<sub>2</sub>e-Bilanz** dient als **Grundlage für die Zertifizierung** „Klimafreundliches Unternehmen nach Stop Climate Change Standard“.
- Bei einer betrieblichen CO<sub>2</sub>e-Bilanzierung werden sämtliche Treibhausgasemissionen eines Unternehmens unter Berücksichtigung **definierter Bilanzgrenzen** ermittelt und über die Umrechnung in CO<sub>2</sub>-Äquivalente (CO<sub>2</sub>e) zusammengefasst und bewertet.
- Durch die Erstellung einer betrieblichen CO<sub>2</sub>e-Bilanz können zukünftige strategische Maßnahmen abgeleitet werden, um eine **kosteneffiziente Reduktion der Treibhausgasemissionen** zu erzielen.
- Dabei wird durch die Analyse des betrieblichen CO<sub>2</sub>e-Fußabdrucks die notwendige **Transparenz in der Wertschöpfungskette** geschaffen, um besonders emissionsreiche Aktivitäten zu identifizieren und so eine Optimierung der Prozessketten zu ermöglichen.
- Die unvermeidbaren CO<sub>2</sub>e-Emissionen können **durch Investitionen in hochwertige, ökologisch und sozial sinnvolle Klimaschutzprojekte kompensiert** werden.
- Die abschließende Zertifizierung garantiert eine hohe Qualität und Transparenz nach **standardisierten Regeln**.



# Scopes



## Scopes 1 und 2

- **Scope 1** – Verbrauchsmengen der Energieträger

- Benzin
- Diesel
- Erdgas
- Biogas
- Heizöl



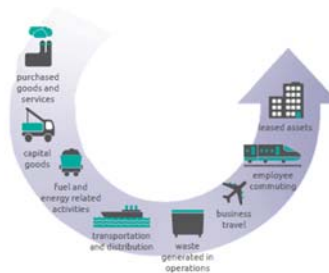
- **Scope 2** – Verbrauchsmengen

- Strom
- Fernwärme

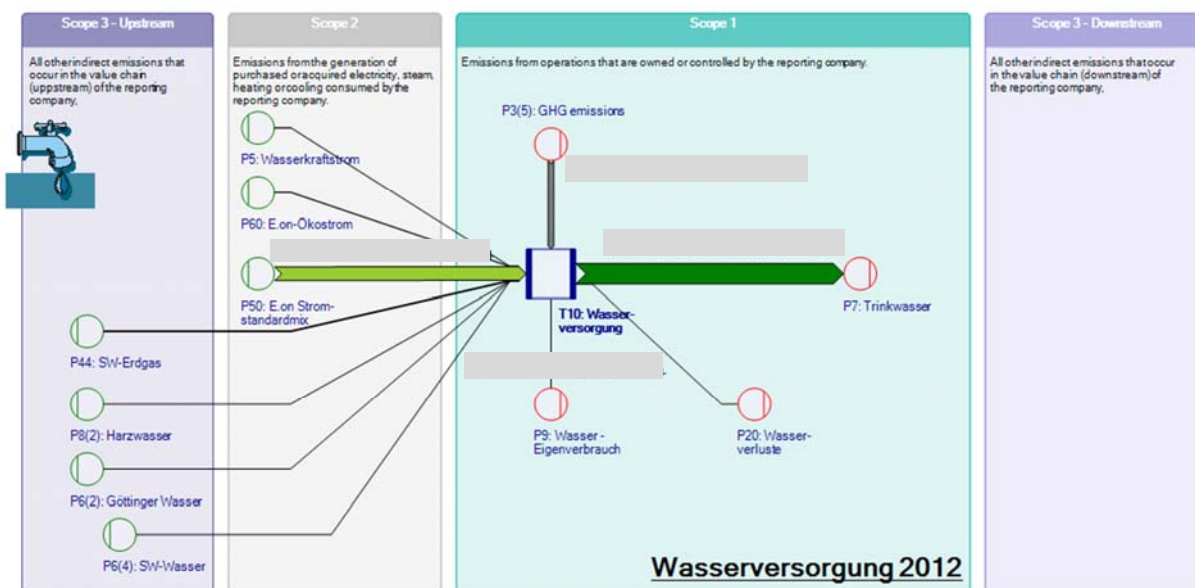


## Scope 3

- **Scope 3 (vorgelagert)** – Verbrauchsmengen
  - Papier
  - Verpackungsmaterial
  - Kunststoffe und Metalle
- **Scope 3 (vorgelagert)** – Dienstreisetätigkeiten der Mitarbeiter
  - zurückgelegte Distanzen pro Verkehrsmittel (Pkw, DB, Flugzeug) bzw. Zielorte
- **Scope 3 (vorgelagert)** – Berufsverkehr
  - Erfassung der An- und Abfahrten der Mitarbeiter über Fragebögen
- **Scope 3 (nachgelagert)** – Abfall
  - Entsorgte Abfallmengen und deren Fraktionen sowie deren Entsorgungspfade



## Corporate Carbon Footprint: Beispiel Wasserversorgung





# Nachhaltigkeitsgedanken in der Rechnungslegung – die Ökobilanz

- Nachhaltigkeit in der Betriebswirtschaftslehre
- Die Ökobilanz
- Ausgewählte Anwendungsbeispiele:
  - Ökobilanzielle Bewertung der Trinkwasserbereitstellung durch ein Grohe Blue®-Armaturensystem im Vergleich zu Mineralwasser
  - Erstellung einer CO<sub>2</sub>e-Betriebsbilanz für die Stadtwerke Göttingen AG als Grundlage für die Zertifizierung „Klimafreundliches Unternehmen nach STOP CLIMATE CHANGE STANDARD“

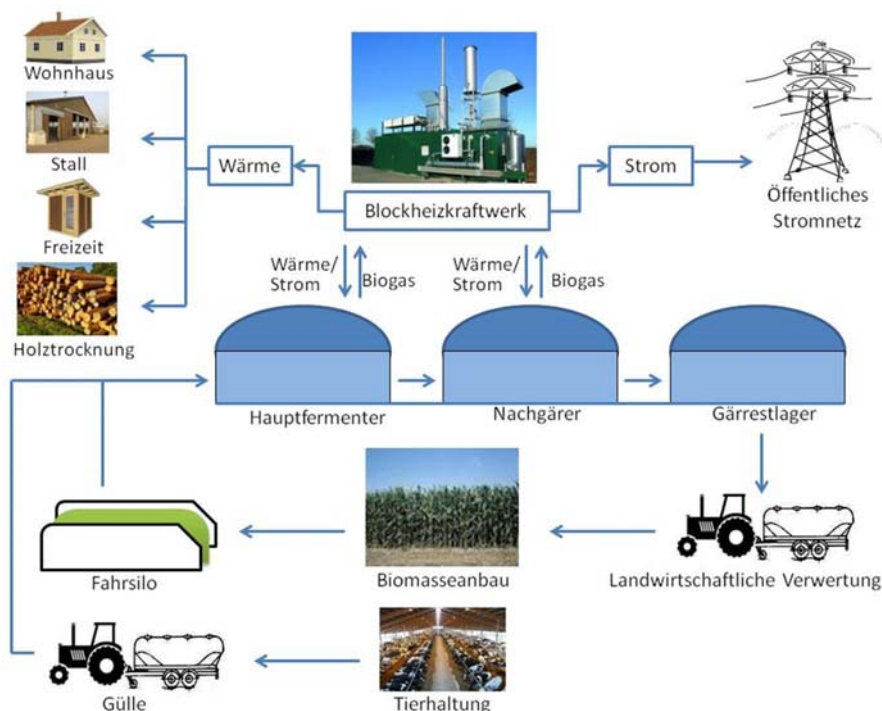
## – Ökobilanzielle Bewertung von Biogasanlagen an fünf niedersächsischen Standorten

- Fazit



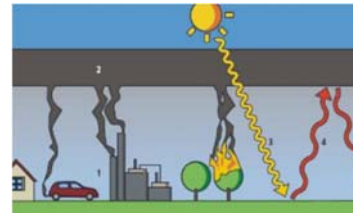
## Ökobilanzielle Bewertung von Biogasanlagen an fünf niedersächsischen Standorten

M. Schmehl, M. Hesse, J. Geldermann (2012)

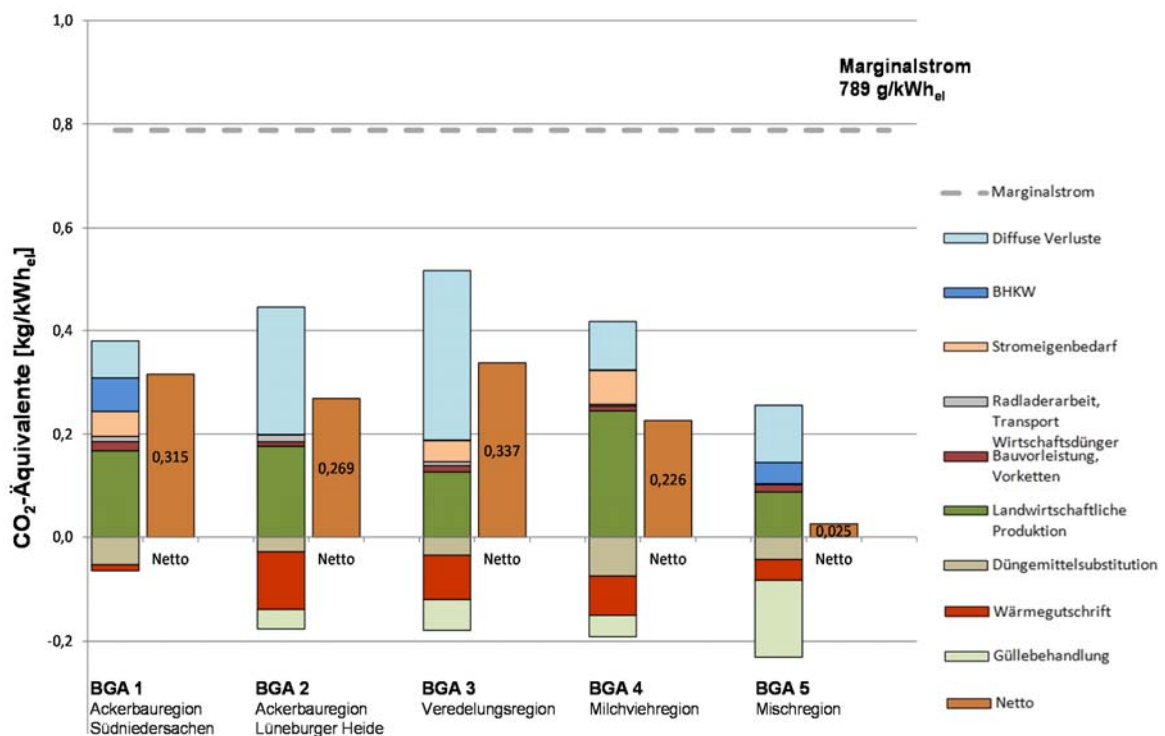


## Untersuchte Wirkungskategorien und Kennzahlen

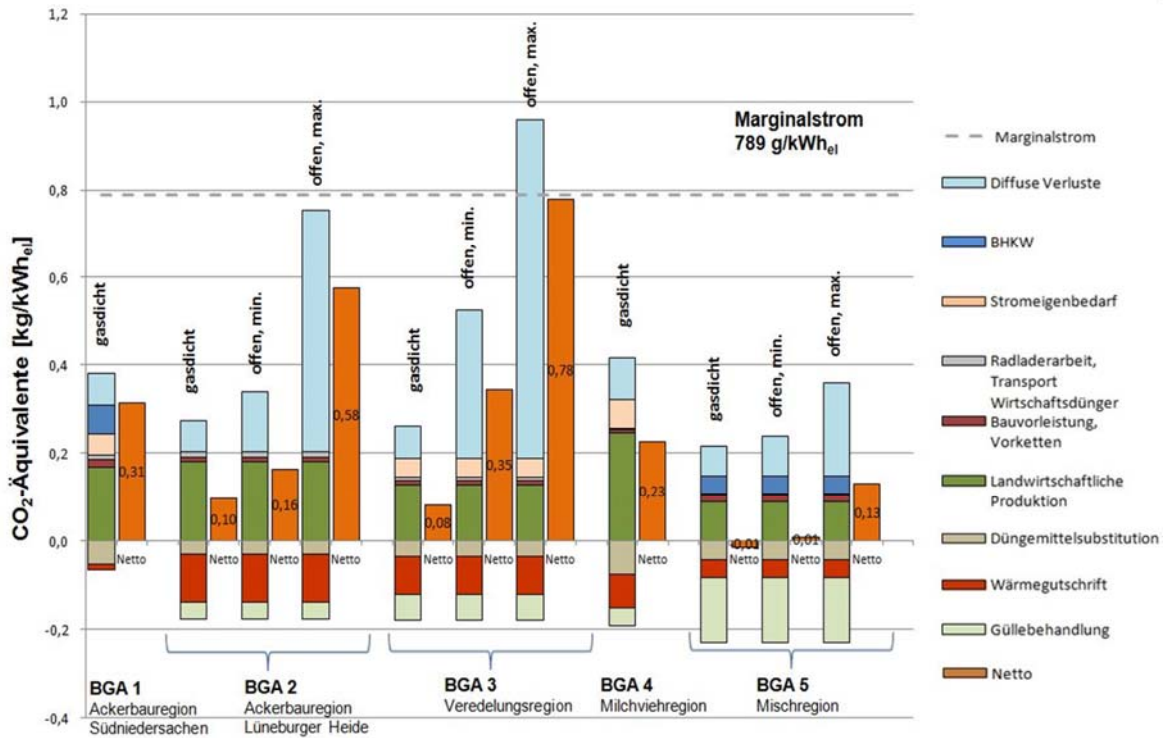
1. Klimawandel
2. Versauerung
3. Eutrophierung
4. Ressourcenverbrauch
5. Kumulierter Energieaufwand
6. Bedarf landwirtschaftlicher Fläche



## Ergebnisse der Wirkungskategorie „Klimawandel“

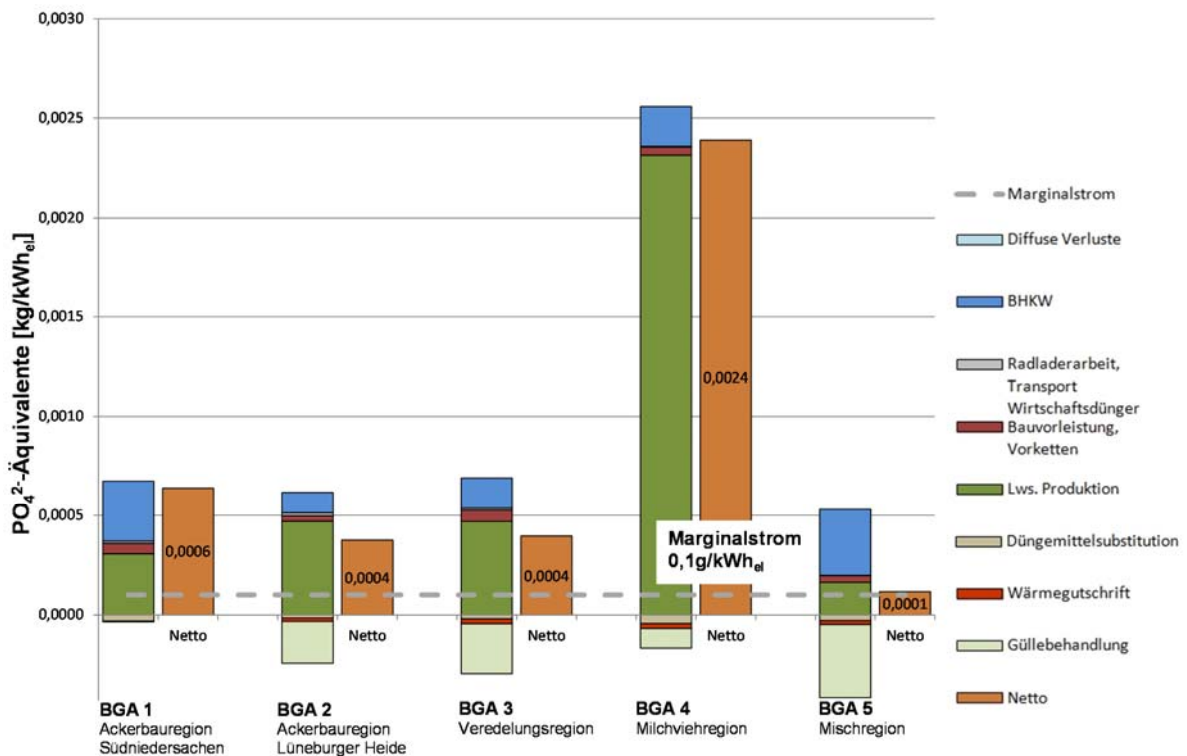


# Szenario „Gärrestlager“: Ergebnisse der Wirkungskategorie „Klimawandel“

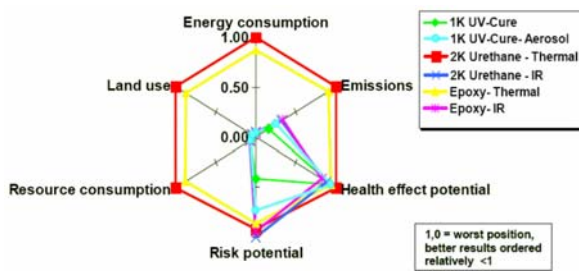


## 5. Ergebnisse des Basisszenarios

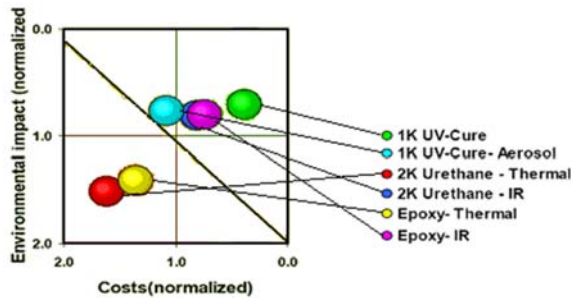
### Ergebnisse der Wirkungskategorie ‚Eutrophierung‘



# Methoden zur Mehrzielentscheidungsunterstützung

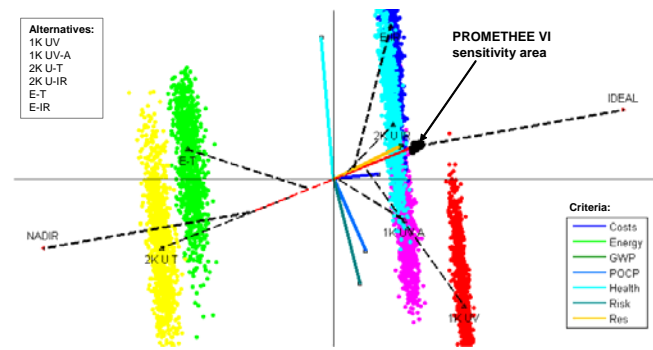
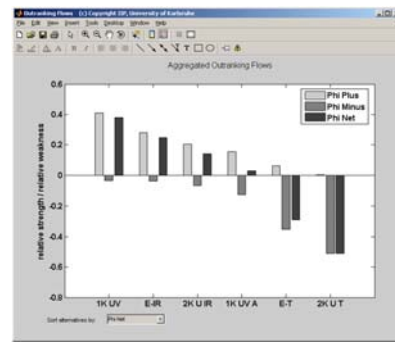


Ecological fingerprint of six automotive refinish primers



Results of the Eco-Efficiency Analysis

Wall, C., Richards, B., Bradlee, C. (2004): The Ecological and Economic Benefits of UV Curing Technology RadTech Report



Geldermann, J.; Treitz, M. (2008): Quantifying Eco-Efficiency with Multi-Criteria Analysis



## Unsicherheiten bei Kuppelproduktion und in Nutzungskaskaden als zentrale Herausforderung

Unsicherheit hinsichtlich	Beispiel	Gegenmaßnahme bzw. Konsequenz
<b>Quantität</b>	Konkurrenz zwischen energetischer und stofflicher Nutzung	Holzwerkstoffersatz (z.B. Substitution durch Stroh)
	Stärkere Variabilität wegen Klimawandel → Sturmschäden	effiziente Logistik
<b>Qualität</b>	Veränderliche chemische, physikalische oder biologische Eigenschaften	Anpassung des Produktionsverfahrens (z.B. zum Senken des Siliziumanteils)
	Qualitätsänderung durch die Substitution von Holz durch Stroh oder Großgräser	
	Schädlingsbefall, Sturmschäden	
<b>Zeit</b>	Unsicherer Anfall von vorge nutzten Rohstoffen innerhalb der Nutzungskaskade	Energetische Nutzung Schnelle und umfassende Information aller Netzwerkpartner

Geldermann, J.: Einsatz nachwachsender Rohstoffe in der Produktion und Konsequenzen für die Planung. In: Corsten, H.; Roth, S. (Hrsg.): Nachhaltigkeit - Unternehmerisches Handeln in globaler Verantwortung. Springer-Gabler-Verlag, Wiesbaden, S. 191-214 (2012)



# Nachhaltigkeitsgedanken in der Rechnungslegung – die Ökobilanz

## Fazit

- **Nutzen von Ökobilanzen**

- **Identifikation von Potenzialen** zur ökologischen Verbesserung und zum effizienteren Ressourceneinsatz
- **Nachweis der Corporate Social Responsibility (CSR)** (freiwilliger Beitrag der Wirtschaft zu einer nachhaltigen Entwicklung, die über die gesetzlichen Forderungen hinaus geht)

- **Zielkonflikte** zwischen der ökologischen, sozialen und ökonomischen Dimensionen der Nachhaltigkeit (sowie der technischen und juristischen Machbarkeit)

- **multikriterielle Methoden zur Entscheidungsunterstützung**
- **Stakeholder** sind **Anspruchsgruppen**, die Einfluss auf die Zielerreichung eines Unternehmens nehmen (können) und die von den Auswirkungen der Unternehmenstätigkeit betroffen sind (oder sich betroffen fühlen)

- **Unsicherheiten** durch volatile Rohstoffpreise und bei nachwachsenden Rohstoffen durch schwankende Qualitäten, Quantitäten und Lieferzeitpunkte

- Faire **Vertragsgestaltung**: Preisgleitklauseln, neue Geschäftsmodelle



## Prof. Dr. Jutta Geldermann



- Bankkauffrau (Deutsche Bank AG, Duisburg, Potsdam, Toronto)
- Diplom-Studium Wirtschaftsingenieurwesen (Universität Karlsruhe (jetzt KIT) und Trinity College Dublin)
- Promotion und Habilitation nach wissenschaftlicher Tätigkeit am Institut für Industriebetriebslehre und Industrielle Produktion (IIP) und am Deutsch-Französischen Institut für Umweltforschung (DFIU / IFARE) an der Universität Karlsruhe (jetzt KIT – Karlsruher Institut für Technologie)
- W3-Professur für Produktion und Logistik, Georg-August-Universität Göttingen ([www.produktion.uni-goettingen.de](http://www.produktion.uni-goettingen.de))
- Vorstandsmitglied des Energie-Forschungszentrums Niedersachsen (EFZN) und Leiterin des Forschungsbereichs „Energiewirtschaft“
- Dekanin der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen
- Sprecherin des DFG-Graduiertenkollegs „Ressourceneffizienz in Unternehmensnetzwerken“



## Branchenspektrum

- **Kreditwirtschaft:**  
Deutsche Bank AG (Duisburg, Potsdam, Toronto)
- **Eisen- und Stahlindustrie:**  
Forschungsprojekte im Auftrag der VolkswagenStiftung und des Umweltbundesamts (UBA)
- **Oberflächenbehandlung:**  
Forschungsprojekte im Auftrag der EU, der Umweltbundesämter (Berlin, Wien), Verband der Deutschen Automobilindustrie
- **Energiewirtschaft und Industrielles Risikomanagement:**  
Forschungsprojekte im Auftrag der EU und Bundesämter (BBK, BfS), Industrie, EFZN (Energieforschungszentrum Niedersachsen)
- **Nachwachsende Rohstoffe:**  
Forschungsprojekte im Auftrag der VolkswagenStiftung, Ministerien, Industrie, DFG (Deutsche Forschungsgemeinschaft)



## Ausgewählte Forschungsprojekte

- **Ressourceneffizienz in Unternehmensnetzwerken – Methoden zur betrieblichen und überbetrieblichen Planung für die Nutzung erneuerbarer Rohstoffe** (DFG Graduiertenkolleg, 2012 – 2016)
- **Forschungsverbund „Nachhaltige Nutzung von Energie aus Biomasse im Spannungsfeld von Klimaschutz, Landschaft und Gesellschaft“** (BiS) (Niedersächsisches Vorab der VolkswagenStiftung, 2009 – 2014)
- **Promotionsstudiengang „Biodiversität und Gesellschaft“** (Niedersächsisches Ministerium für Wissenschaft und Kultur, 2009 – 2013)
- **e-Home Energieprojekt 2020** (E.ON Avacon AG / EFZN, 2012 - 2013)

### EU-Projekte:

- **Optimization and its Applications in Learning and Industry (OPTALI)** (IRSES, 2011 – 2014)
- **IT-for-Green: Umwelt-, Energie- und Ressourcenmanagement mit BUIS 2.0** (EFRE, 2011 - 2014)

### Forschungsvorhaben im Auftrag von Ministerien und Behörden:

- **Durchführung einer ökobilanziellen Bewertung von Biogasanlagen** (Niedersächsisches Ministerium für Ernährung, Landwirtschaft, Verbraucherschutz und Landesentwicklung, 2010 – 2011; 2012 – 2013)
- **Sozioökonomische Analyse (SEA) unter REACH: Bewertung der Vermeidungskosten von Chemikalien – ex ante und ex post** (Umweltbundesamt, 2011 – 2013)



# Meilensteine in Zeiten der InsO

*Thomas Wehr, sixty-five & still rockin'*

Eine Festgabe in fünf Akten  
herausgegeben von

Dr. Andreas Schmidt, Hamburg



**RWS**

RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH · Köln

# „Par Conditio Creditorum“ und Wege des Missbrauchs

JÖRN WEITZMANN

## Inhaltsübersicht

I. Einleitung .....	1	2. Fortführung, Sanierung und Haftung .....	28
II. Der Weckruf .....	2	3. Effizienz und Effektivität des deutschen Insolvenzrechts .....	30
III. „Schlechtgemacht ist nicht schlecht gemacht“ .....	7	4. Verluste wurden vor dem Insolvenzantrag realisiert ....	34
IV. Rechtsfindungsprozess auf holprigen Wegen .....	12	5. Ordre public und Beordnung von wirtschaftlichen Missständen .....	39
V. „Eine andere Veranstaltung“ Grundlage des weiteren Rechtssetzungsprozesses .....	18	VII. Nachteilige Eingriffe in den Grundsatz der par conditio creditorum .....	52
VI. Massiver Wandel des wirtschaftlichen und rechtlichen Umfeldes des Insolvenzrechts und die Nutzung des Insolvenzrechts als Gestaltungsmöglichkeit zur Optimierung eigener Interessen .....	21	VIII. Rechtsfolgen .....	59
1. Grundlagen einer Gesamtvollstreckung .....	25	IX. Restüree .....	64

## I. Einleitung

Während die Konkursordnung noch in den letzten Tagen ihrer Geltung als „Perle der Reichsjustizgesetze“ bezeichnet wurde, konnte die Insolvenzordnung an diese Erfolgsgeschichte nicht anknüpfen. Vorschnell als „Jahrhundertgesetz“ bezeichnet, wurde es am 21.4.1994 vom Deutschen Bundestag (noch vor der Bundestagswahl im Herbst) verabschiedet und ist am 1.1.1999 in Kraft getreten. Dass die InsO kein brillantes Reformwerk ist, hat sich allgemein herumgesprochen und ist ein Grund dafür, dass es zur Dauerbaustelle mutiert ist.<sup>1)</sup> Wäh-

1) *Uhlenbruck*, Mit der Insolvenzordnung 1999 in das neue Jahrtausend – Kritisches und Unkritisches zu einem „Jahrhundertgesetz“, NZI 1998, 1 ff; *Pape*, Der Fortgang der Arbeiten auf der Dauerbaustelle InsO, ZInsO 2011, 1.



rend früher die Konkursordnung<sup>2)</sup> nur den rechtlichen Rahmen zur Beordnung eines fallierten Unternehmers/Unternehmens darstellte, werden über die Insolvenzordnung heute zahlreiche weitere Interessen transformiert, welche der Optimierung singulärer Interessen dienen und sich damit von dem Grundsatz der „par conditio creditorum“ entfernen.

## II. Der Weckruf

2 Mit seinem Aufsatz „Der Konkurs des Konkurses“<sup>3)</sup> bließ Joachim Kilger unisono mit Wilhelm Uhlenbruch<sup>4)</sup> vor bald 40 Jahren zu einer Reveille der Insolvenzrechtsreform.<sup>5)</sup>

3 Kilger wies in seinem, auf dem 38. Deutschen Anwaltstag in Berlin gehaltenen, Vortrag plastisch darauf hin, dass es „höchste Zeit sei, aufrüttelnd auf den Zustand hinzuweisen, dass unser Insolvenzrecht nicht mehr seine Aufgabe zu erfüllen vermag: Den wirtschaftlichen Zusammenbruch einer Person oder eines Unternehmens in einem geordneten Verfahren zu regeln.“

4 Zurückgeführt wurde der Funktionsverlust auf die hohe Zahl der Konkurse, die mangels Masse nicht eröffnet wurden, d. h. nicht in einem gerichtlichen Beordnungsverfahren abgewickelt wurden. Ursächlich hierfür waren die Vorrechte, insbesondere das Steuervorrecht, sowie geänderte Finanzierungsformen mit ihren neuen Sicherungsrechten als auch das „vor allem (...) dem Gesetzgeber und vielen Richtern abhandeln gekommene Bewusstsein, dass das Insolvenzverfahren als Institut der Generalzwangsvollstreckung der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger zu dienen hat und nur solche davon ausgenommen werden dürfen, die im Interesse der „Schicksals- und Gefahrengemeinschaft der Insolvenzgläubiger“ ein besonderes Opfer erbracht haben.

5 Das Versagen der Konkursordnung führte zu schweren Missständen. Nahezu vermögenslose Schuldner, vor allem insolvente GmbHs, konnten am Rechtsverkehr teilnehmen oder andere schädigen; ihr Marktaustritt konnte nicht erzwungen werden. Haftungsansprüche des Schuldnerunternehmens gegen Geschäftsführer, Gesellschafter oder Muttergesellschaften wurden nicht geltend gemacht. Vermö-

2) Zusammen mit der Vergleichsordnung.

3) Kilger, Der Konkurs des Konkurses, KTS 1975, 142.

4) Uhlenbruch, Zur Krise des Insolvenzrechts, NJW 1975, 897.

5) K. Schmidt, Joachim Kilger zum 80. Geburtstag, NJW 2001, 664.

gensmanipulationen blieben unentdeckt und konnten nicht rückgängig gemacht werden. Wirtschaftsstraftaten wurden nicht geahndet. Es zerrte an der Rechts- und Wirtschaftsmoral, dass gerade diejenigen Schuldner von Folgen illoyalen Verhaltens verschont blieben, deren Vermögen die Kosten eines Verfahrens nicht mehr deckte.<sup>6)</sup>

Die Feststellung, dass Unternehmen jahrelang mit steigenden Verlusten gearbeitet haben, ihre Insolvenz verspätet beantragt wurde,<sup>7)</sup> auch der Gesetzgeber von dem Sündenfall, Konkursforderungen in Masse-schuldansprüche zu verwandeln, nicht frei sei<sup>8)</sup> und auch die Umsatzsteuer, genauer gesagt, die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes zur Umsatzsteuer im Konkursverfahren, eine für die Abwicklung nicht förderliche Entwicklung zeitigte,<sup>9)</sup> mündeten bei Kilger in der Erkenntnis, „dass der Gesetzgeber dieses Problem nicht schnell lösen kann“. Er versprach sich Besserung nur dadurch, dass Verwalter den Mut finden, die Rechtsfragen erneut zur gerichtlichen Entscheidung zu stellen.<sup>10)</sup>

## III. „Schlechtgemacht ist nicht schlecht gemacht“

Der Aufschrei, dass sich das deutsche Insolvenzrecht seit Jahren in einer verstärkenden Krise, die zu ihrer vollständigen Funktionsunfähigkeit führen werde und die Ineffizienz des Verfahrens zur Folge habe, dass das Gebiet der Insolvenz im steigenden Maße aus der Rechtsordnung herausgedrängt werde und dass dieser wichtige wirtschaftliche Zustand rechtlich nicht mehr geordnet werde, so dass hier eine Domäne des „Faustrechts“ zu entstehen drohe, scheint an seiner Aktualität nichts verloren zu haben.

Einige Problemlagen waren und sind durch den Gesetzgeber selbst hervorgerufen.<sup>11)</sup>

Seinerzeit zu nennen war insbesondere das Fiskusvorrecht. Ein Ver-gleichsverfahren war nur möglich, wenn zuvor alle Steuerforderungen, die ein Vorrecht begründeten, befriedigt wurden.

„(...) Das Fiskus-Vorrecht erfuhr darüber hinaus laufend eine weitere faktische Ausdehnung dadurch, dass teils durch vorsätzliche oder fahrlässige Handlungen

6) Balz/Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, 1995, S. 4.

7) Kilger, KTS 1975, 142, 151.

8) Kilger, KTS 1975, 142, 154.

9) Kilger, KTS 1975, 142, 155.

10) Kilger, KTS 1975, 142, 160.

11) Vgl. zur Problemlage unter der KO: Kilger, KTS 1975, 142, 164.

des Gemeinschuldners (häufigster, geradezu regelmäßiger Mangel war das Fehlen einer Buchhaltung), teils durch verzögerte Bearbeitung bei den Finanzämtern oder gar durch deren falsche Größzügigkeit bei Stundungen, häufig Vorrechte im Konkursverfahren beansprucht wurden, die Zeiträume von nicht selten drei bis sechs Jahren umfassen, und die in der Größenordnung nicht selten eine Höhe erreichten, die bei 30 bis 100 % der nicht bevorrechtigten Schuldenmasse lag. Moniert wurde, dass das Konkursrecht weithin funktionsunfähig geworden sei. 75 % der Konkursanträge seien mangels Masse abgewiesen worden. Das Verwaltungsverfahren sei vollends zur Bedeutungslosigkeit verkommen, weniger als 1 % der Verfahren würden mit einem beständigen Vergleich abgeschlossen. Lediglich in etwa 8 % der abgeschlossenen Konkursverfahren komme es zu einem bestätigten Zwangsvergleich.<sup>12)</sup>

10 Bemerkenswerte Aussagen, wenn man den Anspruch des Gesetzgebers mit der Realität vergleicht. Die Zahl der Insolvenzeröffnungen ist zwar gestiegen. Bei den Verfahren handelt es sich jedoch vielfach um reine Ordnungsverfahren.<sup>13)</sup> Die Quote der ungesicherten Gläubiger verharret jedoch nach veröffentlichten Untersuchungen bei rd. 5 %, <sup>14)</sup> trotz vermeintlicher Abschaffung der Vorrechte. Bei der Quotenberechnung nach der KO wurden nur die nachrangigen Gläubiger gemäß § 61 Abs. 1 Nr. 6 KO berücksichtigt, d. h. Arbeitnehmer, Sozialversicherungen, Fiskus etc. waren schon zuvor vollständig beglichen. Auch die Zahl der Insolvenzplanverfahren ist im Verhältnis nicht sprunghaft angestiegen. Auch wenn eine prozentuale Erhöhung auf niedrigem einstelligem Niveau vorliegt, müssen die Voraussetzungen der VerglO ins Bewusstsein gerufen werden. Voraussetzung war, dass alle vorrangigen Gläubiger befriedigt wurden und auf die nachrangigen Gläubiger eine Quote von mindestens 35 % (bei Auszahlung innerhalb eines Jahres) bzw. 40 % geleistet wurden (§ 7 VerglO).

12) Vgl. Stellungnahme des DAV zum Vorentwurf der Europäischen Konkurskonvention, KTS, 1975, 60 ff; *Kilger*, KTS 1975, 142, 165; *Balz/Landfermann*, Die neuen Insolvenzgesetze, 1995, S. 4.

13) Rd. 50 % der Verfahren sind reine Ordnungsverfahren mit Massen von weniger als 25 000 €, vgl. *Friedl*. Fortgeschriebene Verfahrenszahlenauswertung – was Insolvenzverwalter leisten können, ZInsO 2011, 169; *Haarmeyer*, Die „gute“ Insolvenzverwaltung, ZInsO 2007, 169; *Kranzusch/Icks*, Institut für Mittelstandsforschung, Die Quoten der Insolvenzgläubiger in Regel- und Insolvenzplanverfahren, abrufbar unter: <http://www.ifm-bonn.org/assets/documents/IFM-Materialien-186.pdf> (Abrufdatum: 28.10.2012); *Creditreform*, Insolvenzen in Deutschland, abrufbar unter: [http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Presse/Archiv/Insolvenzen Neugruendungen Loeschungen\\_DE/2012\\_-\\_1\\_Halbjahr/2012-06-28\\_Insolvenzen.pdf](http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Presse/Archiv/Insolvenzen%20Neugruendungen%20Loeschungen_DE/2012_-_1_Halbjahr/2012-06-28_Insolvenzen.pdf) (Abrufdatum: 1.11.2012).

14) *Kranzusch/Icks*, Institut für Mittelstandsforschung, Die Quoten der Insolvenzgläubiger in Regel- und Insolvenzplanverfahren, abrufbar unter: <http://www.ifm-bonn.org/assets/documents/IFM-Materialien-186.pdf>, S. 32; Kurzfassung: <http://www.ifm-bonn.org/index.php?id=772> (Abrufdatum 29.10.2012).

Vergleicht man die Verwertungsergebnisse vor und nach Inkrafttreten der InsO unter Berücksichtigung der Zugangshürden und staatlichen Vorrechts kommt man zu dem Ergebnis, das der vor-konstitutionelle Gesetzgeber die Gesamtvollstreckungsordnungen, die KO und die Vergleichsordnung nicht „schlecht gemacht haben, diese aber vielfach schlechtmacht wurden.“<sup>15)</sup>

#### IV. Rechtsfindungsprozess auf bolprigen Wegen

Anfang 1978 setzte der damalige Justizminister *Hans-Jochen Vogel* die Kommission für Insolvenzrecht ein. Ihr Mandat umfasste die Wiederherstellung der Funktion des Konkurses als Haftungsverwirklichung. Die Berichte der Kommission wurden 1985 und 1986 veröffentlicht und waren Gegenstand umfassender Diskussionen. Gegenstand war u. a. die Schaffung eines eigenständigen, am Wohl des Unternehmens, nicht in erster Linie des Schuldners oder seiner Gesellschafter, orientierten Reorganisationsverfahrens und der Abbau von Vorzugsstellungen. Die allgemeinen Vorrechte, insbesondere das Privileg für Lohn- und Abgabeforderungen sollten ersatzlos entfallen. Vorgesehen war auch die Verschärfung des Anfechtungsrechts und die Neuregelung des Sozialplans in der Liquidation und Anpassung des § 613a BGB.<sup>16)</sup> Während die wissenschaftliche Leistung der Insolvenzrechtskommission fast einheitlich anerkannt wurde, waren die Vorschläge doch Gegenstand heftiger Auseinandersetzungen, da in Besitzstände eingegriffen wurde.

Das Bundesjustizministerium legte im August 1988 einen Diskussionsentwurf zur Reform des Insolvenzrechts vor, welcher im Juni 1989 durch umfangreiche Änderungen ergänzt wurde.

Der Diskussionsentwurf wurde – insbesondere von namhaften Insolvenzpraktikern – nachhaltig kritisiert. Der Gravenbrucher Kreis bezeichnete die „große Insolvenzrechtsreform als gescheitert“<sup>17)</sup> und plädierte für eine rasch zu verwirklichende kleine Reform, da es für eine von Ideologien und Dogmatismus befreite praxisgerechte Gesamtreform noch eines längeren Atems bedürfe. Als konkreter Bei-

15) *Uhlenbruch*, Die Insolvenzordnung – ein Jahrhundertgesetz?, NJW 2000, 1386, weist darauf hin, dass fast sämtliche Prognosen hinsichtlich der Zahl der Insolvenzenverfahren und der Belastung der Gerichte sich im Nachhinein als falsch herausgestellt hätten.

16) *Balz/Landfermann*, Die neuen Insolvenzgesetze, 1995, S. XXXVII.

17) *Gravenbrucher Kreis*, Große Insolvenzrechtsreform gescheitert, ZIP 1990, 476.

trag zur Diskussion legte der Gravenbrucher Kreis einen Alternativentwurf zum Regierungsentwurf der Insolvenzordnung vor.<sup>18)</sup>

15 Der Gravenbrucher Kreis vertrat die Auffassung, dass es zur Beseitigung der viel beklagten Funktionsunfähigkeit des Insolvenzrechts keiner umfassenden Neugestaltung bedürfe, wie sie in den 399 Paragraphen des Regierungsentwurfes und den 115 Artikeln des Regierungsentwurfes eines Einführungsgesetzes niedergelegt sei. Es wurde stattdessen ein Fünf-Punkte-Katalog aufgestellt, der folgende Neuregelungen enthalten sollte:

- Punktuelle gesetzgeberische Maßnahmen zur Optimierung der bestehenden Gesetze im Interesse einer überschaubaren und entbürokratisierten Verfahrensabwicklung.
- Die gesetzliche Regelung des Vorverfahrens (Sequestration), die zu einer eindeutigen Bestimmung der Aufgaben und Befugnisse des gerichtlich bestellten Sequesters führt und die derzeitige Grauzone beseitigt.
- Die Rückstufung der „aufgezwungenen“, d. h. der vom Verwalter nicht beeinflussbaren Masseverbindlichkeiten.
- Die Abschaffung des § 613a BGB im Insolvenzverfahren als entscheidende Maßnahme zur Sanierung und Erhaltung von Betrieben und Arbeitsplätzen.
- Die Neuordnung der Rangfolge des § 60 KO für die Abwicklung massearmer Verfahren in Anlehnung an die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 5.12.1991<sup>19)</sup>.

16 Zur Beordnung der Verbraucherinsolvenzen wurde vorgeschlagen, die Restschuldbefreiung systematisch in ein Verbraucherschutzrecht zu überführen bzw. Zwangsvollstreckungsregelungen (Einführung der absoluten Verjährung) in die ZPO einzuführen.

17 Ausdrücklich wurde darauf hingewiesen, dass es der Stärkung der Position des Schuldners nicht bedürfe. Dieser dürfe nicht sein eigener Gerichtsvollzieher sein.

18) S. „Alternativentwurf des Gravenbrucher Kreises zum Regierungsentwurf einer Insolvenzordnung“, ZIP 1993, 625.

19) BGH, Urt. v. 5.12.1991 – IX ZR 275/90, BGHZ 116, 233 = ZIP 1992, 120.

## V. „Eine andere Veranstaltung“ Grundlage des weiteren Rechtssetzungsprozesses

Am 28.4.1993 fand vor dem Rechtsausschuss des Bundestages eine Anhörung zum Regierungsentwurf der Insolvenzordnung statt. Der Regierungsentwurf wurde von allen angehörten Verbänden und Praktikern mit Ausnahme des PSV und des Instituts für Wirtschaftsprüfer abgelehnt. Um die Kritik umfassend darzustellen und Wiederholungen zu vermeiden, hatten die einzelnen Sachverständigen und Verbände unterschiedliche Schwerpunkte gebildet. Während die Kritik wissenschaftlich, nach dem Motto *suaviter in modo, fortiter in re*, vorgetragen wurde und umfassend war, münzte das Bundesjustizministerium diese Fundamentalkritik i. R. ihrer Veröffentlichungen in einen Erfolg um, nach dem Motto „Insolvenzrechtsreform ein großer Erfolg, viele Anregungen, kein Sachverständiger lehnte die Insolvenzordnung insgesamt ab“. Treffend hat *Haarmeyer* ausgeführt, „*Sabine Leutbeusser-Schmarrenberger* muss eine andere Veranstaltung mitbekommen haben“.<sup>20)</sup> Die vielfältige Kritik, namentlich beim Expertenhearing am 28.4.1993, wurde nicht übernommen. Stattdessen wurden kurzfristig rd. 60 Paragraphen gestrichen. Es erfolgte eine unheilvolle Verquickung der außergerichtlichen Schuldenbereinigung mit der Insolvenzrechtsreform, die man noch im Wahljahr 1994 ein „Jahrhundertgesetz“ brauchte. Diametrisch wurde dieses damit begründet, dass eine Ablehnung der Insolvenzrechtsreform zugleich eine Ablehnung der Entschuldung und sozialen Rehabilitation von Millionen verschuldeter Verbraucher gebracht hätte. Damit sollten die Gegner der „Jahrhundertreform“ mundtot gemacht werden.<sup>21)</sup>

Der Gravenbrucher Kreis veröffentlichte nochmals einen Appell gegen die Verabschiedung der Insolvenzrechtsreform, der jedoch ungehört blieb.<sup>22)</sup>

Am 21.4.1994 verabschiedete der Bundestag dann die Insolvenzordnung und „setzte den Zug auf die Schiene“. Da die Probleme nur un-

20) *Haarmeyer*, Anhörung zum Regierungsentwurf einer Insolvenzordnung, ZIP 1993, 883; diese Aussagen wurden inhaltlich dem Verfasser auch von einem Besucher der Veranstaltung entsprechend mitgeteilt.

21) *Gravenbrucher Kreis*, Appell gegen die Verabschiedung der Insolvenzrechtsreform, ZIP 1994, 585.

22) *Gravenbrucher Kreis*, ZIP 1994, 585.

zureichend gelöst wurden, begannen – teilweise bereits vor Inkrafttreten – die zahlreichen Maßnahmen an der Dauerbaustelle.<sup>23)</sup>

#### VI. *Massiver Wandel des wirtschaftlichen und rechtlichen Umfeldes des Insolvenzrechts und die Nutzung des Insolvenzrechts als Gestaltungsmöglichkeit zur Optimierung eigener Interessen*

21 Die Diskussion über die Rückgewinnung der Funktionsfähigkeit einer Gesamtschuldordnung verlief vor dem Hintergrund massiver Umbrüche, die in der InsO nur unzureichend adaptiert wurden.

22 Politisch waren dieses u. a. der Fall der Mauer, die Beendigung des kalten Krieges in Europa. Nicht minder bedeutsam waren die Änderungen auf dem Gebiet der Informationstechnologie, welche eine industrielle Revolution ermöglichten. Die Betriebswirtschaftslehre hat in diesem Zeitraum maßgeblich dazu beigetragen, dass die Einführung neuer Managementlehren zu einer erheblichen Effizienzsteigerung geführt hat.<sup>24)</sup> Nicht nur der „Prototyp“ des früheren Gemeinschaftschuldners änderte sich,<sup>25)</sup> durch die Niederlassungsfreiheit konnten Gesellschaften auch „auf Reise“ gehen.<sup>26)</sup> In der Finanzwirtschaft kehrte ein neues Verständnis ein, die Banken sahen sich zunehmend als Finanzintermediäre, neue Finanzierungsformen, wie Mezzanine, Hybrid etc., kamen auf und mit ihnen andere Teilnehmer, wie Fonds und KAG. Zusätzlich traten im Bereich der krisennahen Finanzierung auch Investoren auf, die ein „distressed Investment“ vornahmen. Finanzierungs- und Bankgeschäfte haben einen zuvor nicht gekannten Grad der Komplexität erreicht. Eine haussierende Finanzindustrie, die nur noch wenig mit unserem traditionellen Bankenverständnis gemein hat, welches dann zu einer Abkoppelung der Finanzwirtschaft von der Realwirtschaft führte und letztendlich erhebliche Verwerfungen brachte.<sup>27)</sup> Während zu Zeiten eines *Hanns-*

23) Vgl. *Uhlenbruck*, Fünf Jahre Insolvenzordnung – Meilensteine in der Praxis, BB Special 4/2004, Heft 43, S. 2.

24) M. Hammer/J. Champy, *Reengineering the Corporation*, New York, 1993; R. S. Kaplan/D. P. Norton, *Strategy Maps*, 2004.

25) Vgl. *Uhlenbruck*, NZI 1998, 1.

26) Vgl. EuGH, Urt. v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01 – *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155 = ZIP 2003, 1885, dazu EWIR 2003, 1029 (*Drygala*); BGH, Urt. v. 19.9.2005 – II ZR 372/03, BGHZ 164, 148 = ZIP 2005, 1869.

27) Vgl. Spiegel Online v. 11.9.2009, „Absturz der Weltbörsen: Hauptursachen der Finanzmarktkrise“, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/absturz-der-weltboersen-hauptursachen-der-finanzmarktkrise-a-648271.html> (Abrufdatum: 28.10.2012).

*Martin Schleyers* oder eines *Alfred Herrhausen* in dem Anspruch von *Berthold Brecht*, „Was ist schon ein Einbruch in eine Bank gegen die Gründung einer Bank“, allenfalls ein paar orthodoxe Kommunisten einen kleinen Realitätsplitter erkennen konnten, hat sich in der Folgezeit die Realität nachhaltig geändert, wie bspw. die Untersuchung des US-Senatsausschusses für Heimatschutz und Regierungsangelegenheiten in seinem Untersuchungsbericht „Wall Street and the Financial Crisis: Anatomy of a Financial Collapse“ belegt.<sup>28)</sup>

Während nach traditionellem Verständnis die Insolvenzordnung als „Gemeinschaftsrecht“ für einen fairen Ausgleich unter den Beteiligten sorgen sollte, wurde seit Beginn der 90er Jahre das Insolvenzrecht in einem immer stärkeren Maße auch zur (Eigen-)Optimierung<sup>29)</sup> und als Gestaltungsmittel genutzt. Dieses war zum einen geboten, um die großen industriellen Einheiten in den neuen Bundesländern, die nicht nach betriebswirtschaftlichen Strukturen errichtet und organisiert waren, marktgängig zu machen.

In diesem Zeitraum kam jedoch in Beraterkreisen erstmals die Überlegung auf, die Insolvenzordnung auch für Zwecke weitergehender gesellschaftsrechtlicher und/oder vertragsrechtlicher Regelungen zu nutzen bzw. zu optimieren. Überlegungen gingen dahin, Akkordstörer, sei es unter den Gesellschaftern oder den sonstigen Stakeholdern, i. R. eines Insolvenzverfahrens „einzubinden“ und über die bestehenden Gestaltungsmöglichkeiten zu optimieren. Die Insolvenzordnung als Gemeinschaftsrecht wurde von interessierten Kreisen bisweilen fortentwickelt zum „Transmissionsriemen der Eigeninteressen“.

#### 1. *Grundlagen einer Gesamtvollstreckung*

Die Konkursordnung, zutreffend als „Perle der Reichsjustizgesetze 25 bezeichnet“, war besser als ihr Ruf.<sup>30)</sup> Sie wurde fälschlich als „sanie-

28) Permanent Subcommittee on Investigations, Wall Street and the financial crisis: Anatomy of a Financial Collapse – Majority and Minority Staff Report, abrufbar unter: <http://www.nytimes.com/interactive/2011/04/14/business/14crisis-docviewer.html> (Abrufdatum: 4.11.2012).

29) Vgl. A. Schmidt-Weber, *HambKomm-InsO*, 4. Aufl. 2012, § 14 Rz. 46 und § 13 Rz. 24.

30) Vgl. *Uhlenbruck/Klasmeier/Kühler* (Hrsg.), *FS 100 Jahre KO*, S. 3, 5; „Nicht die Konkursordnung aus dem Jahre 1877 war schlecht, sondern das was die Gesetzgebung, Rechtsprechung und personell wie materiell unzureichend ausgestattete Konkursgerichte und zum Teil auf Wertezerschlagung bedachte Konkursverfahren aus ihr gemacht haben.“ *Jaeger-Lent*, *KO*, 8. Aufl. 1958, Einl. Rz. 6.

rungsfeindlich“ beschrieben. Hierfür lassen sich jedoch weder in der Praxis noch im Gesetz der Konkursordnung und der Vergleichsordnung entsprechende Belege finden.

26 Insolvenzrecht ist Wirtschaftsrecht.<sup>31)</sup> Diese Erkenntnis war dem Gesetzgeber der Konkursordnung nicht fern. Bereits aus den „Motiven zu dem Entwurf einer deutschen Gemeinschaftsordnung“ aus dem Jahre 1873 ist zu entnehmen, dass dem Gesetzgeber die ambivalente Struktur der Konkursordnung im Wirtschaftsrecht bekannt war. Außenmerk wurde nicht nur auf die Execution, quasi im kontradiktorischen Verfahren, gelegt, sondern die Konkursordnung enthielt bereits die Möglichkeit eines Zwangsvergleiches.<sup>32)</sup>

„Dem Konkurse wird in dem Rechtssystem eine verschiedene Stelle zugewiesen. Das gemeine deutsche Recht zählt ihn zu den Prozessarten; (...) In der Tat bringt der Konkurs ein gerichtliches Verfahren mit sich; sein Zweck ist, die verschiedenen Gläubiger wegen ihrer zusammenstreichenden Ansprüche aus einem nicht ausreichenden Vermögen zu befriedigen und zu diesem Zweck zu erreichen, dass das Vermögen des Schuldners in Beschlag genommen und teilbar gemacht wird. Es müssen die Ansprüche der Gläubiger zur Teilnahme festgestellt werden. (...) Wie zutreffend indes die Analogie des Konkursverfahrens mit einem generellen Executionsverfahren in manchen Beziehungen erscheint, so ist es doch bedenklich und einseitig, den Charakter des Gemeinschaftswesens auf diese Analogie zu beschränken. Man läuft Gefahr, das Verfahren prozessmäßig zu gestalten, auch wenn sich die Parteien nicht gegenüberstehen, (...) Das Gemeinschaftsrecht hat seinen eigenen Inhalt, es greift mit ihm ein in alle Rechtsverhältnisse und bedarf einer selbständigen Normierung. Seine Allgemeinheit prägt dem Verfahren, welches den Gemeinschaftsanspruch verwirklichen soll, seine eigene Gestalt auf.“<sup>33)</sup>

27 Entsprechend wurde die Möglichkeit des Zwangsvergleichs eingeführt. Aus den Motiven geht hervor, dass dieses durchaus ein gewünschtes und zweckmäßiges Schuldenbeordnungsverfahren sein kann.<sup>34)</sup>

„Die Vorteile des Vergleichs erkennend, hat die Gesetzgebung die vergleichsweise Entledigung des Konkurses stets zu befördern gesucht; teils hat sie dieselbe, die Einwilligung aller Gläubiger verlangend, der Fürsorge des Gerichts empfohlen, teils aber Zwangsvergleiche zugelassen, die, obwohl nur von einer Mehrheit der Gläubiger angenommen, unter gewissen Voraussetzungen dennoch für alle, auch für die nicht konsentierenden Gläubiger, bindend sein sollten. (...) Der Zwangsvergleich sei gerechtfertigt und ist nicht zu entbehren. Freilich muss die richtige Gestaltung desselben nach Inhalt und Gegenstand gesucht werden (...).

- 31) *Uhlenbruck*, BB Special 4/2004, Heft 43, S. 3, *Uhlenbruck*, NJW 2000, 1386.
- 32) Motive zu dem Entwurf einer deutschen Gemeinschaftsordnung, 1873, S. 6.
- 33) Motive zu dem Entwurf einer deutschen Gemeinschaftsordnung, 1873, S. 6 f.
- 34) Motive zu dem Entwurf der deutschen Gemeinschaftsordnung, Bd. II, 1873, S. 126.

Begründet wird dieses mit einer gleichgerichteten Verpflichtung der Gemeingläubiger.“<sup>35)</sup>

## 2. Fortführung, Sanierung und Haftung

Bereits vor in Krafttreten des BGB wurden unter Geltung der Konkursordnung Betriebe im Konkursverfahren fortgeführt, wie sich aus dem mehrfach zum Reichsgericht getragenen Konkursverfahren der Waldbrauerei AG in Bergedorf ergibt.<sup>36)</sup> Auch *Kilger*<sup>37)</sup> beschreibt, wie er als junger Anwalt eine kleine Schiffswerft fortführte.

Die Konkurs- und Vergleichsordnung hat bewiesen, dass sie den erforderlichen rechtlichen Rahmen bereitstellen kann, um auch größere Unternehmen rechtlich zu beordnen. Namen wie *AEG*, *Maxhütte* und *Arbed Saarstahl* sind in diesem Zusammenhang zu nennen. Die häufig genannten Gegenbeispiele, *Borgwardt* und *Schlecker*, taugen jedoch nicht, der Konkursordnung und der Vergleichsordnung konstruktive Mängel zu unterlegen. Gerade diese Konkursverfahren sind von massiven Eigeninteressen, teilweise nachhaltigen Antipathien der Stakeholder gegenüber den maßgeblichen Unternehmern getragen und dienen primär dem Marktrausscheiden.<sup>38)</sup> Es war insbesondere

35) „Aber die Gemeingläubiger bleiben nicht einzeln mit ihren Rechten; der Gemeinschaftsanspruch aller bringt sie in eine rechtliche Gemeinschaft, und zwingende Mehrheitsbeschlüsse einer solchen finden selbst im formalen Recht ihre Geltung. Jedenfalls in dem höheren Werte materieller Gerechtigkeit. Der gleiche vernünftige Zweck einzelner Schicksalsgenossen ist der sittliche Wille aller. Ihm sich fügen müssen, beschädigt nicht die persönliche Freiheit; – ihm den Widerspruch weniger Gläubiger zum Opfer zu bringen, beschädigt das allgemeine Recht –. Oftmals beruht der Widerspruch einzelner nur auf Eigensinn, Rachsucht oder unlauteren Nebenabsichten“, Motive zu dem Entwurf der deutschen Gemeinschaftsordnung, Bd. II, 1873, S. 128.

36) RG, Urt. v. 15.11.1895 – Rep. III 228/95, RGZ 36, 93; RG, Urt. 5.7.1897 – VI 207/97, RGZ 39, 94; der Abwicklungsdruck ist nach dem 1. Weltkrieg durch die Hyperinflation begründet worden.

37) *Kilger*, Über die Möglichkeit der Geschäftsführung insolventer Unternehmen unter dem geltenden Recht und nach dem Diskussionsentwurf einer Insolvenzordnung, KTS 1989, 495.

38) Vgl. Der Spiegel v. 6.12.1961: „Die Pleite mit Borgward“, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-43367719.html> (Abrufdatum 28.10.2012); Hamburger Abendblatt v. 13.8.2012: „Aufstieg und Fall einer Unternehmerlegende“.

der Gesetzgeber, der durch Fiktion Konkursforderungen in den Rang von Masseverbindlichkeiten hob und Vorrechte kreierte.<sup>39)</sup>

### 3. Effizienz und Effektivität des deutschen Insolvenzrechts

30 Im Rahmen einer negativen, teilweise tendenziösen Wertung über die InsO und die KO wurde auch oft inflationär und unreflektiert die Aussage von Ernst Jaeger<sup>40)</sup> wiedergegeben:

„Der Konkurs ist ein Wertvernichter schlimmster Art und obendrein das teuerste Schuldentilgungsverfahren. Je größer das ihm verfallende Unternehmen ist, je weiter Wirtschaftskreise der Zusammenbruch in Mitleidenschaft zieht, desto erwünschter muss es sein, wenn Schuldner und Gläubiger durch Vereinbarung eines Ausgleichs dem Konkurs vorbeugen.“

31 Unreflektiert verstanden, sieht man in dem Konkurs(verfahren) selbst den Wertvernichter schlimmster Art und obendrein das teuerste Schuldentilgungsverfahren.<sup>41)</sup> Diese Fehlinterpretation ist älter als die Konkursordnung. Bereits in den Motiven zum Entwurf der deutschen Gemeinschaftsordnung heißt es:

„Das alten Zeiten entstammende Vorurteil, das Konkursverfahren als ein Übel zu betrachten, (...) bedarf sofortiger Klärung. Die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners und der durch sie eingetretene ungesunde Zustand, ist das vorhandene Übel. Zu dessen Beseitigung ist das Verfahren bestimmt, als heilsames Mittel zu dienen. Wie jede Remedur legt es unabweisliche Opfer den Beteiligten auf, je schneller aber und gründlicher es den gesunden Zustand herbeiführt, je mehr es eine dem einzelnen Fall sich anpassende Behandlung zulässt, desto wohltätiger wird das Verfahren erscheinen.“<sup>42)</sup>

32 Festzustellen ist, dass die Insolvenz nur den Grad der wirtschaftlichen Krise darstellt. Die Insolvenz streht am Ende der unterschiedlichen Krisen: Stakeholder-Krise, Strategie-, Ertrags-, Finanzierungs- und Liquiditätskrise. Die Insolvenzordnung stellt dabei das gesetzliche Regelungsinstrumentarium zur Beordnung der Insolvenz in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht dar.

39) Der Entwurf der Deutschen Gemeinschaftsordnung von 1873 sah nur ein Vorrecht für die Lohnbezüge und Forderungen der Kinder wegen der Veruntreuung ihres dem Nießbrauch unterliegenden Vermögens vor, s. Motive zu dem Entwurf der deutschen Gemeinschaftsordnung, 1873, § 61.

40) Jaeger, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts, 8. Aufl. 1932, S. 216.

41) Die Aussage ist auch vor dem Hintergrund der Hyperinflation zu sehen, in der es der Reichspapiermark jeglicher Beständigkeit fehlte und bis zur VO über die Goldmarkrechnung der Grundsatz „Mark gleich Mark“ galt, vgl. Jaeger-Lenz, KO, 8. Aufl., Einl. Rz. 6.

42) Motive zu dem Entwurf der deutschen Gemeinschaftsordnung, Bd. II, 1873, S. 125.

Die Insolvenz entsteht überwiegend durch Managementfehler und eine nicht ausreichende Finanzierung.<sup>43)</sup>

### 4. Verluste wurden vor dem Insolvenzantrag realisiert

Der zwangsweise Eingriff in die Rechte des Schuldners und der Gemeingläubiger ist gerechtfertigt, weil der Schuldner nicht mehr in der Lage ist, seinen gegenüber öffentlich rechtlichen Gläubigern, nachzutreten, d. h. auch gegenüber öffentlich rechtlichen Gläubigern, nachzukommen. Diese Erkenntnis macht das Insolvenzrecht zum „Gemeinschaftsrecht bzw. zum Gesamtvollstreckungsrecht“. Das Verfahren stellt den rechtlichen Rahmen dar, in welchem eine Beordnung des Unternehmens/Unternehmers erfolgen kann. Der Eingriff in die Rechte der Beteiligten, der Stakeholder, auch der Finanzierer, ist gerechtfertigt, weil sie es nicht vermocht haben, die vorgenannten Krisenstadien durch Umsetzung der erforderlichen Maßnahmen zur Leistungs- und/oder finanzwirtschaftlichen Beordnung, zu stoppen, obwohl sie aufgrund bestehender Financial Covenants<sup>44)</sup> Insiderwissen hatten und dazu häufig in der Lage gewesen waren.

Festzustellen ist, dass mit der Beantragung des Insolvenzverfahrens, 35 mit der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit, der wirtschaftliche Verlust bereits eingetreten ist. Die Zahlungsunfähigkeit stellt sich regelmäßig als Ergebnis einer nachhaltigen Ertragsunfähigkeit dar, welche nicht selten mit einer deutlich verspäteten Insolvenzantragstellung einhergeht.<sup>45)</sup>

43) Presseinformation des ZIS (Universität Mannheim), „Managementfehler häufigste Insolvenzursache“, abrufbar unter: [http://www.zis.uni-mannheim.de/studien/dokumente/pm\\_eh\\_studie\\_insolvengruende\\_27\\_09\\_06.pdf/pm\\_eh\\_studie\\_insolvengruende\\_27\\_09\\_06.pdf](http://www.zis.uni-mannheim.de/studien/dokumente/pm_eh_studie_insolvengruende_27_09_06.pdf/pm_eh_studie_insolvengruende_27_09_06.pdf) (Abrufdatum 28.10.2012): „Die befragten Insolvenzverwalter sind sich einig, dass in der Regel nicht nur ein Faktor, sondern ein ganzes Bündel an Ursachen für den Zusammenbruch eines Unternehmens verantwortlich ist. An erster Stelle stehen nach Meinung von 79 Prozent der Befragten „Fehlendes Controlling“, gefolgt von „Finanzierungslücken“ (76 Prozent), einem „unzureichenden Debitorenmanagement“ (64 Prozent) und einer „autoritären, rigiden Führung“ (57 Prozent). Dazu kommen „ungenügende Transparenz und Kommunikation“ (44 Prozent), „Investitionsfehler“ (42 Prozent) und eine „falsche Produktionsplanung“ (41 Prozent)“.

44) Vgl. K. Schmidt/Uhlenbruck-Wittig, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 4. Aufl. 2009, Rz. 1.142 ff.

45) Vgl. Bitter/Röder, Insolvenz und Sanierung in Zeiten der Finanz- und Wirtschaftskrise, ZInsO 2009, 1283, wonach 2/3 aller Insolvenzen verspätet beantragt werden; Flöbber, Die aktuelle Reform des Insolvenzrechts durch das ESUG – Mehr Schein als Sein?, ZIP 2012, 1833.

36 Entgegen der Aussage von *Ernst Jaeger* kann man das Beordnungsverfahren nicht für die zuvor eingetretenen Wertverluste verantwortlich machen. Der Verfahrensordnung kann – je nach Ausgestaltung – auch eine erhebliche präventive, d. h. insolvenzvermeidende Wirkung zukommen.<sup>46)</sup>

37 Historisch war die Insolvenz nicht selten mit einer Schuldnechtschaft, welche bisweilen in der Personal-/Totalexecution mündete, verbunden.<sup>47)</sup> Auch wenn später der Übergang von der Personalexecution zur Realexecution vollzogen wurde, war die Insolvenz auch in jüngerer Zeit noch mit einem gewissen Makel versehen,<sup>48)</sup> geht heute von der Insolvenzordnung nicht mehr die erforderliche generalpräventive Wirkung aus.<sup>49)</sup> Die Haftung müsste so eingestellt sein, dass der potentielle Schädiger den wirtschaftlichen Anreiz hat, Schäden zu vermeiden, deren Kosten höher sind als die Kosten möglicher Sorgfaltsmaßnahmen, durch deren Einsatz sie verhindert werden wären. Hängt i. R. der Verschuldenshaftung die Haftung vom Verstoß gegen eine Sorgfaltspflicht ab, wird der potentielle Schädiger darum bemüht sein, den rechtlich vorgegebenen Sorgfaltsmaßstab einzuhalten. Im Rahmen der Gefährdungshaftung wird der Akteur bemüht sein, kostenträchtige Schadenfälle durch Sorgfaltsmaßnahmen zu vermeiden. Er wird hierbei aber den Sorgfaltsaufwand solange aus-

46) Als „Testmarkt“ kann der Markt der Schiffsfonds bezeichnet werden. Obwohl zahlreiche Schiffe neben OPEX Zins und Tilgung nicht erwirtschaften, wird keine Insolvenz beantragt, weil dann die Gesellschafter die Ausschüttungen gemäß § 172 Abs. 4 HGB zurückführen müssten und auch noch weitere gesellschafts- und insolvenzrechtlich interessante Bereiche abgeprüft werden, vgl. Handelsblatt v. 17.11.2011, Vielen Schiffsfonds droht die Insolvenz, abrufbar unter: <http://www.handelsblatt.com/finanzen/fonds/nachrichten/geringe-charterraten-vielen-schiffsfonds-droht-die-insolvenz/5860256.html> (Abrufdatum 28.10.2012).

47) *Uhlenbruck*, Zur Geschichte des Konkurses, DZWIR 2007, 1.

48) Personen, die in Vermögensverfall geraten sind, sollen nach neuem Recht nicht zu ehrenamtlichen Richtern oder Schöffen berufen werden, § 21 Abs. 2 Satz 2 ArbGG, § 17 Abs. 1 Satz 2 SGG, § 18 Abs. 2 FGO, § 21 Abs. 2 VBGO, § 33 Nr. 5, § 109 Abs. 3 Satz 2 GVG.

49) Dieses mag auch mit einem Ausstattungs- und Vollzugsdefizit bei der zuständigen Staatsanwaltschaft, ggf. auch einem Nord-Süd Gefälle zusammenhängen. Legendar war jedoch das Erlebnis, als der Verfasser einen anwaltlich begleiteten Schuldner darauf hinwies, dass er gerade ein Bankrottdelikt in nicht geringem Umfang begehe, der Anwalt seinen Mandanten „beruhigte“, dass so etwas in diesem Sprengel nicht bestraft würde. Die Polizeistatistik weist für 2011 nur 39 (16) Fälle des besonders schweren Bankrotts und 3732 (3724) Fälle des einfachen Bankrotts aus.

dehnen, bis die Kosten einer weiteren Sorgfaltsmaßnahme größer sind, als die dadurch vermiedenen Schäden.<sup>50)</sup>

38 Ziel der Generalprävention ist die Einübung von Rechtstreue, indem der Bürger Vertrauen in das Recht gewinnt, wenn dieses durchgesetzt wird. Schließlich dient die Bestrafung der Befriedigung bzw. der Stabilisierung der Normenerwartung.<sup>51)</sup> Unter anderem aufgrund erheblicher Vollzugsdefizite kann kein entsprechender Verfolgungsdruck aufgebaut werden. Weil Aufklärungs- und Strafdrohung einen nicht ausreichenden Druck aufbauen, ist das vermehrte Auftreten von gewerbsmäßig handelnden Tätern, die planmäßige Unternehmen in die Insolvenz führen, um durch sog. „Asset-Stripping“ sich auf Kosten der Gläubiger und der Allgemeinheit zu bereichern, festzustellen. Insolvenzen werden häufig erst deutlich verspätet beantragt, wobei diese auch heute noch teilweise als „nicht eröffnenbar“ beratungsrechtlich gesteuert werden.<sup>52)</sup> Weil von der Insolvenzordnung heute keine generalpräventive Wirkung mehr ausgeht und Bankrottrafaten – anders als in angelsächsischen Staaten<sup>53)</sup> – heute nicht mehr angemessen bestraft werden, werden wirtschaftliche Gestaltungen immer risikoreicher.

### 5. *Ordre public und Beordnung von wirtschaftlichen Missständen*

39 Die im politischen Umfeld teilweise als „Heuschrecken“ titulierten Hedge-Fonds streben – wie auch andere Stakeholder – nach unbedingter wirtschaftlicher Optimierung ihres Einsatzes. Die Renditesteigerung wird u. a. bewirkt durch die Hebelung des Eigenkapitaleinsatzes und die Nutzung von Fremdkapital. Dieses führt häufig dazu, dass die Unternehmen unter einer Schuldenlast zusammenbrechen und ein De-leveraging<sup>54)</sup> erfolgen muss. Dann ist es für einen „2. Aufguss“ vorteilhaft, auf dem diverseat zu bleiben. Bei einer rein finanzwirtschaftlichen Sanierung müssen dann die Finanzierungs-gläubiger häufig Einschnitte befürchten, wobei man dann häufig auf

50) *Wagner* in: MünchKomm-BGB, Bd. 5, 5. Aufl. 2009, Vor § 823 Rz. 41 ff.

51) *Jocobs* in: MünchKomm-StGB, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, Einl. Rz. 65.

52) *Uhlenbruck*, DZWIR 2007, 1, 3. Bereits zu Zeiten der KO wies *Joachim Kilger* mit zynischem Unterton darauf hin, dass der Kenner nicht mehr Konkurs, sondern masselos Konkurs machen würde.

53) Die *Enron* Verantwortlichen wurden bspw. zu langjährigen Haftstrafen (> 5 Jahre) verurteilt. *WorldCom* Chief *Ebberts* zu 25 Jahren Haft.

54) Vgl. *Westphal/Kraupp*, Die Sanierung deutscher Gesellschaften über ein englisches Scheme of Arrangement, ZIP 2011, 2033 f.

das angelsächsische Recht und das scheme of arrangement ausgewichen ist. Begründet wurde dieses damit, dass in Deutschland in der Praxis ein Sanierungshindernis bestünde, da »grundlegende Verfahrensentscheidungen nicht vorhersehbar sind und deshalb die Sanierung i. R. eines Insolvenzverfahrens nicht zuverlässig planbar ist«.<sup>55)</sup> Die »Flucht vor der gemeinschaftsrechtlichen Verantwortung wird in der aufkommenden Literatur auch unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs und dem Verstoß gegen den ordre public behandelt.«<sup>56)</sup>

40 Bekannt ist der Aphorismus »vor Gericht und auf hoher See ist man in Gottes Hand«. Diese bestehende Restunsicherheit bewirkt bei einem Kapitän, dass er sich besonders um den Zustand seines Schiffes kümmert und auf hoher See ggf. schwierige Wetterlagen rechtzeitig erkennt, umschiffet und/oder die Segel reißt. Kann der Kapitän jedoch das Ergebnis vorhersehen, wird er risikoreicher – zum Nachteil der anderen Beteiligten – agieren; es droht ggf. ein Moral Hazard.

41 Im Umkehrschluss bedeutet dieses, dass die Drohung mit dem unabhängigen Insolvenzverwalter bereits zu einem vorsichtigeren Umgang mit den betrieblichen Ressourcen führt, weil das Aufklärungs- und Verfolgungsrisiko steigt.<sup>57)</sup>

42 Die Berufung auf die Gläubigerautonomie hat in der Insolvenz seine Berechtigung für Großgläubiger verloren. Regelmäßig sind gerade die maßgeblich beteiligten Finanzgläubiger, wozu heutzutage nicht nur die Banken gehören, in der Krise kontaktiert und/oder haben über ihre Financial Covenants maßgeblichen Einfluss auf die wirtschaftlichen Geschehnisse genommen. Über ihre Insiderstellung waren sie regelmäßig anders als außenstehende Gläubiger, bspw. die Lieferanten, über den wahren Zustand des Unternehmens unterrichtet. Da erfordert es die Ordnungsaufgabe des Insolvenzrechts in der sozialen

55) Vgl. *Westphal/Janjub*, Zur Modernisierung des deutschen Sanierungsrechts, ZIP Beilage Heft 3/2008, S. 1; *Lüke/Scherz*, Zu den Wirkungen eines Solvent Scheme of Arrangement in Deutschland, ZIP 2012, 1101; A. Schmidt.-A. Schmidt, HambKomm-InsO, 4. Aufl. 2012, § 1 Rz. 14 ff.

56) *Lüke/Scherz*, ZIP 2012, 1101 f.

57) *Flöther*, ZIP 2012, 1833, stellt ein Junktim zwischen verspätetem Insolvenzantrag und Sorge der Geschäftsleitung um Ablösung her. M. E. ist die Aufklärungswahrscheinlichkeit und der mögliche zivil und strafrechtliche Verfolgungsdruck der maßgebliche Treiber; der Geschäftsführer, der keinerlei Sanktionen zu befürchten hat, hat auch keinen (externen) Anreiz zu entsprechendem Handeln. Vgl. *Bitter/Röder*, ZInsO 2009, 1283, wonach 2/3 aller Insolvenzen verspätet beantragt werden.

Marktwirtschaft gerade, dass ein gerechter Ausgleich geschaffen wird, der den Schwächeren schützt und den Rechtsfrieden bewirkt.<sup>58)</sup> Als schwächer ist in diesem Zusammenhang nicht nur der wirtschaftlich schwächere, sondern insbesondere auch der »Informationsoutsider«, der nicht über Insiderkenntnisse verfügt, zu bezeichnen.

Das Verlangen beteiligter Kreise, wegen einer maßgeblichen wirtschaftlichen Beteiligung verstärkte Mitwirkungsrechte in der Insolvenz zu erhalten, mutet merkwürdig an. Deutlich wird dieses insbesondere, wenn man den Sachverhalt auf einen kontradiktorischen Prozess überträgt: Ein Gläubiger, der am Abend vor einem Prozess zum Landgerichtsdirektor geht und vorbringt, er habe besonderes Interesse an dem Verfahren und habe deshalb den Richter gleich mitgebracht, wird von keinem Richter gehört.

Aus welchem Grund kann einem außenstehenden Gläubiger zugemutet werden, auf Grundsätze des »gesetzsmäßigen Richters (bzw. Insolvenzverwalters)«, sprich seiner Unabhängigkeit zu verzichten, obwohl sein Anspruch regelmäßig – anders als im kontradiktorischen Verfahren – zu einem sehr frühen Zeitpunkt feststeht. Mit anderen Worten: Der Gläubiger des kontradiktorischen Verfahrens, dessen Anspruch nicht feststeht erhält einen unabhängigen Richter, und kann den Anspruch eigenständig verfolgen, während der Gläubiger, dessen Anspruch (im Gesamtvollstreckungsverfahren feststeht bzw. einfach festgestellt wird) erhält keinen unabhängigen Richter und soll mit der Durchsetzung auch noch an den Akkord der Mehrheit der Gläubiger gebunden sein?

Das Modell der Gläubigerautonomie, wie es der Gesetzgeber der InsO zu Grunde gelegt hat, basiert auf einer falschen Modellannahme. Der Gesetzgeber hängt einem traditionellen gemeinschaftsrechtlichen Verständnis der Gläubigergemeinschaft in traditioneller Struktur nach. In der Allgemeinen Begründung zum Regierungsentwurf heißt

es,

»Ziel des Verfahrens muss die bestmögliche Verwertung des Schuldnervermögens und die optimale Abwicklung oder Umgestaltung der Finanzstruktur des Schuldners im Interesse seiner Gläubiger sein. Die einzelwirtschaftliche Rentabilitätsrechnung der Beteiligten folgt im gerichtlichen Verfahren denselben Realitätsgehaltspunkten wie bei einer außergerichtlichen Investitions- und Desinvestitionsrechnung. Ein marktkonformes Verfahren ist deshalb an den Vermögensinteressen der Gläubiger des Schuldners auszurichten.«<sup>59)</sup>

58) *Balz/Landfermann*, Die neuen Insolvenzgesetze, 1995, S. 8.

59) *Balz/Landfermann*, Die neuen Insolvenzgesetze, 1995, S. 11.



46 Dem liegt offensichtlich ein klassisches Marktmodell zu Grunde, in welchem alle Teilnehmer umfassend informiert sind, wirtschaftlich (zumindest quotal im Ausfall) vergleichbare Interessen haben und sich nach den Regeln des Leistungswertbewerbs verhalten und das Ergebnis in Form der Quote für alle gleich ist.<sup>60</sup>

47 Diese Modellannahme ist in mehrfacher Hinsicht fehlerhaft. Vordringlich haben alle Gläubiger ein vergleichbares Interesse, da sie die gleiche Quote erhalten (sollen). Tatsächlich ist die Quote jedoch für zahlreiche Gläubiger von untergeordneter Bedeutung, da bspw. auch Anfechtungsrisiken, die Entwicklung der Sicherheiten und weitere Partikularinteressen berücksichtigt werden. Ein Gläubiger, gleich ob öffentlich oder privat, hat ggf. kein Interesse an einer Eröffnung und/oder transparenten Überprüfung anfechtungsrelevanter Sachverhalte, weil ein solches Insolvenzverfahren in keiner Hinsicht seinen Vermögensinteressen entspricht.<sup>61</sup> Nicht berücksichtigt wurde auch, dass Gläubiger, bspw. distressed Investoren, eine andere (eigene) Rentabilitätsbetrachtung und divergierende Interessen haben. Ihr Einstiegspreis, die Verbundenheit mit dem Unternehmen und ihr Investmenthorizont unterscheiden sich sowohl zeitlich als auch inhaltlich maßgeblich von denen „traditioneller“ Gläubiger.

48 Auch der Hinweis auf die mit dem ESUG „gesteigerte“ Gläubigerautonomie ist ein Danaergeschenk. Regelmäßig wird der Schuldner mit nahestehenden, ihm besonders wichtigen, Gläubigern Kontakt aufnehmen und die Insolvenz vorbereiten.<sup>62</sup> Der „Informationsoutsider“ wird entweder nicht angesprochen oder die Kosten scheuen, sich in das Verfahren einzuarbeiten. Die Rechte der Informationsoutsider können nur in einem transparenten Verfahren mit einem unabhängigen Verwalter geschützt werden.

49 In der Praxis wird ein erheblicher Teil der freien Insolvenzmasse (rd. 1/3)<sup>63</sup> mit der Durchsetzung insolvenz- und gesellschaftsrechtlicher Ansprüche gegenüber Gesellschaftern, Organen und anderen

Stakeholdern generiert.<sup>64</sup> Diese haben regelmäßig ein Interesse, das sie sich durch die Insolvenz nicht noch weiter verschlechtern, d. h. „sicher geglaubtes“ wieder zurückzahlen müssen. Deshalb herrscht hier bisweilen eine hohe Sensibilität gegenüber unabhängigen Insolvenzverwaltern vor. Diese machen das Verfahren nicht „planbar“. Der Verwalter, der von einem Gläubiger (regelmäßig nach Vereinbarung o. Ä.) vorgeschlagen wird, wird eine „Beißhemmung“ entwickeln, die Hand, die ihn füttert, auch zu beißen“. Hier hilft ein Rechtsvergleich. In England, wo ein weitgehendes Vorschlagsrecht für den Insolvenzverwalter existiert, gibt es bspw. kaum Fälle der Haftung aufgrund Masseschmälerung.<sup>65</sup> Gesellschafter und Geschäftsführer haben nicht nur ein Interesse im driverseat zu bleiben, sondern auch, dass ihre Transaktionen nicht noch einmal unabhängig überprüft werden.

Der Gesellschafter kann seine Eigenkapitalrendite nur dadurch steigern, dass das Zielunternehmen höhere Gewinne macht, oder er bei gleichbleibenden Gewinnen das Eigenkapital reduziert. Das ist der Hintergrund für die neuen Finanzierungsstrukturen, wie bspw. das Leveraging. Der Aphorismus „der Einleger ist doch kein Reinleger“ bekommt in diesem Zusammenhang ganz neue Facetten.

Unzutreffend ist auch die Behauptung, dass der Konkurs das teuerste Schuldentilgungsverfahren sei. Diese Aussage ist nicht begründet. Dieses gilt auch, wenn man die Kosten des deutschen Insolvenzverfahrens mit den Beordnungsverfahren anderer Rechtsordnungen vergleicht. Vergleicht man die Aussagen über die unterschiedlichen Kosten, stellt man sehr schnell fest, dass hier „Äpfel mit Birnen“ verglichen werden. Während die in Deutschland veröffentlichten Studien – soweit bekannt – regelmäßig die Kosten ins Verhältnis zur freien Masse setzen und hier Prozentsätze zwischen 20 und 71 % benannt werden,<sup>66</sup> werden die direkten Kosten eines amerikanischen Insolvenzverfahrens mit Prozentsätzen zwischen 1 und 6,6 %, im Mittel 3,1 %, angegeben.<sup>67</sup> Übersehen wird dabei jedoch, dass die Bemessungsgrundlage dort nicht die freie Masse ist. Als Bemessungs-

64) Weiterführend A. Schmidt-A. Schmidt, *HambKomm-InsO*, 4. Aufl. 2012, § 35 Anl. H „Geschäftsführerhaftung“ und § 35 Anl. F, G „Zur Existenzvermischungshaftung und Vermögensvermischungshaftung“.

65) Studie des Office of Fair Trading: *The market for corporate insolvency practitioners*, 2010, abrufbar unter: [http://www.offt.gov.uk/shared\\_oftr/reports/insolvency/oftr1245](http://www.offt.gov.uk/shared_oftr/reports/insolvency/oftr1245) (Abrufdatum 29.10.2012); vgl. BAKInSO, Stellungnahme des BAKInso e. V. zur Studie des Office for Fair Trading, *ZInSO* 2010, 1793.

66) Vgl. *Friedl*, *ZInSO* 2011, 1913, 1919.

67) *Altman/Hotchkiss*, *Corporate financial distress and bankruptcy*, 3. Aufl., S. 94.

grundlage herangezogen wird der Buchwert der Verbindlichkeiten, ergänzt um den Marktwert des Kapitals, zum letzten, dem Insolvenzantrag vorausgegangenem Stichtag.<sup>68)</sup> Vergleichbar ist dieses näherungsweise mit der deutschen Bilanzsumme.<sup>69)</sup> Tatsächlich werden die immensen Kosten des amerikanischen Insolvenzrechts häufig dafür verantwortlich gemacht, dass kleinere Unternehmen nicht im Insolvenzverfahren reorganisiert werden.<sup>70)</sup>

### VII. *Nachteilige Eingriffe in den Grundsatz der par conditio creditorum*

52 *Siegfried Beck*, der Vorsitzende des VID, wies darauf hin, dass die InsO das Ziel der Förderung einer außergerichtlichen Sanierung verfehlt habe. § 75 AO sei nicht geändert worden, der Sanierungseindliche § 613a BGB genieße Artenschutz und der Sanierungsgewinn sei nach der Abschaffung des § 3 Nr. 66 EStG weiter zu versteuern, sofern nicht auf dem Verwaltungswege ein Billigkeitserlass durchgeführt würde.<sup>71)</sup> Kritisiert wurde auch, dass die Maßnahmen gegen die Massearmut nur unzulänglich greifen und die Verschärfung der Tatbestände der Zahlungsfähigkeit und der Überschuldung sowie die Schaffung des neuen Insolvenztatbestandes der „drohenden Zahlungsfähigkeit“ nicht zu einer früheren Insolvenzantragstellung führen würden. Unter Bezugnahme auf die historischen Entwicklungen hatte *Uhlenbruck*<sup>72)</sup> darauf hingewiesen, dass bereits in der preußischen KO und später in der österreichischen KO die überspannte Gläubigerautonomie zu abenteuerlichen Entwicklungen führte: „Die unerträglichste Verschleppung des Konkurses war die Folge“.

68) *Altman/Hotchkiss*, Corporate financial distress and bankruptcy, 3. Aufl., S 94.

69) Übertragen auf die *Karstadt-Insolvenz* würde dieses für die *Arcandor AG* zu Insolvenzkosten i. H. v. rd. 434 Mio. € und für die *Karstadt-Warenhaus GmbH* i. H. v. rd. 63 Mio. € führen.

70) Bei *Lehmann* wurde die Schallmauer von 1 Mrd. USD bereits im November 2010 durchstoßen, wie die FAZ am 23.11.2010 berichtet hat. Auch bei *Enron* wird geschätzt, dass die Kosten sich deutlich über 1 Mrd. USD belaufen, *Altman/Hotchkiss*, Corporate financial distress and bankruptcy, 3. Aufl., S. 93, wobei diese allein die Anwaltskosten von *Coughlin Stora Geller pp*, die die Kläger im Beratungsprozess vertraten, mit 688 Mio. USD angeben, *ABA/Journal v. 9.9.2008*, abrufbar unter: [http://www.abajournal.com/news/article/judge\\_approves\\_record\\_688m\\_attorney\\_fees\\_in\\_enron\\_securities\\_case/](http://www.abajournal.com/news/article/judge_approves_record_688m_attorney_fees_in_enron_securities_case/) (Abrufdatum: 29.10.2012).

71) Pikant ist, dass der Ministerpräsident des Saarlandes es erreicht hatte, die Abschaffung der Steuerfreiheit des Sanierungsgewinns solange herauszuzögern, bis das Vergleichsverfahren *ARBED Saarstahl* entsprechend beendet wurde.

72) *Uhlenbruck*, DZWIR 2007, 1, 3.

Anstatt die Funktionsfähigkeit der Insolvenzordnung zu stärken, hat der Gesetzgeber der Insolvenzordnung stattdessen den Grundsatz der *par conditio creditorum* noch weiter unterminiert.

54 Bezeichnend ist dabei der wiederholte Versuch, Vorrechte durch die Hintertür einzuführen. Ähnlich wie der Gesetzgeber der KO, der Konkursforderungen in den Rang von Masseverbindlichkeiten gehoben hat,<sup>73)</sup> hat der Gesetzgeber mit der Neuregelung des § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV bezweckt, die Anfechtung des Insolvenzverwalters gegenüber den Sozialversicherungsträgern erheblich einzuschränken.<sup>74)</sup> Die Sonderbehandlung der Sozialversicherungsträger scheiterte an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes.<sup>75)</sup> Bevorzugt wurden die Sozialversicherungsträger auch durch die Aufrechnungsregelung in § 51 SGB I. Danach ist es den Sozialversicherungsträgern noch möglich, nach Abschluss des Insolvenzverfahrens und erfolgter Restschuldbefreiung mit Insolvenzforderungen gegen Rentenanprüche des vormaligen Schuldners aufzurechnen.<sup>76)</sup>

55 Auch die Bemühungen, über das Vehikel der Umsatzsteuer die *par conditio creditorum* zu unterminieren, waren nicht weniger erfolgreich. Zu nennen sind hier insbesondere die BFH-Urteile vom 9.12.2010 als auch die gesetzgeberische Modifikation des § 55 Abs. 4 InsO, mit welcher Insolvenzforderungen systemwidrig in den Stand von Masseverbindlichkeiten gehoben werden.<sup>77)</sup>

73) Nach § 59 Nr. 3 KO wurden Forderungen von Arbeitnehmern, Handelsvertretern und Trägern der Sozialversicherungen aus dem Zeitraum der letzten sechs Monate vor Eröffnung des Konkursverfahrens als Massecredulden abgehandelt.

74) Vgl. *Leithaus/Krings*, Die fiktive Zuordnung der Sozialversicherungsbeiträge zum Vermögen des Arbeitnehmers gem. § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV n. F. – oder: Der misslungene Versuch des Gesetzgeber, die Sozialversicherungsträger im Insolvenzverfahren des Arbeitgebers zu privilegieren, NZI 2008, 393.

75) BGH, Urt. v. 8.12.2005 – IX ZR 182/01, ZIP 2006, 290 = NJW 2006, 1348; BGH, Beschl. v. 27.3.2008 – IX ZR 210/07, ZIP 2008, 747 = NJW 2008, 1335, dazu EWIR 2008, 313 (*Koza*).

76) LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 4.6.2009 – L 17 R 48/09; BeckRS 2009, 67277.

77) BFH, Urt. v. 9.12.2010 – V R 22/10, ZIP 2011, 782 = DStR 2011, 720, dazu EWIR 2011, 323 (*Mittlerner*); *Kahlert*, Die Neugeburt eines Fiskusprivilegs im Insolvenzverfahren nach Art. 3 Nr. 2 und 3 des HBEG-G-E 2011, ZIP 2010, 1887; BFH, Urt. v. 8.3.2012 – V R 24/11, ZIP 2012, 684, dazu EWIR 2012, 289 (*Schmittmann*); *Kahlert/Onusseit*, Der V. Senat des BFH legt nach – Neue Entwicklungen im Umsatzsteuerinsolvenzrecht, DStR 2012, 334; *Hölzle*, Das Verhältnis von Insolvenzrecht und Steuerrecht, oder: Ist Steuern zahlen sittenwidrig?, BB 2012, 1571 ff; BMF v. 9.12.2011 – IV D 2 – S 7330/09/10001 : 001, BStBl. I 2011, 1273; *Kahlert/Schmidt*, Umsatzsteuerinsolvenzrecht im Lichte des BMF-Schreibens vom 9.12.2011, DB 2012, 197.

56 Die Insolvenzordnung ist Gemeinschaftsrecht. Mit der Beantragung des Insolvenzverfahrens hat der Schuldner gezeigt, dass er nicht in der Lage ist, den zahlreichen ihm obliegenden Pflichten und Obliegenheiten nachzukommen. Die Insolvenzordnung ist die Rechtsordnung, nach welcher die unterschiedlichen Rechte und Ansprüche in einem Knappheitsverfahren beordnet werden. Um einen entsprechenden Ausgleich zu ermöglichen, müssen dabei alle Ansprüche zurücktreten. Dieses gilt auch für die, die für sich gerne den Charakter eines Residualrechts in Anspruch nehmen.

57 Auch bei dem Einsatz der Insolvenzordnung als „Gestaltungsmittel“ wird bisweilen die Grenze zum Missbrauch<sup>78)</sup> überschritten, wie folgende abstrahierte und nachgebildete Sachverhalte zeigen:

1. Der Anbieter von Offshore-Bauten sucht eine Unterkunft für seine Mitarbeiter. Als kostengünstigste und einzig in Betracht kommende Lösung erscheint dabei ein Hotel, welches auf einer benachbarten Insel liegt. Der Hoteligentümer, eine GmbH, hat den Hotelbetrieb jedoch langfristig an eine nicht personidentische Betriebs-GmbH veräußert, welche bereits ihrerseits langfristig zahlreiche nicht kündbare Buchungsverträge mit Reiseveranstaltern etc. geschlossen hat. Es findet sich, dass die Eigentümer-GmbH noch Verbindlichkeiten des Gesellschafters übernimmt und dann in ein Insolvenzverfahren gesteuert wird. In dem sehr kurzen Insolvenzantragsverfahren beugt sich der vorläufige Insolvenzverwalter dem aufgebauten Druck und veräußert das Hotel unmittelbar nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens an den Offshore-Unternehmer. Dieser hatte erklärt, nur für eine kurzzeitige Veräußerung zur Verfügung zu stehen. Der Käufer macht unmittelbar nach Umschreibung des Grundstücks von seinem Sonderkündigungsrecht gemäß § 111 InsO Gebrauch und kündigt dem Pächter den langjährigen Pachtvertrag zum nächstmöglichen Termin. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Gläubigerversammlung bereits stattgefunden, zu welcher der Pächter nicht geladen war.

2. Ein Unternehmen schließt einen Sanierungsstarfvertrag mit der Gewerkschaft, nach welcher Lohnerhöhungen für zwei Jahre und Kündigungen für einen Zeitraum von fünf Jahren ausgeschlossen sind. Nach zwei Jahren beantragt das Unternehmen wegen drohender Zahlungsunfähigkeit die Eröffnung des Insolvenzverfahrens und legt einen Insolvenzplan vor, welcher einen erheblichen Personalabbau zur Folge hat. In dem Insolvenzplan wird ausgeführt, dass anderenfalls das Unternehmen nicht überlebensfähig sei und die Liquidation drohe. Es wird mit der kürzest möglichen Frist, § 113 InsO, gekündigt.

3. Ein Unternehmen, welches nach einer Übernahmefinanzierung stark „geleveraged“ ist, beantragt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens und legt einen Plan vor, welcher sich im Wesentlichen nur mit der Verabschiedung des Mezzanine/Nachrangkapitals befasst, da andere freie Vermögensgegenstände nicht vorhanden seien und ansonsten die Zerschlagung drohe. Auch dieses wird mit einem Prepacked-Plan umgesetzt. Gegenüber den Gläubigern wird ein erheblicher Zeitdruck aufgebaut, da der Eindruck verbreitet wird, dass ansonsten kein anderer

78) Vgl. FAZ v. 25.10.2012 „Insolvenzverwalter beklagen Missbrauch“, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/gesetzesaenderung-insolvenzverwalter-beklagen-missbrauch-11938668.html> (Abrufdatum: 8.11.2012).

Interessent bereitstünde und das Unternehmen kollabiere, wenn keine schnelle Lösung erreicht werde.

Bei Lektüre der vorgenannten Sachverhalte<sup>79)</sup> beschleicht einen ein 58 Störgefühl, welches besagt, dass hier die Insolvenzordnung missbraucht würde. Der Missbrauch geht in allen Fällen auf ein nicht offenes Insiderwissen zurück. Dieses Insiderwissen führt zu einer Informationsasymmetrie. Diese Informationsasymmetrie soll einseitig eine Begünstigung eines Stakeholders bewirken, ohne dass sie der Gläubigergemeinschaft transparent dargelegt wurde und/oder die betroffenen Gläubiger überhaupt die Möglichkeit gehabt haben, als Gläubiger an dem Insolvenzverfahren teilzunehmen. Sie werden folglich rechtsschutzlos gestellt.

### VIII. Rechtsfolgen

Die Insolvenzordnung dient der Haftungsverwirklichung i. R. einer 59 masseffizienten Verwertung. Dem redlichen Schuldner soll Gelegenheit gegeben werden, sich von seinen Verbindlichkeiten zu befreien, § 1 InsO<sup>80)</sup>.

Die Insolvenzordnung ist Kollisionsrecht. Mit Eröffnung des Ver- 60 fahrens ist festgestellt, dass der Schuldner nicht mehr in der Lage ist, allen ihm obliegenden Verpflichtungen umfassend nachzukommen. Dieses begründet den Übergang der Verfügungsmacht auf den Insolvenzverwalter. Die InsO dient der gemeinschaftlichen Befriedigung aller Gläubiger und gibt den Befriedigungsrahmen vor. Sie ist deshalb Kollisionsrecht *lex specialis*. Ihr gebührt gegenüber anderen Gesetzen der Geltungsvorrang.<sup>81)</sup> Als speziellere Normen gehen die Vorschriften der InsO den anderen Vorschriften vor, da die Vorschriften speziell für die Beordnung der Sachverhalte i. R. eines Insolvenzverfahrens geschaffen wurden. Die „derogat“-Regeln zum Gesetzesvorrang bewirken das endgültige Ausscheiden der zurückgesetzten Norm.

Neben den bekannten Auslegungskriterien wird verstärkt der Wille 61 des Gesetzgebers dahingehend zu berücksichtigen sein, dass es sich

79) Die Sachverhalte sind frei nachgebildet.

80) A. Schmidt-A. Schmidt, *HambKomm-InsO*, 4. Aufl. 2012, § 1 Rz. 16 ff; Balz/Landfermann, *Die neuen Insolvenzgesetze*, 1995, S. 70.

81) BVerfG, *Beschl. v. 13.1.1981 – 1 BvR 116/77*, ZIP 1981, 361, 364 = NJW 1981, 1431 welches von einer Gemeinschaftsgebundenheit spricht.

bei der InsO um Gemeinschaftsrecht – und nicht um einen Transmissionsriemen zur Optimierung eigener Interessen – handelt.

62 Das heißt, neben Wortsinn und Systematik, wäre daher nach dem Normzweck ausulegen, und zwar unter Beachtung subjektiver und objektiver Kriterien. Dieses vermag in Einzelfällen dazu führen, dass (wie in den Beispielfällen angelegt) einzelnen Gestaltungsrechten die Wirksamkeit versagt wird, insbesondere dann, wenn ein individueller und/oder institutioneller Rechtsmissbrauch vorliegt. Bei ihm geht es darum, dass sich aus einem Rechtsinstitut oder einer Rechtsnorm scheinbar ergebende Rechtsfolgen unter Umständen zurücktreten müssen, wenn sie zu einem mit Treu und Glauben unvereinbaren, schlechthin untragbaren Ergebnis führen.<sup>82)</sup>

63 In älterer Literatur wurde zur Unwirksamkeit führendes rechtsmissbräuchliches Verhalten angenommen, wenn sich der Kläger rücksichtslos über die Belange des Gegners hinwegsetzt und somit in einer den Gegner unangemessen schädigenden Weise die Befriedigung eigener Interessen durchsetzen will. Hierin liege rücksichtsloser, übermäßiger Eigennutz. Die rücksichtslose, nicht durch ein überwiegendes Eigeninteresse gerechtfertigte Geltendmachung von Rechten, durch die der Rechtsgegner jetzt oder künftig in unangemessener Weise benachteiligt werde, ist dem Betroffenen unzumutbar und verstoße deshalb gegen Treu und Glauben. Früher wurde dieses der Fallgruppe der *exceptio doli generalis* unterworfen. Ausreichend ist die objektive Unverhältnismäßigkeit um ein sonst legitimes Verhalten zur missbräuchlichen Verhaltensweise zu stem-  
peln.<sup>83)</sup>

#### IX. Resümee

64 Auch nach zwölf Jahren InsO und der 41. Änderung der InsO ist kein Ende der Dauerbaustelle abzusehen. Zahlreiche, bereits zu Zeiten der Konkursordnung und vom Gesetzgeber direkt verursachte Probleme, welche gemeinschaftsrechtlich zu einem ungerechtfertigten Ausgleich führen, sind nicht behoben. Durch massive Änderungen im wirtschaftlichen und rechtlichen Beziehungsumfeld der InsO und dem wirtschaftlichen Bewusstseinswandel wird die Insolvenz-

82) BGH, Urt. v. 3.12.1958 – V ZR 28/57, BGHZ 29, 6, 10; BGH, Urt. v. 27.10.1967 – V ZR 153/64, BGHZ 48, 396, 398.

83) Soergel/Siebert/Siebert/Knopp, BGB, 10. Aufl., § 242 Rz. 662.

ordnung vermehrt nicht nur als Gemeinschaftsrecht, zur Beordnung faillierter Unternehmen, sondern auch zur unmittelbaren Durchsetzung eigener wirtschaftlicher Interessen miss-(ge-)braucht. Die Gläubigerstruktur ist inhomogener geworden, von einem Gleichklang der Interessen kann nicht mehr ausgegangen werden. Während sich das Interesse einzelner Gläubiger auf die Quote beschränkt, haben andere Interesse daran, die Durchsetzung klassischer insolvenzrechtlicher Ansprüche gegen sich selbst zu vermeiden, während bspw. distressed Investoren gänzlich andere und vom Unternehmensinteresse völlig losgelöste Interessen verfolgen mögen. Zwischen den beteiligten bestehen Informationsasymmetrien, es gibt „Informationsinsider“ und es entsteht die Gefahr, dass diese Beteiligten das Verfahren zu eigenem Vorteil und zum Nachteil der anderen Beteiligten nutzen. Überlässt man nun das Insolvenzverfahren den „Gläubigerinteressen“ ohne einen unabhängigen Insolvenzverwalter zur Beordnung durch das Gericht einzusetzen, besteht die Gefahr, dass es keinen rechtstaatlich geordneten und wirtschaftlich gebotenen Ausgleich zwischen den Beteiligten gibt. Das Insolvenzverfahren hat sowohl seine Ordnungsfunktion als auch die dadurch entstehende generalpräventive Wirkung verloren.

Es ist nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber in der Lage ist, zeitnah rechts- und/oder wirtschaftspolitisch angebrachte Änderungen, die einen entsprechenden Ausgleich bewirken, umzusetzen. Deshalb sind die beteiligten Insolvenzverwalter, Gläubigerausschüsse und andere Stakeholder aufgefordert, die entsprechenden Sachverhalte ggf. erneut einer gerichtlichen Klärung zuzuführen, um zu verhindern, dass die Ineffizienz des Insolvenzverfahrens zu einer Domäne „des Rechts der Stärkeren“ bzw. „des Rechts des besser Informierten“ wird.

Prof. Dr. Georg Streit  
Rechtsanwalt

## 20 Monate ESUG

**Eine Zwischenbilanz zum neuen Sanierungsrecht für Unternehmen**



**20 Monate ESUG –  
Eine Zwischenbilanz zum neuen Sanierungsrecht für Unternehmen**

5. Österbergseminar am Freitag, den 11. Oktober 2013

Prof. Dr. Georg Streit, Rechtsanwalt

---

RECHTSANWÄLTE UND STEUERBERATER  
Berlin Brüssel Chemnitz Düsseldorf Frankfurt Hamburg Köln München Zürich

**Gliederung**

- A. Schutzschirmverfahren**
- B. Eigenverwaltung**
- C. Insolvenzplanverfahren**

---

RECHTSANWÄLTE UND STEUERBERATER  
Berlin Brüssel Chemnitz Düsseldorf Frankfurt Hamburg Köln München Zürich



## A. Schutzschirmverfahren

## Schutzschirmverfahren

- **Neu durch das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG), in Kraft getreten am 01.03.2012: Vorbereitung einer Sanierung (§ 270b InsO-ESUG):**
  - § 270b Abs. 1 InsO-ESUG: „Hat der Schuldner den Eröffnungsantrag bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung gestellt und die Eigenverwaltung beantragt, und ist die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos, so bestimmt das Insolvenzgericht auf Antrag des Schuldners eine **Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans. Die Frist darf höchstens drei Monate betragen.** Der Schuldner hat mit dem Antrag eine mit Gründen versehene **Bescheinigung** eines in Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers oder Rechtsanwalts oder einer Person mit vergleichbarer Qualifikation vorzulegen, aus der sich ergibt, dass **drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, aber keine Zahlungsunfähigkeit** vorliegt und die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist.“

## Schutzschirmverfahren

- Wichtig zu § 270b Abs. 1 InsO-ESUG:
  - Das **Schutzschirmverfahren** des § 270b InsO-ESUG **setzt für die jeweilige Gesellschaft einen Antrag (früher: Insolvenzantrag, neu durch das ESUG: Eröffnungsantrag) voraus**
  - **Eröffnungsantrag ist erst möglich, wenn drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vorliegen**
  - **Das Schutzschirmverfahren ist zwingend gekoppelt mit Eigenverwaltung und Insolvenzplan**
  - **Schutzschirmverfahren nur für max. drei Monate möglich**
  - **Nicht geregelt: öffentliche Bekanntmachung des Schutzschirmbeschlusses**

## Schutzschirmverfahren – Örtliche Zuständigkeit

- **Kein Konzerninsolvenzrecht: Eine Gesellschaft, ein Insolvenzverfahren**
- Örtlich zuständig ist ausschließlich das Insolvenzgericht, in dessen Bezirk der Schuldner seinen **allgemeinen Gerichtsstand** hat (§ 3 Abs. 1 Satz 1 InsO)
- Liegt der **Mittelpunkt einer selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit** des Schuldners an einem anderen Ort, so ist ausschließlich das Insolvenzgericht zuständig, in dessen Bezirk dieser Ort liegt (§ 3 Abs. 1 Satz 2 InsO) (**Center of Main Interest, COMI**).
- **Indizien für COMI:** Einheitliche strategische Unternehmensleitung, Rahmenverträge, Ausübung von Weisungsbefugnissen, Zentralfunktionen für Planung, Rechnungswesen, Informationstechnik, Einkauf, Personal, Kunden, ggf. EAV



## Schutzschirmverfahren – IDW ES 9

- Der **IDW (Institut der Wirtschaftsprüfer) Standard Bescheinigung nach § 270b InsO (IDW ES 9)** erläutert die Anforderungen an den mit der Bescheinigung Beauftragten, an den Umfang der durchzuführenden Tätigkeiten sowie an den **Inhalt der Bescheinigung**
- Beurteilung, ob das von den gesetzlichen Vertretern vorgelegte **Grobkonzept schlüssig ist**, ob die zugrunde liegenden Annahmen nachvollziehbar begründet werden und ob keine Gründe ersichtlich sind, die der Umsetzung aufgrund finanzieller und/oder personeller Ressourcen entgegenstehen
- Zur Prüfung von Zahlungsunfähigkeit und drohender Zahlungsunfähigkeit verweist der IDW ES 9 auf den IDW Prüfungsstandard Beurteilung eingetretener oder drohender Zahlungsunfähigkeit bei Unternehmen (IDW PS 800)
- Zur Prüfung von Überschuldung verweist der IDW ES 9 auf die Stellungnahme FAR 1/1996 Empfehlungen zur Überschuldungsprüfung bei Unternehmen
- IDW Standards sind eine gute Hilfestellung, aber **nicht rechtsverbindlich**

## Schutzschirmverfahren – Kein IDW S 6 Gutachten

- Für die Schutzschirm-Bescheinigung wird nicht die Qualität eines IDW S 6 Gutachtens „Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten“ verlangt. In der Gesetzesbegründung heißt es (Bundesrats-Drucksache 127/11, S. 59):
  - *„Die Bescheinigung muss mit Gründen versehen sein. **Hingegen wurde davon abgesehen, ein umfassendes Sanierungsgutachten entsprechend bestimmten formalisierten Standards zu verlangen, weil hiermit erhebliche Kosten verbunden sind** und damit insbesondere kleineren und mittleren Unternehmen der Zugang zu dem Verfahren nach § 270b InsO-E erheblich erschwert worden wäre.“*

## Schutzschirmverfahren – Vorläufiger Sachwalter

- **Neu durch das ESUG: Vorbereitung einer Sanierung** (§ 270b InsO-ESUG):
  - § 270b Abs. 2 InsO-ESUG: „In dem Beschluss nach § 270b Abs. 1 InsO bestellt das Gericht einen **vorläufigen Sachwalter** nach § 270a InsO [...]. Das Gericht kann von dem **Vorschlag des Schuldners** nur abweichen, wenn die vorgeschlagene Person offensichtlich für die Übernahme des Amtes nicht geeignet ist. [...]“

## Schutzschirmverfahren – Vorläufiger Sachwalter

- Wichtige Punkte zum vorläufigen Sachwalter:
  - **Aufsicht durch einen vorläufigen Sachwalter**
  - **Vorläufiger Sachwalter: Vorschlag des Schuldners (Zurückweisung des Vorschlags durch das Gericht nur, wenn der Vorgeschlagene offensichtlich ungeeignet ist)**
  - **Keine Gläubigerbeteiligung bei der Bestellung des vorläufigen Sachwalters**

## Schutzschirmverfahren – Vorläufige Maßnahmen

- § 270b Abs. 2 Inso-ESUG: „Das Gericht kann vorläufige Maßnahmen nach § 21 Abs. 1 und 2 Nr. 1a, 3 bis 5 anordnen; es hat Maßnahmen nach § 21 Abs. 2 Nr. 3 anzuordnen, wenn der Schuldner dies beantragt“
  - keine Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters und keine Auferlegung eines allgemeinen Verfügungsverbots möglich (da kein Verweis auf Nr. 1 und 2)
  - wichtig Nr. 3: Das Gericht kann Maßnahmen der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner untersagen oder einstweilen einstellen
  - u.a. Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses

## Schutzschirmverfahren – Masseverbindlichkeiten

- § 270b Abs. 3 Inso-ESUG: „Auf Antrag des Schuldners hat das Gericht anzuordnen, dass der Schuldner Masseverbindlichkeiten begründet. § 55 Abs. 2 gilt entsprechend.“
  - § 270b Abs. 3 Inso-ESUG erhielt die eben zitierte Fassung im Gesetzgebungsverfahren erst ganz zuletzt:
  - Der ursprüngliche Entwurf von § 270b Abs. 3 Inso-ESUG sah unter anderem vor, dass das Gericht die Anordnung nach § 270b Abs. 1 Inso-ESUG vor Ablauf der Frist aufhebt, wenn Zahlungsunfähigkeit eintritt
  - Die berechtigte Kritik am ursprünglichen Entwurf lautete: Dadurch wird der Schutzschirm „löchrig“: Nach Insolvenzantragstellung können die Gläubiger ihre Forderungen fällig stellen und dadurch die Zahlungsunfähigkeit herbeiführen (**„Das ESUG lockt das Unternehmen unter den Schutzschirm, und dann, wenn das Gewitter beginnt, zieht es den Schirm weg und lässt das Unternehmen im Regen stehen“**, vgl. Lischka lt. Sten. Bericht der 117. Sitzung des Deutschen Bundestags, 30.06.2011, Plenarprot. 17/117, S. 13456)

## Schutzschirmverfahren kein eigenständiges Sanierungsverfahren

- **Das Schutzschirmverfahren ist kein eigenständiges Sanierungsverfahren**
- Das Schutzschirmverfahren ist **zwingend gekoppelt mit Eigenverwaltung und Insolvenzplan**

## Schutzschirmverfahren – Praxishinweise

- **Konstruktives Verhältnis** Eigenverwaltung/Sachwalter sehr wichtig, „mitgebrachter Sachwalter“ ist sachdienlich
- **Frühzeitige Abstimmung** mit dem Insolvenzgericht dringend zu empfehlen

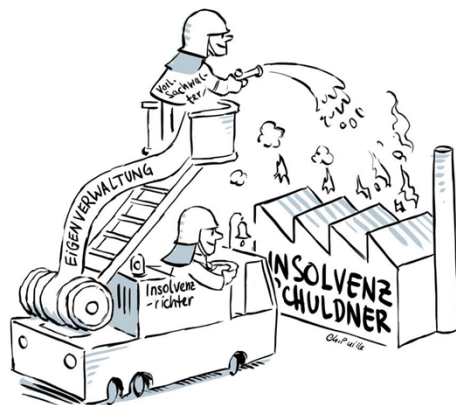
## Ausgangslage vor dem ESUG

- Unberechenbarkeit des Insolvenzverfahrens, befürchteter Kontrollverlust
  - Kaum Einfluss auf Insolvenzverwalterauswahl
  - Eigenverwaltung – Schwierigkeiten bei der praktischen Umsetzung (u.a. der Gestattung durch das Gericht)
- ➔ Folge: Frühzeitig gestellter Eröffnungsantrag blieb vor ESUG die Ausnahme

Vor dem  
**ESUG**



Nach dem  
**ESUG**



## Vor dem ESUG



## Nach dem ESUG



### Konkrete Maßnahmen des ESUG-Reformgesetzgebers

- Einfluss auf die Auswahl des (vorläufigen) Sachwalters / Insolvenzverwalters
- Begrenzte Erlaubnis der Vorbefassung
- **Schutzschirmverfahren** bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, nicht aber bei eingetretener Zahlungsunfähigkeit
  - Prämierung der frühzeitigen Antragstellung
  - Dadurch in der Praxis tatsächlich frühzeitige Eröffnungsanträge
  - Frühzeitige Sanierung zur Erhaltung der wirtschaftlichen Substanz
- Stärkung der Eigenverwaltung
- Stärkung des Insolvenzplanverfahrens u.a. durch eingeschränkte Rechtsmittel

## Vor dem ESUG



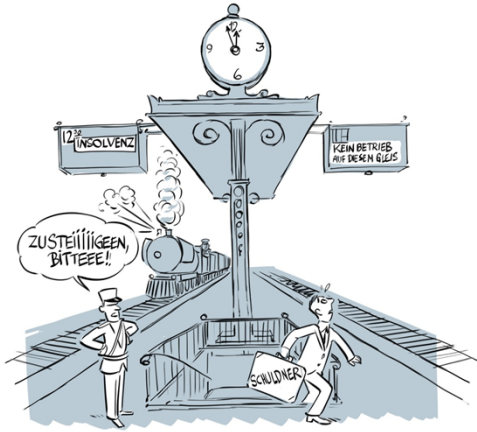
## Nach dem ESUG



## Das ESUG ist in der Praxis angekommen

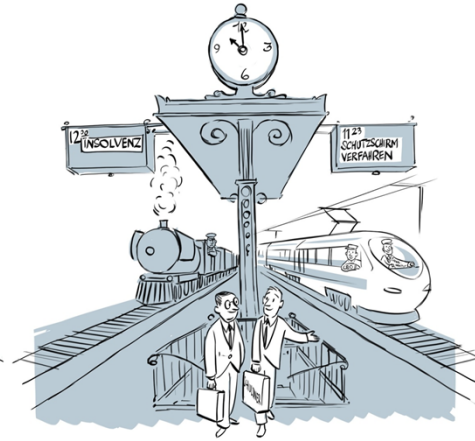
- Mehr als 500 Insolvenzverfahren unter dem neuen Gesetz (u.a. SIAG, Dailycer, Centrotherm, Neumayer Tekfor)
- Weit über 100 Schutzschirmverfahren
- Zahlreiche Eigenverwaltungen (Jahr 2011: nur 11)
- Erkennbar gestiegene Anzahl von Insolvenzplänen
- ➔ **Positive Resonanz: Die Neuregelungen werden in der Praxis angenommen und die ersten Fälle sind erfolgreich abgewickelt**

## Vor dem ESUG



21

## Nach dem ESUG



RECHTSANWÄLTE UND STEUERBERATER  
Berlin Brüssel Chemnitz Düsseldorf Frankfurt Hamburg Köln München Zürich

## Vor dem ESUG



22

## Nach dem ESUG



RECHTSANWÄLTE UND STEUERBERATER  
Berlin Brüssel Chemnitz Düsseldorf Frankfurt Hamburg Köln München Zürich



## Vorläufiger Gläubigerausschuss

### ■ **Neu durch das ESUG: Vorläufiger Gläubigerausschuss:**

#### ■ § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO:

**„Das Gericht kann insbesondere einen vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzen, für den § 67 Abs. 2 InsO und §§ 69 bis 73 InsO entsprechend gelten.“**

#### ■ § 67 Abs. 2 InsO (in der Fassung InsO):

**„Im Gläubigerausschuss *sollen* die absonderungsberechtigten Gläubiger, die Insolvenzgläubiger mit den höchsten Forderungen und die Kleingläubiger vertreten sein. Dem Ausschuss soll ein Vertreter der Arbeitnehmer angehören.“**

#### ➔ **Konkrete Besetzung im Ermessen des Gerichts**

## Vorläufiger Gläubigerausschuss

### ■ **Neu durch das ESUG:** Pflicht zur Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses:

#### ■ § 22a Abs. 1 InsO:

**„Das Insolvenzgericht hat einen vorläufigen Gläubigerausschuss nach § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO einzusetzen, wenn der Schuldner im vorangegangenen Geschäftsjahr mindestens zwei der drei nachstehenden Merkmale erfüllt hat:**

1. **mindestens 4.840.000 Euro Bilanzsumme nach Abzug eines auf der Aktivseite ausgewiesenen Fehlbetrags [...];**
2. **mindestens 9.680.000 Euro Umsatzerlöse in den zwölf Monaten vor dem Abschlussstichtag;**
3. **im Jahresdurchschnitt mindestens fünfzig Arbeitnehmer.“**

## Vorläufiger Gläubigerausschuss

### ■ Neu durch das ESUG:

#### ■ § 22a Abs. 2 InsO:

*„Das Gericht soll auf Antrag des Schuldners, des vorläufigen Insolvenzverwalters oder eines Gläubigers **einen vorläufigen Gläubigerausschuss nach § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO einsetzen, wenn Personen benannt werden, die als Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses in Betracht kommen und dem Antrag Einverständniserklärungen der benannten Personen beigefügt werden.**“*

## B. Eigenverwaltung



## Eigenverwaltung – Übersicht

- **Ohne Eigenverwaltung** verliert der Schuldner regelmäßig seine **Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis an den Insolvenzverwalter** (§ 80 InsO) (im Insolvenzeröffnungsverfahren ggf. an den „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter, §§ 21, 22 InsO)
- **Bei Eigenverwaltung verwaltet und verwertet der Schuldner die Insolvenzmasse selbst**, und zwar unter Aufsicht eines Sachwalters (§ 270 Abs. 1 Satz 1 InsO)

## Eigenverwaltung – Vorteile

- **Vorteile der Eigenverwaltung:**
  - Bei der Eigenverwaltung bleibt der Geschäftsführer „**Herr des Verfahrens**“ und ist nicht auf die Zustimmung eines Insolvenzverwalters angewiesen (-> **kein „Kontrollverlust“**). Der **Sachwalter** tritt anstelle des Insolvenzverwalters
  - **Optimale Nutzung von Unternehmens- und Branchenkenntnissen** des Schuldners
- **Risiko der Eigenverwaltung:** „Verschiebung“ von Massegegenständen -> sinnvoll ist Eigenverwaltung nur bei unzweifelhafter Vertrauenswürdigkeit des Managements

## Eigenverwaltung – Voraussetzungen

- **Voraussetzungen der Eigenverwaltung:**
  - **Keine Verzögerung, keine Nachteile für die Gläubiger nach den Umständen zu erwarten** (§ 270 Abs. 2 Nr. 3 InsO)
  - **Antrag des Schuldners** und bei Fremdsolvenzantrag Zustimmung des antragstellenden Gläubigers zum Schuldnerantrag auf Eigenverwaltung (§ 270 Abs. 2 Nr. 1 und 2 InsO)
- **Möglich: Eigenantrag wegen drohender Zahlungsunfähigkeit, gleichzeitige Vorlage eines Insolvenzplans mit dem Antrag auf Eigenverwaltung** (§§ 18, 218 Abs.1 S. 2, 270 ff. InsO)

## Eigenverwaltung – Voraussetzungen

- **Neu durch das ESUG: Voraussetzungen der Eigenverwaltung** (§ 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO):
  - *„dass keine Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird.“*
  - faktische Umkehrung des Regel- Ausnahmeverhältnisses
- **Neu durch das ESUG: Voraussetzungen der Eigenverwaltung** (§ 270 Abs. 3 InsO-ESUG):
  - *Vor der Entscheidung über den Antrag [auf Anordnung der Eigenverwaltung] ist dem vorläufigen Gläubigerausschuss Gelegenheit zur Äußerung zu geben, wenn dies nicht offensichtlich zu einer nachteiligen Veränderung in der Vermögenslage des Schuldners führt. Wird der Antrag von einem einstimmigen Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses unterstützt, so gilt die Anordnung nicht als nachteilig für die Gläubiger.“*

## Eigenverwaltung – Sachwalter

- Sicherung der Insolvenzmasse mittels **Überwachung des Schuldners durch den Sachwalter** (Prüfung der wirtschaftlichen Lage und der Geschäftsführung, § 274 Abs. 2 InsO)
- **Rechtsstellung des Sachwalters:**
  - Bestellung und Aufsicht durch das Insolvenzgericht
  - Haftung und Vergütung ähnlich einem Insolvenzverwalter
  - Der Schuldner soll nur mit Zustimmung des Sachwalters Verbindlichkeiten eingehen, die nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören (§ 275 Abs. 1 Satz 1 InsO)
  - Bei Verbindlichkeiten im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hat der Sachwalter ein Widerspruchsrecht (§ 275 Abs. 1 Satz 2 InsO)

## Eigenverwaltung – erleichterte Bestellung

- **Neu durch das ESUG: Bestellung eines vorläufigen Sachwalters möglich** (§ 270a Abs. 1 InsO-ESUG):
  - *„Ist der Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung nicht offensichtlich aussichtslos, so soll das Gericht im Eröffnungsverfahren davon absehen, 1. dem Schuldner ein vorläufiges Verfügungsverbot aufzuerlegen oder 2. anzuordnen, dass alle Verfügungen des Schuldners nur mit Zustimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind. **Anstelle des vorläufigen Insolvenzverwalters wird in diesem Fall ein vorläufiger Sachwalter bestellt**, auf den die §§ 274 und 275 InsO entsprechend anwendbar sind.“*

## Eigenverwaltung – Handlungsmöglichkeiten des Schuldners

- **Neu durch das ESUG: Erweiterte Möglichkeiten des Insolvenzschuldners, den Ablauf des Verfahrens zu kontrollieren** (§ 270a Abs. 2 InsO-ESUG):
  - *„Hat der Schuldner den Eröffnungsantrag bei drohender Zahlungsunfähigkeit gestellt und die Eigenverwaltung beantragt, sieht das Gericht jedoch die Voraussetzungen der Eigenverwaltung als nicht gegeben an, **so hat es seine Bedenken dem Schuldner mitzuteilen und diesem Gelegenheit zu geben, den Eröffnungsantrag vor der Entscheidung über die Eröffnung zurückzunehmen.**“*

## Eigenverwaltung – Kompetenzen bei Eigenverwaltung

- **Neu durch das ESUG: Klarstellung der Kompetenzen bei Eigenverwaltung** (§ 276a InsO-ESUG):
  - *„Mitwirkung der Überwachungsorgane. Ist der Schuldner eine juristische Person oder eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, so haben **der Aufsichtsrat, die Gesellschafterversammlung oder entsprechende Organe keinen Einfluss auf die Geschäftsführung des Schuldners.** Die Abberufung und Neubestellung von Mitgliedern der Geschäftsleitung ist nur wirksam, wenn der Sachwalter zustimmt. Die Zustimmung ist zu erteilen, wenn die Maßnahme nicht zu Nachteilen für die Gläubiger führt.“*



## C. Insolvenzplanverfahren

## Verhältnis von Schutzschirm- und Insolvenzplanverfahren

- Das Schutzschirmverfahren ist **kein eigenständiges Sanierungsverfahren**
- Das Insolvenzgericht setzt die Frist von höchstens drei Monaten **zur Vorlage eines Insolvenzplans** (§ 270b Abs. 1 Sätze 1 und 2 InsO)
- **Nach Ablauf der Frist entscheidet das Insolvenzgericht über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens** (§ 270b Abs. 4 Satz 3 InsO)
- **Ohne Insolvenzplan gibt es ein Regelinsolvenzverfahren** (wenn die sonstigen Voraussetzungen dafür vorliegen)
- Die vom Insolvenzgericht gesetzte Frist zur Vorlage des Insolvenzplans ist **keine Ausschlussfrist**. Der Insolvenzplan kann auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens fertig gestellt werden

## Zielsetzung von Insolvenzplänen

- Erzielung des **optimalen Unternehmenswertes / Kaufpreises** für die Stakeholder
- **Erhaltung des Rechtsträgers** und dadurch Erhaltung von Listings, Kunden- und Lieferantenverträgen, Ermöglichung von Share Deals durch Sanierungsplan (Restrukturierung von Unternehmen **und** Rechtsträger)
- Im Insolvenzplan können die Beteiligten Regelungen treffen, die vom Regelinsolvenzverfahren abweichen:
  - **Höhere Quotenzahlungen** als im Regelinsolvenzverfahren
  - **Frühere Quotenzahlungen** als im Regelinsolvenzverfahren
  - Regelung zum Erhalt des Unternehmens

## Insolvenzplanverfahren – Plangestaltung

- Der Insolvenzplan gliedert sich in einen darstellenden und gestaltenden Teil sowie Anlagen (§ 219 InsO)
  - **Der darstellende Teil informiert** die Gläubiger und das Insolvenzgericht über Planziel und Planverlauf (§ 220 InsO)
  - **Der gestaltende Teil** (§§ 221 ff. InsO) enthält die Änderungen der Rechtsstellung der Beteiligten durch den Insolvenzplan



## Insolvenzplanverfahren – Gruppenbildung

- Die **Festlegung der Rechte der Beteiligten** erfolgt in **Gruppen** (Berücksichtigung gleichgelagerter Interessen)
- Zwingend ist die Bildung folgender Gruppen (§ 222 Abs. 1 InsO) (daneben weitere Gruppen möglich):
  - Absonderungsberechtigte Gläubiger (soweit der Insolvenzplan Eingriffe in ihre Rechte vorsieht)
  - Nicht nachrangige Insolvenzgläubiger
  - Daneben ist die Bildung weiterer Gruppen mit gleichartigen wirtschaftlichen Interessen möglich (sachgerechte Abgrenzung erforderlich)
- Besondere gesetzliche Regelungen für den Pensions-Sicherungs-Verein
- **Neu durch das ESUG:** Gruppe von Gesellschaftern, wenn deren Anteile in den Plan einbezogen werden (§ 222 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 InsO)

## Insolvenzplanverfahren – Gleichbehandlung innerhalb einer Gruppe

- **Innerhalb** einer Gruppe gilt der **Grundsatz der Gleichbehandlung** (§ 226 Abs. 1 InsO)
- **Kein Gleichbehandlungserfordernis *zwischen*** den einzelnen **Gruppen**

## Insolvenzplanverfahren – Plangestaltung

- Üblich: **Schuldenerledigung gegen Quotenzahlung gemäß Insolvenzplan**
- Üblich: Die Gläubiger erhalten im Rahmen des Insolvenzplanverfahrens eine **quotale Bezahlung** ihrer Forderungen
- Üblich: **Im Übrigen verzichten** die Gläubiger im Rahmen der Planregelungen auf ihre, die Quotenzahlung übersteigenden Forderungen
- Denkbar: **Plandotierung** (z.B. durch den Gesellschafter und/oder durch einen Investor) zum Zweck der Bezahlung der Gläubigerquoten
- Im Fall des Regelinsolvenzverfahrens stehen Mittel aus einer Plandotierung nicht für die Bezahlung von Gläubigern zur Verfügung
- **Neu durch das ESUG:** Möglichkeit der **Einbeziehung von Anteilen an der Gesellschaft** in den Insolvenzplan, z.B. Anteilsübertragung, Debt-Equity-Swap (§§ 217 Satz 2, 225a InsO)

## Insolvenzplanverfahren – Regelungen nur, soweit Eingriff in Rechte

- Grundsätzlich keine Regelungen zu folgenden Beteiligten:
  - **Massegläubiger**
  - **Aussonderungsberechtigte** (diese „holen“ ihre Vermögensgegenstände aus der Masse, § 47 InsO)

## Insolvenzplanverfahren – Vorprüfung durch das Insolvenzgericht

- Das Insolvenzgericht prüft folgendes (§ 231 InsO):
  - Planinitiativrecht
  - Gliederung und Inhalt des Plans
  - Erfolgsaussichten
- Bei Nichtzurückweisung: Stellungnahmen des Gläubigerausschusses und des Sachwalters (vgl. § 232 Abs. 2 InsO). Die Frist für die Stellungnahme soll zwei Wochen nicht überschreiten (§ 232 Abs. 3 InsO)

## Insolvenzplanverfahren – Erörterungs- und Abstimmungstermin

- In einer besonderen Gläubigerversammlung (**Erörterungs- und Abstimmungstermin**) wird innerhalb eines Monats über den Plan abgestimmt (§ 235 Abs. 1 InsO)
- Öffentliche **Bekanntmachung** des Termins, **Ladung** der Gläubiger etc. (§ 235 Abs. 2, 3 InsO)

## Insolvenzplanverfahren – Stimmrecht

- **Stimmrecht** von Gläubigern mit **angemeldeten** und **nicht bestrittenen** Forderungen (§§ 237, 77 InsO)
- **Kein Stimmrecht nachrangiger Gläubiger**
- Stimmrecht Absonderungsberechtigter, soweit sie auch Insolvenzgläubiger sind (nur für den Ausfall) (§ 237 Abs. 1 Satz 2 InsO)

## Insolvenzplanverfahren – Abstimmung, Obstruktionsverbot

- **Abstimmung** in den einzelnen **Gruppen** (§ 243 InsO)
- Der Insolvenzplan wird angenommen, wenn sich in jeder Gruppe eine Mehrheit nach Köpfen und Forderungssummen der abstimmenden Gläubiger findet (vgl. § 244 InsO)
- Auch wenn die erforderlichen Mehrheiten nicht erreicht worden sind, gilt die Zustimmung einer Gruppe als erteilt, wenn (§ 245 InsO)
  - die Angehörigen dieser Gruppe voraussichtlich nicht schlechter gestellt werden, als sie ohne den Plan stünden, wenn
  - sie angemessen an dem wirtschaftlichen Wert beteiligt werden, der auf der Grundlage des Plans den Gläubigern zufließen soll und wenn
  - die Mehrheit der Gruppen zugestimmt hat

## Insolvenzplanverfahren – Planbestätigung

- Nach der Annahme des Insolvenzplans durch die Beteiligten gem. §§ 244 ff. InsO und der Zustimmung des Schuldners bedarf der Plan der **Zustimmung durch das Insolvenzgericht** (§ 248 Abs. 1 InsO)
- Die gerichtliche Bestätigung ist zu versagen, wenn im Plan vorgesehene **Bedingungen** nicht erfüllt sind oder wesentliche **Verfahrensvorschriften** nicht beachtet wurden (§§ 249, 250 InsO)
- Planbestätigung erfolgt durch **Beschluss** des Insolvenzgerichts (§ 252 InsO)

## Insolvenzplanverfahren – Antrag auf Versagung der Planbestätigung

- Antrag auf **Versagung der Planbestätigung** gem. § 251 InsO (**Minderheitenschutz**):
  - **Ausdrücklicher Antrag erforderlich.** Allein die Abstimmung gegen den Plan ist nicht als Antrag zu werten
  - **Widerspruch** des antragstellenden Gläubigers gegen den Plan im Abstimmungstermin ist Voraussetzung für die Zulässigkeit des Antrags
  - Voraussichtliche **Schlechterstellung** dieses Gläubigers durch den Plan ist Voraussetzung für die Begründetheit des Antrags
  - **Neu durch das ESUG:** Der Antrag ist **abzuweisen, wenn** im gestaltenden Teil des Plans **Mittel** für den Fall **bereitgestellt werden**, dass ein Beteiligter eine Schlechterstellung nachweist. Ob ein Gläubiger Zahlung erhält, ist außerhalb des Insolvenzverfahrens zu klären (§ 251 Abs. 3 Satz 2 InsO). Dadurch **Beschleunigung des Insolvenzplanverfahrens**

## Insolvenzplanverfahren – Rechtsmittel gegen Planbestätigung

- **Sofortige Beschwerde** für Insolvenzgläubiger gegen die Planbestätigung, Voraussetzungen (§ 253 InsO):
  - **Hinweis** auf Notwendigkeit des Widerspruchs und der Ablehnung des Plans in der öffentlichen Bekanntmachung des Termins und in den Ladungen
  - Gläubiger stimmt gegen den Plan und widerspricht dem Plan im Abstimmungstermin
  - Gläubiger macht glaubhaft, dass er durch den Plan **wesentlich schlechter gestellt wird**, als er ohne einen Plan stünde und dass dieser Nachteil **nicht durch eine Zahlung** aus Mitteln **ausgeglichen werden kann**, die im gestaltenden Teil des Plans für diesen Fall bereitgestellt werden
  - **Unverzügliche Zurückweisung**, wenn das alsbaldige Wirksamwerden des Insolvenzplans vorrangig erscheint und weitere Voraussetzungen vorliegen

## Insolvenzplanverfahren – Wirkung der Planbestätigung

- Ist ein **Insolvenzplan rechtskräftig bestätigt**, so treten die im gestaltenden Teil festgelegten Wirkungen (**Rechtsänderungen**) für und gegen alle **Beteiligten** ein (§ 254 Abs. 1 InsO)
- Die Planwirkungen erfassen **auch Insolvenzgläubiger**, die ihre **Forderungen nicht angemeldet** haben und solche Beteiligte, die dem Plan widersprochen haben (§ 254b InsO)

## Insolvenzplanverfahren – Aufhebung des Insolvenzverfahrens

- **Aufhebung des Insolvenzverfahrens** nach Rechtskraft der Planbestätigung durch gesonderten Beschluss (§ 258 InsO)
- Vor der Aufhebung sind die unstreitigen fälligen **Masseansprüche zu berichtigen** und für die streitigen oder nicht fälligen Sicherheit zu leisten (§ 258 Abs. 2 Satz 1 InsO). Für die nicht fälligen Masseansprüche kann auch ein **Finanzplan** vorgelegt werden, aus dem sich ergibt, dass ihre Erfüllung gewährleistet ist (§ 258 Abs. 2 Satz 2 InsO)
- Mit der Aufhebung **enden die Ämter des Sachwalters** (grds.) und der Mitglieder des **Gläubigerausschusses** (vgl. § 259 Abs. 1 InsO)
- Die Gläubiger können aus dem **rechtskräftig bestätigten Insolvenzplan** in Verbindung mit der **Eintragung in die Tabelle** die **Zwangsvollstreckung** betreiben

## Insolvenzplanverfahren – Planüberwachung

- Der Insolvenzplan **kann** vorsehen, dass die **Planerfüllung überwacht** wird (§ 260 Abs. 1 InsO)
- Bei Verstößen gegen die Planerfüllung Anzeigepflicht des überwachenden Sachwalters gem. § 262 InsO (dann ggf. neuer Eröffnungsantrag)
- Aufhebung der Überwachung, soweit alle Ansprüche erfüllt sind bzw. seit Aufhebung des Insolvenzverfahrens 3 Jahre verstrichen sind, ohne dass ein neuer Eröffnungsantrag gestellt wurde (§ 268 InsO)



### Unsere Standorte





## Wir verfügen über Praxisgruppen in den Bereichen

- Arbeitsrecht
- Banking & Finance
- Energie
- Gesellschaftsrecht / M&A
- Health Care
- Immobilien – Bau – Vergabe
- Investment Fonds
- IP, Media & Technology
- Kapitalmarktrecht
- Kartellrecht
- Private Clients
- Private Equity / Venture Capital
- Prozessführung / Schiedsgerichtbarkeit
- Public Sector
- **Restrukturierung**
- Steuerrecht
- Transport – Schifffahrt – Logistik – Verkehr
- Umweltrecht – Environment, Health, Safety
- Versicherungsrecht - Rückversicherungsrecht
- Vertriebsrecht
- Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

## Restrukturierung

Die Experten von Heuking Kühn Lüer Wojtek unterstützen Sie aktiv dabei, Ihre Ziele als Unternehmen, Unternehmer oder Geschäftspartner durchzusetzen, wenn sich ein Unternehmen in der Krise befindet. Die beste Lösung einer solchen Krise ist in der Regel eine erfolgreiche Restrukturierung. Dabei geht unsere Beratung ganz bewusst weit über die Suche nach „fresh money“ hinaus.

Gemeinsam mit Ihnen und unserem erfahrenen Netzwerk an Wirtschaftsprüfern und Unternehmensberatern erarbeiten wir eine umfassende Strategie für eine erfolgreiche Restrukturierung und setzen diese um.



## Restrukturierung – Was andere über uns sagen

- JUVE Handbuch Wirtschaftskanzleien 2012/2013, S. 178:

*„Heuking Kühn Lüer Wojtek, München: Ein Aushängeschild bleibt die Restrukturierungspraxis um Prof. Dr. Georg Streit.“*

- JUVE Handbuch Wirtschaftskanzleien 2012/2013, S. 178:

*„Heuking Kühn Lüer Wojtek, Restrukturierung/Sanierung: Spielführer und Hauptakquisiteur bleibt der Münchner Partner Prof. Dr. Georg Streit. Ihm wird von wichtigen Wettbewerbern und Insolvenzverwaltern eine konstruktive Rolle in Sanierungsfällen attestiert.“*



## Restrukturierung – Was andere über uns sagen: JUVE Handbuch Wirtschaftskanzleien 2012/2013, S.563:

### Führende Namen im Bereich Restrukturierung/Sanierung

Dr. Helmut Balthasar	Görg
Kolja von Bismarck	Linklaters
Frank Grell	Latham & Watkins
Alfred Hagebusch	Wellensiek
Peter Hoegen	Allen & Overy
Dr. Leo Plank	Kirkland & Ellis
Dr. Stefan Sax	Clifford Chance
Dr. Sven Schelo	Linklaters
Dr. Andreas Spahlinger	Gleiss Lutz
Dr. Martin Stockhausen	Görg
→ Prof. Dr. Georg Streit	Heuking Kühn Lüer Wojtek
Dr. Lars Westpfahl	Freshfields Bruckhaus Deringer
Andreas Ziegenhagen	Salans

Die hier getroffene Auswahl der Personen ist das Ergebnis der auf zahlreichen Interviews basierenden Recherche der JUVE-Redaktion (siehe S. 14). Sie ist in zweierlei Hinsicht subjektiv: Sämtliche Aussagen der von JUVE-Redakteuren befragten Quellen sind subjektiv u. spiegeln deren eigene Wahrnehmungen, Erfahrungen u. Einschätzungen wider. Die Rechercheergebnisse werden von der JUVE-Redaktion unter Einbeziehung ihrer eigenen Marktkenntnis analysiert u. zusammengefasst. Der JUVE Verlag beabsichtigt mit dieser Tabelle keine allgemein gültige oder objektiv nachprüfbar Bewertung. Es ist möglich, dass eine andere Recherchemethode zu anderen Ergebnissen führen würde.



**Prof. Dr. Georg Streit**  
Rechtsanwalt, Partner und Leiter  
der Praxisgruppe Restrukturierung

**Heuking Kühn Lüer Wojtek**  
Prinzregentenstraße 48  
80538 München

**Tel.: 0049 (0) 89 / 540 31 227**

**Fax: 0049 (0) 89 / 540 31 527**

**E-Mail: [g.streit@heuking.de](mailto:g.streit@heuking.de)**

Prof. Dr. Georg Streit ist Equity Partner, Rechtsanwalt und Leiter der Praxisgruppe Restrukturierung bei Heuking Kühn Lüer Wojtek. Prof. Dr. Streit ist umfassend beratend und forensisch in allen Bereichen tätig, die durch den Themenkreis Krise/Sanierung/Insolvenz in juristischer Hinsicht angesprochen sind. Prof. Dr. Streit berät und vertritt Unternehmen in der Krise, Gläubiger in der Krise und Insolvenz des Schuldners, Investoren beim Kauf von in der Krise befindlichen oder aus Insolvenzverfahren heraus zu übernehmenden Unternehmen, Gesellschafter beziehungsweise das Management bei Transaktionen zur Krisenüberwindung bzw. Insolvenzvermeidung (Restrukturierung der Passivseite, Debt-Equity Swap, Treuhandmodelle etc.) bzw. im Schutzschirm- und Insolvenzplanverfahren, Vorstände und Geschäftsführer zur Vermeidung und Abwehr von straf- und haftungsrechtlichen Risiken sowie Private Equity Häuser bei der Krise von Portfolio-Gesellschaften (insbesondere Maßnahmen zur Restrukturierung der Passivseite). Prof. Dr. Streit ist Dozent für Insolvenzrecht und Sanierung an der Universität Mannheim (seit 2003). Prof. Dr. Streit ist Autor zahlreicher Veröffentlichungen zu insolvenzrechtlichen Themen.

RECHTSANWÄLTE UND STEUERBERATER  
Berlin Brüssel Chemnitz Düsseldorf Frankfurt Hamburg Köln München Zürich



**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit**

Heuking Kühn Lüer Wojtek  
[www.heuking.de](http://www.heuking.de)

RECHTSANWÄLTE UND STEUERBERATER  
Berlin Brüssel Chemnitz Düsseldorf Frankfurt Hamburg Köln München Zürich

Jan Gerrit Kehbel  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht

# Das geplante deutsche Konzerninsolvenzrecht

Prof. Dr. Edzard Schmidt-Jortzig  
Emeritierter Universitätsprofessor für Öffentliches Recht,  
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel,  
Bundesjustizminister a.D.,  
Mitglied des Deutschen Ethikrates

*Compliance*  
Ethik in der Wirtschaft

## Edzard Schmidt-Jortzig



geboren 1941

### Beruflicher Werdegang

- Studium der Rechtswissenschaft: 1966 Erstes Staatsexamen; 1970 Zweites Staatsexamen
- 1969 Promotion
- Kommunaljurist (Städtischer Assessor)
- 1977 Habilitation
- 1977 Universität Münster
- 1982 Universität Kiel (entpflichtet 2007)
- Richter im 2. Hauptamt: 1982 OVG Lüneburg; 1989 OVG Schleswig; 1992 VerfGH Sachsen
- 1994-2002 Abgeordneter des Deutschen Bundestages
- 1/1996-10/1998 Bundesminister der Justiz
- 2008 Berufung in den Deutschen Ethikrat durch den Präsidenten des Deutschen Bundestages, Vorsitz 2008-2012

### Mitgliedschaften

- Etlche berufsständische Vereinigungen
- Verschiedene Stiftungen
- Synode der Evangelischen Kirche in Deutschland (bis 2007)
- Enquete-Kommission Recht und Ethik der modernen Medizin (1998-2002) bzw. Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin (2002-2003)
- Unabhängige Kommission zu Fragen des Abgeordnetenrechts beim Deutschen Bundestag, Vorsitz seit 2011

### Ehrungen

- Verdienstkreuz 1. Klasse des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland

### Ausgewählte Publikationen

- Ethik. In: Igl/Welti, Gesundheitsrecht, 2012. § 50
- Institutionalisierung der Politikberatung am Beispiel des Deutschen Ethikrats. In: Festschrift für Hans Peter Bull, 2011. S. 365
- Menschenwürde und die Fortschritte der Medizintechnik. In: Menschenwürde und moderne Medizintechnik, 2010. S. 215
- Der verfassungsrechtliche Rahmen des ärztlichen Handelns. In: Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert, 2009. S. 87
- "Menschenwürde" als Zauberwort der öffentlichen Debatte. In: ZEE 2008. S. 50
- Zum Streit um die korrekte dogmatische Einordnung und Anwendung von Art. 1 Abs. 1 GG. In: Festschrift für Josef Isensee, 2007. S. 491
- Die DNA-Analyse. Ethische Perspektiven aus der Sicht des Verfassungsrechts. In: DÖV 2005. S. 732
- Die Verallgemeinerung des Außergewöhnlichen. In: Festschrift für Georg Ress, 2005. S. 1569
- Normative Grenzen für die humangenetische Forschung? In: Christiana Albertina 59/2004. S. 28
- Rechtsfragen der Biomedizin. Berlin, 2003
- Perspektiven der klinischen Sterbehilfe aus der Sicht des Rechts. In: Klinische Sterbehilfe und Menschenwürde 2003. S. 408
- In Verantwortung vor Gott und den Menschen. In: Nordelbische Stimmen 9/2002. S. 2
- Die Entpersönlichung des Sterbens. In: ZEE 2002. S. 20
- Systematische Bedingungen der Garantie unbedingten Schutzes der Menschenwürde in Art. 1 GG. In: DÖV 2001. S. 925

### Schwerpunkte des Engagements im Ethikrat

- Ethik und Recht
- Fragen des Verfassungsrechts

Prof. Dr. Gerhard Winter  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht  
Vorstandsmitglied der Arbeitsgemeinschaft der Fachanwälte für Steuerrecht e.V.

Unternehmensnachfolge  
im mittelständischen Bereich  
Steuerrechtliche Wertungen und Fallstricke

## **Unternehmensnachfolge im mittelständischen Bereich – Steuerrechtliche Wertungen und Fallstricke**

### **A. Einleitung**

Nicht selten wird behauptet, dass die mittelständischen Unternehmen Rückgrat der deutschen Wirtschaft sind.

Vielfach handelt es sich um inhabergeführte Unternehmen, die entweder von ihrem Gründer oder von Nachkommen des Gründers geführt werden.

Geht es um die Nachfolge bei mittelständischen Unternehmen, ist zunächst zu unterscheiden, ob eine Nachfolge innerhalb der Familie oder zwischen Fremden angedacht ist.

Häufig liegt es im Interesse des Inhabers, dass die Unternehmenstradition durch Familienmitglieder fortgeführt wird<sup>1</sup>. Eine Fortführung durch Familienmitglieder scheidet oft daran, dass entweder keine geeigneten Nachfolger vorhanden sind oder diese keine Lust haben, Arbeit, Verantwortung und Risiko auf sich zu nehmen.

In diesen Fällen bleibt den Inhabern nichts anderes übrig, als Ausschau nach einem passenden Unternehmensnachfolger zu halten.

---

<sup>1</sup> Vgl. Spiegelberger, Unternehmensnachfolge, 2. Auflage, Vorwort.



## **B. Unternehmensnachfolge zwischen Fremden**

Sofern kein geeigneter Nachfolger aus dem Familienkreis existiert, bleibt dem Inhaber eines mittelständischen Familienunternehmens lediglich die Möglichkeit, das Unternehmen zu liquidieren oder auf eine dritte Person zu übertragen.

In aller Regel wird ein Unternehmer Interessenten finden. Die Schwierigkeit liegt meistens in der Bewertung des Unternehmens und damit in der Preisfindung.

Für den Erwerb zwischen Fremden gelten die allgemeinen Regelungen. Insbesondere wird vermutet, dass sich fremde Personen nichts schenken wollen und somit in der Regel ein voll entgeltliches Geschäft vorliegt<sup>2</sup>.

Bei der Übertragung eines Unternehmens zwischen Fremden spielt daher regelmäßig lediglich die Ertragsteuer eine Rolle, das Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht kommt nur in Ausnahmefällen zur Anwendung.

Im Hinblick auf die steuerlichen Folgen der Übertragung auf einen fremden Dritten ist es von Bedeutung, in welcher Rechtsform das Unternehmen geführt wird.

Sofern das zu übertragende Unternehmen in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft geführt wird, wird der Gesellschafter in aller Regel seine Gesellschaftsanteile an der Kapitalgesellschaft an einen Dritten veräußern. Hierbei kommen die allgemeinen rechtlichen Regeln zur Anwendung.

Für die Ertragsbesteuerung gilt insbesondere, dass der Veräußerer den Veräußerungsgewinn zu versteuern hat. Die Besteuerung des Veräußerungsgewinns richtet sich bei im Privatvermögen gehaltenen Beteiligungen an Kapitalgesellschaften, die mindestens 1 % des Nennkapitals ausmachen, nach § 17

---

<sup>2</sup> BFH in BStBl. II 95, 693.

EStG<sup>3</sup>. Der Veräußerer erzielt somit bei Veräußerung seiner Anteile an der Kapitalgesellschaft in diesen Fällen gewerbliche Einkünfte – auch wenn er die Beteiligung in seinem Privatvermögen gehalten hat<sup>4</sup>. Der Veräußerungsgewinn ergibt sich aus dem Differenzbetrag zwischen dem Veräußerungspreis und den Anschaffungskosten der Beteiligung, vermindert um die Veräußerungskosten<sup>5</sup>.

Bei den Anschaffungskosten handelt es sich um die Kosten, die der Inhaber für seine Beteiligung aufgewendet hat, das kann der ursprüngliche Kaufpreis sein oder auch das von dem Gesellschafter in die Gesellschaft eingezahlte Kapital. Hinsichtlich des eingezahlten Kapitals sind sowohl offene Einlagen als auch verdeckte Einlagen zu berücksichtigen, auch wenn es sich dabei um nachträgliche Anschaffungskosten handelt<sup>6</sup>.

Der Veräußerungsgewinn unterliegt dem Teileinkünfteverfahren nach § 3 Nr. 40a iVm. § 3 c Abs. 2 EStG, so dass von dem Veräußerungsgewinn lediglich 60 % steuerpflichtig sind (soweit die Beteiligung unmittelbar von einer natürlichen Person als Anteilseigner gehalten wird)<sup>7</sup>.

Der Erwerber erwirbt Anteile an einer Kapitalgesellschaft.

Im Fall der Veräußerung eines Einzelunternehmens oder der Beteiligung an einer Personengesellschaft ermittelt sich der Veräußerungsgewinn bei dem Übertragenden aus dem Unterschiedsbetrag zwischen Veräußerungspreis und Buchwert seines Kapitalkontos zum Veräußerungsstichtag, wiederum abzüglich der Veräußerungskosten<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> Weber-Grellet in Schmidt, EStG, 32. Auflage, § 17 Rz. 12.

<sup>4</sup> Weber-Grellet in Schmidt, EStG, 32. Auflage, § 17 Rz. 1.

<sup>5</sup> Lang in Tipke/Lang, Steuerrecht, 20. Auflage, § 9 Rz. 197.

<sup>6</sup> Eilers / R. Schmidt in HHR, EStG/KStG, § 17 Anm. 190.

<sup>7</sup> Weber-Grellet in Schmidt, EStG, 32. Auflage, § 17 Rz. 190.

<sup>8</sup> Geissler in HHR, EStG/KStG, § 16 Anm. 55.

Der Veräußerer eines Einzelunternehmens oder eines Anteils einer Personengesellschaft kann im Falle der Veräußerung den besonderen Steuersatz gemäß § 34 Abs. 3 EStG in Anspruch nehmen. Diesen begünstigten Steuersatz kann er allerdings nur einmal im Leben beanspruchen, weitere Voraussetzung ist, dass er entweder das 55. Lebensjahr überschritten hat oder dauerhaft erwerbsunfähig ist. Der besondere Steuersatz beträgt 56% des durchschnittlichen Steuersatzes, er ist allerdings nur auf Einkünfte bis zu einer Höhe von insgesamt 5 Millionen Euro anwendbar.

Sollten die Voraussetzungen des § 34 Abs. 3 EStG nicht gegeben sein, kommt lediglich die Fünftel - Regelung gemäß § 34 Abs. 1 EStG zur Anwendung, die allerdings in vielen Fällen nicht zu einer Entlastung führt, da häufig neben den Einkünften aus der Betriebsveräußerung auch andere Einkünfte in einer Größenordnung vorliegen, die zur Anwendung des Spitzensteuersatzes führen.

Der Erwerber erwirbt die Wirtschaftsgüter des Einzelunternehmens oder die Anteile an der Personengesellschaft.

Selbstverständlich kann sowohl in den Fällen einer Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft als auch im Fall der Beteiligung an einer Personengesellschaft eine Übertragung durch Veräußerung von einzelnen Vermögensgegenständen erfolgen.

Im mittelständischen Bereich bevorzugt ein Erwerber häufig den Erwerb einer Beteiligung an einer Personengesellschaft. Dies liegt darin begründet, dass bei der Besteuerung von Personengesellschaften das Transparenzprinzip und nicht - wie bei der Besteuerung von Kapitalgesellschaften - das Trennungsprinzip gilt<sup>9</sup>.

Aus dem Transparenzprinzip folgt, dass der Kaufpreis des Erwerbers auf die Wirtschaftsgüter des erworbenen Unternehmens zu verteilen sind mit der Folge, dass

---

<sup>9</sup> Vgl. dazu Hey in Tipke/Lang, Steuerrecht, 20.Auflage, § 11 Rz. 1.

– soweit es sich um abschreibungsfähige Wirtschaftsgüter handelt – der Kaufpreis im Rahmen der jeweiligen betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer abgeschrieben werden kann<sup>10</sup>.

Der Kaufpreis von GmbH-Anteilen kann dagegen nicht planmäßig abgeschrieben werden. Hier kommt lediglich eine Teilwertabschreibung im Falle einer dauernden Wertminderung in Betracht (vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 EStG)<sup>11</sup>.

Für den Veräußerer dagegen ist die Veräußerung einer Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft im Regelfall günstig, da – wie bereits ausgeführt – lediglich 60 % des Veräußerungsgewinns steuerpflichtig sind (Veräußerung durch eine natürliche Person).

Auf Einzelheiten hinsichtlich der Veräußerung zwischen Fremden soll hier nicht eingegangen werden. Für den Veräußerer spezifische Problemstellungen ergeben sich in ähnlicher Form bei der Übertragung auf Angehörige.

Probleme können entstehen, wenn nicht das gesamte Betriebsvermögen auf einen Erwerber übertragen wird<sup>12</sup>.

Schließlich sei angemerkt, dass in den Fällen, in denen eine Nachfolge in der Weise vorbereitet werden soll, dass zunächst ein weiterer Gesellschafter aufgenommen wird, die Regelungen des Umwandlungssteuerrechts zu beachten sind. Nach der gesetzlichen Systematik handelt es sich auch in diesen Fällen um Veräußerungstatbestände, die auf Antrag und unter weiteren Voraussetzungen ertragsteuerlich neutral abgewickelt werden können.

---

<sup>10</sup> Vgl. BFH in BStBl. II 2006, 128.

<sup>11</sup> Vgl. dazu BFH in BStBl. II 1989, 737.

<sup>12</sup> Vgl. zur Problematik Geissler in HHR, EStG/KStG, § 16 Anm. 120ff.

## **C. Übertragung im Familienkreis**

Sofern es um eine Unternehmensnachfolge im Familienkreis geht, stellt sich zunächst die Frage, ob es um eine entgeltliche oder unentgeltliche Übertragung geht.

### **I. Entgeltliche Übertragung**

Im Falle der entgeltlichen Übertragung gelten die Grundsätze, die auch bei Übertragungen zwischen Fremden Anwendung finden. Voraussetzung ist jedoch, dass die Übertragungsverträge auch dem Fremdvergleichsmaßstab standhalten, das heißt, die Regelungen müssen dem entsprechen, was fremde Dritte miteinander ausgehandelt hätten.

Hier ist der Nachweis im Einzelfall schwierig. Sofern fremdübliche Regelungen nicht vorliegen, entsteht das Problem der Abgrenzung zwischen entgeltlichem, teilentgeltlichem und voll unentgeltlichem Geschäft.

In vielen Fällen wird die Regelung einer unentgeltlichen Übertragung im Familienbereich vorzugswürdig sein, da häufig der Gedanke im Vordergrund stehen dürfte, eine sich aus der Übertragung ergebende Steuerbelastung zu vermeiden.

Eine entgeltliche Übertragung hat zunächst einmal vordergründig den Vorteil, dass - sofern diese dem Fremdüblichkeitsmaßstab entspricht – die Schenkung- und Erbschaftsteuer nicht zu beachten ist.

Es sind daher nur ertragsteuerrechtliche Aspekte zu berücksichtigen.

Eine entgeltliche Übertragung im Familienkreis kann unterschiedliche Motive haben.

Nicht unüblich ist es, eine Liquiditätsbeschaffung und damit die Altersvorsorge für den Betriebsübergeber zu regeln. Hier kommt die entgeltliche Übertragung des Unternehmens in Betracht. Allerdings kann – wenn der Versorgungsgedanke im Vordergrund steht – die Versorgung des Betriebsübergebers auch durch eine unentgeltliche Betriebsübergabe im Wege der vorweggenommenen Erbfolge gegen Versorgungsleistungen erfolgen - in diesem Fall handelt es sich um ein voll unentgeltliches Geschäft.

Ein weiteres Motiv für die entgeltliche Übertragung kann sein, dass im Einzelfall eine entgeltliche Übertragung zu steuergünstigen Ergebnissen führt. Dies etwa in den Fällen, in denen der Betriebsübergeber den entstehenden Veräußerungsgewinn mit auf seiner persönlichen Ebene noch vorhandenen Verlustvorträgen verrechnen kann. Auch die Möglichkeit der Inanspruchnahme des 56%igen Steuersatzes gemäß § 34 Abs. 3 EStG kann in diese Überlegung mit einbezogen werden.

Vorteil für den Erwerber ist in diesem Fall, dass durch Zahlung des Kaufpreises Anschaffungskosten entstehen.

Hinsichtlich dieser Anschaffungskosten ist wiederum zu unterscheiden, ob der Erwerber Anteile an einer Kapitalgesellschaft oder Anteile an einem Einzelunternehmen oder einer Personengesellschaft erwirbt.

Im Falle des Erwerbs von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft hätte er dadurch erhöhte Anschaffungskosten, die für ihn im Falle der Veräußerung seiner Beteiligung oder im Falle der Liquidation von Vorteil sind.

Im Falle des Erwerbs eines Einzelunternehmens oder einer Beteiligung an einer Personengesellschaft hat er den Vorteil, dass die stillen Reserven aufgestockt werden und die aufgestockten Beträge – soweit es sich um abschreibungsfähige Wirtschaftsgüter handelt – abgeschrieben werden können.

## **II. Unentgeltliche Übertragung**

Zunächst ist zu unterscheiden, ob es sich um eine Übertragung zu Lebzeiten oder um eine Übertragung von Todes wegen handelt.

Vielfach sind mittelständische Unternehmen dadurch geprägt, dass der Gründer das Unternehmen als Patriarch solange führt, bis er sich dazu nicht mehr in der Lage fühlt. Nicht selten ist zu beobachten, dass der Unternehmensgründer die Leitung des Unternehmens oder aber zumindest die beherrschende Mehrheit am Unternehmen bis zu seinem Tod hält<sup>13</sup>.

Die Behandlung des Erwerbs unter Lebenden beziehungsweise im Todesfall führt jedoch grundsätzlich zu vergleichbaren Fragestellungen. Aus diesem Grunde wird im Wesentlichen auf die unentgeltliche Übertragung zu Lebzeiten eingegangen.

Bei einer unentgeltlichen Übertragung sind sowohl die ertragsteuerlichen als auch die schenkungsteuerlichen Auswirkungen im Auge zu behalten. Daneben ist zu unterscheiden, ob das Unternehmen im Ganzen übertragen werden soll oder ob der potentielle Nachfolger zunächst nur als zusätzlicher Gesellschafter aufgenommen wird. In Familienunternehmen ist es sehr häufig üblich, dass der Gründer bzw. Unternehmensleiter noch in Verantwortung verbleibt und ein potentieller Nachfolger langsam nachrückt.

Die grundsätzliche gesetzliche Wertung ist darauf ausgerichtet, eine unentgeltliche Übertragung von Betriebsvermögen im Bereich der Ertragsteuern steuerlich neutral und schenkungsteuerlich privilegiert zu ermöglichen<sup>14</sup>. Im Einzelfall ist jedoch Vorsicht geboten.

---

<sup>13</sup> Vgl. dazu die Ausführungen zur Problematik der Unternehmensnachfolge bei Spiegelberger, Unternehmensnachfolge, 2. Auflage, S. 5ff.

<sup>14</sup> Vgl. die Übersicht bei Spiegelberger, Unternehmensnachfolge, 2. Auflage, S. 17 ff. betreffend Einkommensteuer und S. 21 ff. betreffend Erbschaft- und Schenkungsteuer.

## **1. Unentgeltliche Übertragung aus ertragsteuerlicher Sicht**

### **a) Nachfolge in Kapitalgesellschaften**

Ertragsteuerlich hat die schenkungsweise Übertragung von Anteilen an Kapitalgesellschaften grundsätzlich keine Auswirkung. Der Beschenkte tritt in die Fußstapfen des Übertragenden ein und übernimmt dessen (gegebenenfalls anteiligen) Anschaffungskosten der Beteiligung.

Besonderheiten sind in den häufigen Fällen der Betriebsaufspaltung zu beachten.

Eine Betriebsaufspaltung liegt vor, wenn zwischen einem Besitzunternehmen und einer Betriebsgesellschaft eine sachliche und personelle Verflechtung vorliegt.

Eine sachliche Verflechtung liegt vor, wenn der Betriebsgesellschaft eine wesentliche Betriebsgrundlage zur Nutzung zur Verfügung gestellt wird<sup>15</sup>. Dies kann eine für den Betrieb notwendige Maschine, Lizenz oder aber auch ein Gebäude sein. Bei Gebäuden wird inzwischen in der Regel davon ausgegangen, dass es sich um eine wesentliche Betriebsgrundlage handelt, auch wenn die Gebäudefunktion für sich gesehen austauschbar ist<sup>16</sup>.

Eine personelle Verflechtung liegt vor, wenn der Inhaber der Besitzgesellschaft die Möglichkeit hat, seinen geschäftlichen Betätigungswillen sowohl in dem Besitzunternehmen als auch in der Betriebsgesellschaft durchzusetzen<sup>17</sup>. Handelt es sich um einen Alleingesellschafter einer GmbH, der seiner GmbH eine in seinem Privatvermögen befindliche Immobilie zur Nutzung zur Verfügung stellt, sind die Voraussetzungen einer Betriebsaufspaltung ohne weiteres gegeben, und zwar

---

<sup>15</sup> BFH in BStBl. II 1997, 569; BFH in BStBl. II 1993, 718.

<sup>16</sup> BFH in BStBl. II 2000, 621.

<sup>17</sup> BFH, GrS in BStBl. II 1972,63.



unabhängig davon, ob das Wirtschaftsgut entgeltlich oder unentgeltlich übertragen wird<sup>18</sup>.

Folge der Betriebsaufspaltung ist, dass die Anteile an der Betriebsgesellschaft notwendiges Betriebsvermögen des Besitzunternehmens werden und das Besitzunternehmen ein eigenes steuerliches Betriebsvermögen bildet<sup>19</sup>. Es handelt sich in diesem Fall folglich um zwei gewerbliche Betriebe<sup>20</sup>.

Daraus folgt, dass in den Fällen der Betriebsaufspaltung die Wirtschaftsgüter, die der Betriebsgesellschaft zur Nutzung zur Verfügung gestellt werden, steuerliches Betriebsvermögen des Besitzunternehmens werden.

Bei der Übertragung der Anteile an der Betriebsgesellschaft ist daher darauf zu achten, dass durch die Übertragung nicht eine vorhandene Betriebsaufspaltung ungewollt beendet wird oder eine nicht vorhandene Betriebsaufspaltung ungewollt entsteht (wobei bei letzterer Konstellation die eintretenden Folgen in aller Regel nicht unmittelbar gravierend sein dürften).

Es ist Vorsorge dafür zu treffen, dass keine ungewollten Entnahmen aus steuerlichem Betriebsvermögen aufgrund von Übertragungssachverhalten erfolgen.

Dem Interesse der Beteiligten entspricht es in aller Regel, die Aufdeckung stiller Reserven in diesen Konstellationen zu vermeiden.

Im Rahmen der Unternehmensnachfolge führt eine Betriebsaufspaltungskonstellation nicht selten zu Problemen.

---

<sup>18</sup> Vgl. BFH in BStBl. II 1998, 254; BFH in DStR 2000, 1426; a.A. Gluth in HHR, EStG/KStG, § 15 Anm. 812, der jedenfalls bei anfänglich unentgeltlicher Überlassung die Voraussetzung der sachlichen Verflechtung als nicht gegeben ansieht.

<sup>19</sup> Wacker in Schmidt, EStG, 32. Auflage, § 15 Rz. 870 mwN.

<sup>20</sup> Gluth in HHR, EStG/KStG, § 15 Anm. 770.

So ist es häufig gewollt, dass der potentielle Nachfolger des Unternehmens die Anteile an der Betriebsgesellschaft erhalten soll, die dem Unternehmen zur Nutzung zur Verfügung gestellte Immobilie dagegen entweder vom Betriebsübergeber zurückbehalten werden soll oder auf ein anderes Familienmitglied, das nicht an dem operativen Geschäft beteiligt wird, übertragen werden soll.

Wird jedoch durch Übertragung der GmbH-Anteile auf eine Person und Übertragung der Immobilie auf eine andere Person die Betriebsaufspaltung dadurch beendet, dass entweder die sachliche, die personelle oder beide Verflechtungen entfallen, führt dies zwangsläufig zur Entnahme des zur Verfügung gestellten Wirtschaftsgutes aus dem Besitzunternehmen sowie zur Entnahme der Anteile an der Kapitalgesellschaft aus dem Besitzunternehmen.

Diese Entnahmetatbestände führen zur Aufdeckung der stillen Reserven mit der Folge, dass die stillen Reserven, die auf den Anteilen und/oder auf den zur Nutzung zur Verfügung gestellten Wirtschaftsgütern ruhen, bei dem Betriebsübergeber zu versteuern sind.

Eine solche Folge kann dadurch verhindert werden, dass die steuerlich im Betriebsvermögen des Besitzunternehmens verhafteten Gegenstände vor Durchführung der Übertragungen auf ein anderes bzw. mehrere andere Betriebsvermögen überführt werden.

So wäre es in dem genannten Beispielfall denkbar, dass die in dem Besitzunternehmen befindlichen Wirtschaftsgüter vor Übertragung der Anteile durch den Betriebsübergeber in die Betriebsvermögen anderer Personengesellschaften überführt werden<sup>21</sup>. Eine solche Überführung ist im Regelfall zu Buchwerten durchzuführen, Hinweis auf § 6 Abs. 5 EStG.

---

<sup>21</sup> Gluth in HHR, EStG/KStG, § 15 Anm. 839; Wacker in Schmidt, EStG, 32. Auflage, Rz. 865.

**b) Nachfolge in Einzelunternehmen bzw. Personengesellschaften aus ertragsteuerlicher Sicht**

Hinsichtlich der unentgeltlichen Übertragung von Einzelunternehmen oder Anteilen oder Teilen von Anteilen an Personengesellschaften findet sich die ertragsteuerliche Grundwertung des Gesetzgebers in § 6 Abs. 3 EStG<sup>22</sup>.

In § 6 Abs. 3 EStG ist festgeschrieben, dass die unentgeltliche Übertragung eines Einzelunternehmens dazu führt, dass der Betriebsübernehmer die Buchwerte fortzuführen hat. Daraus folgt, dass auf Seiten des Übergebers kein Veräußerungstatbestand realisiert wird und beim Übernehmer im Gegenzug kein zusätzliches Abschreibungspotential entsteht.

Diese Grundwertung des § 6 Abs. 3 EStG gilt auch für den Fall der unentgeltlichen Aufnahme eines Gesellschafters in ein bestehendes Einzelunternehmen sowie für die unentgeltliche Übertragung von einem Mitunternehmeranteil bzw. einem Anteil an einem Mitunternehmeranteil.

Dies gilt nach § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG auch für die Fälle, dass Sonderbetriebsvermögen zurückgehalten wird – allerdings nur unter der Voraussetzung, dass dieses Sonderbetriebsvermögen weiterhin Sonderbetriebsvermögen derselben Mitunternehmerschaft bleibt. In diesen Fällen ist es darüber hinaus erforderlich, dass der neu eintretende Gesellschafter die Beteiligung mindestens fünf Jahre hält und sie nicht weiterveräußert oder aufgibt.

Sollte der Übernehmer innerhalb dieser Haltefrist veräußern, entsteht nachträglich ein rückwirkender Realisierungstatbestand auf Seiten des Übertragenden.

Vor Einführung des aktuellen § 6 Abs. 3 EStG bestand die Problematik bei der Aufnahme eines Gesellschafters in ein Einzelunternehmen oder bei der Übertragung

---

<sup>22</sup> Spiegelberger, Unternehmensnachfolge, 2. Auflage, S. 17.

eines Mitunternehmeranteils oder eines Teils eines Mitunternehmeranteils darin, dass das Zurückhalten von funktional wesentlichen Betriebsgrundlagen oder von gegebenenfalls vorhandenem funktional wesentlichem Sonderbetriebsvermögen des Übertragenden steuerschädlich war; funktional wesentliche Betriebsgrundlagen waren stets quotal mit zu übertragen, sofern die Aufdeckung stiller Reserven verhindert werden sollte.

§ 6 Abs. 3 EStG lässt nun ausdrücklich eine disquotale Übertragung zu. Dies allerdings nur unter den gerade genannten zusätzlichen Voraussetzungen.

Es ergibt sich somit hinsichtlich des Sonderbetriebsvermögens eine ähnliche Problematik wie in den Fällen der Betriebsaufspaltung.

Die Wertung des Gesetzgebers ist auch hier, dass eine Buchwertfortführung ohne weitere Voraussetzungen nur in den Fällen stattfinden soll, in denen das gesamte (steuerliche) Betriebsvermögen auf den Erwerber übergeht. Die Möglichkeit eines (steuerneutralen) Zurückhaltens von Sonderbetriebsvermögen ist nur in den Fällen vorgesehen, in denen auch der Übertragende weiterhin an der Personengesellschaft beteiligt bleibt.

§ 6 Abs. 3 EStG betrifft die Übertragung von Sachgesamtheiten. In Konkurrenz dazu treten die Regelungen des § 6 Abs. 5 EStG, in denen es dem Wortlaut nach im Wesentlichen um die Übertragung von Einzelwirtschaftsgütern geht. Insoweit ist teilweise streitig, ob § 6 Abs. 5 EStG ebenfalls auf die Übertragung von Sachgesamtheiten Anwendung findet. Inzwischen lässt die Finanzverwaltung im die in § 6 Abs. 5 Satz 1 und 2 EStG geregelten Überführungstatbestände allerdings auf Überführungsvorgänge von Sachgesamtheiten Anwendung finden, was eine Erweiterung von Gestaltungsmöglichkeiten bedeutet<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> BMF in BStBl. I 2011, 1279; zu den erweiterten Gestaltungsmöglichkeiten vgl. Demuth in Strahl/Demuth, Personengesellschaften, 2. Auflage, Rz. 76.

Auch im Rahmen von Beteiligungen an Personengesellschaften entsteht häufig das Problem, dass die im Sonderbetriebsvermögen des Übertragenden vorhandenen Wirtschaftsgüter - im Regelfall Immobilien – aus oben bereits genannten Gründen nicht auf die Person mitübertragen werden soll, die Gesellschafter der Personengesellschaft werden soll.

In diesen Fällen wären die Voraussetzungen des § 6 Abs. 3 EStG nicht gegeben mit der Folge, dass nicht das gesamte steuerliche Betriebsvermögen übertragen wird und es somit zur Entnahme des Sonderbetriebsvermögens kommt.

Dies führt jedoch nicht nur dazu, dass im Hinblick auf das entnommene Wirtschaftsgut die stillen Reserven aufzudecken sind, sondern dazu, dass auch sämtliche anderen stillen Reserven aufgedeckt werden, unabhängig davon, ob es sich um Wirtschaftsgüter der Gesamthand oder um solche des Sonderbetriebsvermögens handelt<sup>24</sup>.

Dies ist im Regelfall nicht gewollt.

Die Möglichkeit, das Sonderbetriebsvermögen im Vorfeld einer unentgeltlichen Übertragung auf eine andere gewerbliche Gesellschaft – gegebenenfalls auf eine gewerblich geprägte Personengesellschaft – zu Buchwerten zu übertragen (und zwar gemäß § 6 Abs. 5 EStG), hat die Finanzverwaltung als Gestaltungsmissbrauch angesehen. Sie ist der Ansicht, dass dies im Sinne der Gesamtplanrechtsprechung steuerschädlich ist<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Wacker in Schmidt, EStG, 32. Auflage, § 6 Rz. 650 mwN, insbesondere mit Hinweis auf BFH in BFHE 238; 135, in dieser Entscheidung wird eine kombinierte Anwendung der §§ 6 Abs. 3 und Abs. 5 Satz 3 EStG als möglich angesehen, allerdings entgegen der Ansicht der Finanzverwaltung, BMF in BStBl. I 2005, 458 Rz. 7, die dies als Verstoß gegen die Gesamtplanrechtsprechung wertet.

<sup>25</sup> BMF in BStBl. I 2005, 458, Rz. 7 unter Berufung auf das BFH-Urteil in BStBl. II 2001, 229. Die Ansicht der Finanzverwaltung war stets umstritten, so hat der BFH in seiner Entscheidung in BStBl. II 2005, 395 ausgeführt, dass die Gesamtplanrechtsprechung ausschließlich der Verwirklichung des Zwecks der Tarifbegünstigung gem. §§ 16, 34 EStG dient (Anwendung der Tarifbegünstigung bei zusammengeballter Realisierung stiller Reserven).

Der Ansicht der Finanzverwaltung hat der Bundesfinanzhof inzwischen in zwei Entscheidungen eine ausdrückliche Absage erteilt<sup>26</sup>. Beide Entscheidungen betrafen Konstellationen der vorgelagerten Übertragung von Sonderbetriebsvermögen in andere gewerbliche Einheiten.

Es kann somit davon ausgegangen werden, dass sich die Finanzverwaltung mit ihrer Ansicht nicht durchsetzen kann. Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass die Finanzverwaltung ihre Verwaltungsanweisungen bisher nicht angepasst hat und in diesen Konstellationen somit damit zu rechnen ist, dass es zum Streit kommen wird.

Teilweise wird vertreten, dass die Steuerschädlichkeit dadurch vermieden werden kann, dass sowohl das Gesamthandsvermögen als auch das Sonderbetriebsvermögen unentgeltlich auf den Übernehmer übertragen wird und ein Vorbehaltsnießbrauch hinsichtlich des Sonderbetriebsvermögens eingeräumt wird. Diese Meinung stützt sich darauf, dass es sich bei dem vorbehaltenen Nießbrauch nicht um ein Entgelt handelt und somit dieser Vorgang einer Anwendung des § 6 Abs. 3 EStG nicht im Wege steht<sup>27</sup>. Diese Meinung ist aber nicht unumstritten<sup>28</sup>.

Auf der sicheren Seite dürfte bis auf weiteres nur derjenige sein, der zumindest mit einer geringfügigen Beteiligung Gesellschafter der Personengesellschaft bleibt.

Die lange Zeit diskutierten weiteren ertragssteuerlichen Folgewirkungen bei unterquotaler bzw. überquotaler Mitübertragung des Sonderbetriebsvermögens sind weitgehend obsolet geworden, da der BFH inzwischen alle diese Konstellationen dem Anwendungsbereich des § 6 Abs. 3 EStG zuordnet<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Vgl. BFH in DStR 2012, 2118 und BFH in BStBl. II 2012, 648.

<sup>27</sup> Strahl in Strahl/Demuth, Personengesellschaften, 2. Auflage, S. 48.

<sup>28</sup> Wacker in Schmidt, EStG, 32. Auflage, § 6 Rz. 651 mit Hinweis auf die ungeklärte Entnahmeproblematik als Restrisiko.

<sup>29</sup> BFH in DStR 2012, 2118. Das Urteil ist noch nicht im BStBl. II veröffentlicht, die Finanzverwaltung vertritt bislang die Auffassung, dass die Übertragung des überquotalen Teils des funktional wesentlichen Sonderbetriebsvermögens in den Anwendungsbereich des § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 3 EStG fällt mit der Folge, dass bei Anwendung der (vom BFH inzwischen aufgegebenen) Trennungstheorie bei Vorhandensein stiller Reserven eine teilweise Gewinnrealisierung droht.

### **c) Vorweggenommene Erbfolge gegen Versorgungsleistungen**

Eine beliebte Gestaltungsvariante besteht in der vorweggenommenen Erbfolge gegen Versorgungsleistungen.

Eine solche kommt immer dann in Betracht, wenn mit der Übertragung des Unternehmens die Versorgung des Übertragenden gesichert werden soll.

Es handelt sich ertragsteuerlich um ein voll unentgeltliches Geschäft, wenn die Höhe der Versorgungsleistungen an dem Versorgungsbedarf des Übertragenden festgemacht wird. Der kapitalisierte Wert der Versorgungsleistungen sollte dabei nicht dem nach kaufmännischen Methoden ermittelten Kaufpreis des übertragenen Vermögens entsprechen, da in diesem Fall eine Veräußerung mit Kaufpreisstundung vorliegen könnte. Allerdings spricht nach der ständigen Rechtsprechung bei einer Übertragung von Eltern auf ihre Kinder eine nur im Einzelfall zu widerlegende Vermutung für den familiären und somit unentgeltlichen Charakter der Übertragung<sup>30</sup>.

Die Möglichkeiten der unentgeltlichen Übertragung im Rahmen vorweggenommener Erbfolge sind vom Gesetzgeber erheblich eingeschränkt worden, in den Fällen der Übertragung von Betriebsvermögen ist eine solche Gestaltung aber noch vorgesehen.

Die Versorgungsbezüge zählen bei dem Versorgungsempfänger zu den sonstigen Einkünften gem. § 22 Nr. 1b EStG, der die Versorgungsbezüge zahlende Betriebsübernehmer kann die Aufwendungen gem. § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG als Sonderausgaben abziehen. Der Sonderausgabenabzug ist jedoch nur noch möglich bei Übertragung eines Mitunternehmeranteils an einer Personengesellschaft, die eine Tätigkeit im Sinne der §§ 13, 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder § 18 Abs. 1 EStG

---

<sup>30</sup> z.B. BFH in BStBl. II 1989, 585.

ausübt, bei Übertragung eines Betriebs oder Teilbetriebs und bei der Übertragung eines mindestens 50%igen Anteils an einer Kapitalgesellschaft<sup>31</sup>.

Die Versorgungsleistung ist auf die Lebenszeit des Berechtigten zu gewähren und die Versorgungsleistungen müssen aus dem zu erwartenden Ertrag des übertragenen Betriebsvermögens finanzierbar sein (vor Berücksichtigung von AfA und Unternehmerlohn)<sup>32</sup>.

## **2. Erbschaft- und Schenkungsteuer**

Auch erbschaftsteuerlich sind Fallstricke zu beachten.

Das seit dem 01.01.2009 gültige Erbschaftsteuerrecht ist unter dem Eindruck des Beschlusses des Bundesverfassungsgericht vom 07.11.2006 entstanden, in dem das BVerfG die bis dahin gültige Fassung des Erbschaftssteuerrechts für verfassungswidrig erklärt hat<sup>33</sup>.

Grundwertung des neuen Erbschaftssteuerrechtes ist es, Betriebsvermögen zu entlasten. Im Vergleich zu den vorhergehenden Erbschaftsteuergesetzen ergeben sich jedoch erhebliche Unterschiede.

Das Bundesverfassungsgericht hatte moniert, dass im früheren Erbschaftsteuerrecht insbesondere Grundbesitz und Betriebsvermögen einer zu niedrigen Bewertung im Vergleich zu anderen Vermögensgegenständen unterlegen haben<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Vgl. dazu Spiegelberger, Unternehmensnachfolge, 2. Auflage, S. 16; ders. in DB 2008, 1063 mit erheblicher Kritik an der Neuregelung, Spiegelberger vertritt die Ansicht, „die systemwidrige Einschränkung ...“ trage „die Verfassungswidrigkeit auf der Stirn“.

<sup>32</sup> BMF in BStBl. I 2010, 227.

<sup>33</sup> BVerfG in BStBl. II 2007, 192.

<sup>34</sup> Vgl. Spiegelberger, Unternehmensnachfolge, 2. Auflage, S. 22.



Das Bundesverfassungsgericht hatte entschieden, dass auf einer ersten Stufe jedenfalls angestrebt werden müsse, dass hinsichtlich jeglicher Vermögensgegenstände ein Verkehrswert zu ermitteln ist.

Im Anschluss daran sei die Frage zu stellen, ob im Hinblick auf die ermittelten Verkehrswerte aus anderen Gründen Verschonungsabschläge gewährt werden können. Erst auf dieser Stufe könne der Gesetzgeber Lenkungsziele verfolgen<sup>35</sup>.

Durch die in den §§ 13a, 13b, 19a ErbStG vorgesehene Privilegierung von Betriebsvermögen soll die drohende Zerschlagung von Betriebsvermögen verhindert werden.

Hierbei sind jedoch einige Besonderheiten zu beachten, die es in dieser Form vor der Erbschaftsteuerreform nicht gab.

Im Wesentlichen geht es darum, dass lediglich operatives Betriebsvermögen verschont werden soll. Das sog. Verwaltungsvermögen, Hinweis auf § 13b Abs. 2 ErbStG, soll dagegen nicht von den Privilegien der Verschonungsregeln betreffend Betriebsvermögen profitieren.

Die Eckpunkte der Verschonungsregeln sehen wie folgt aus.

Die Regelverschonung sieht einen Bewertungsabschlag von 85 % vor, vgl. § 13b Absatz 4 ErbStG, allerdings unter der Bedingung, dass der Betrieb in ähnlichem wirtschaftlichen Umfang für die Zeitdauer von 5 Jahren fortgeführt wird. Dazu ist es – zumindest bei Betrieben mit mehr als 20 Mitarbeitern – erforderlich, dass innerhalb der ersten 5 Jahre nach dem Erwerb eine Mindestlohnsumme erreicht wird. Diese Mindestlohnsumme beträgt 400% der sog. Ausgangslohnsumme. Ausgangslohnsumme ist die durchschnittliche Lohnsumme der letzten fünf vor dem Zeitpunkt der Entstehung der Steuer endenden Wirtschaftsjahre, vgl. § 13a Abs. 1

---

<sup>35</sup> Tiedtke in Tiedtke, ErbStG, Einleitung Rz. 20, 21.

Satz 3 ErbStG. Sollte diese Quote nicht erreicht werden, würde die Verschonung nachträglich – zumindest anteilig – entfallen<sup>36</sup>.

Weitere Voraussetzung ist, dass der Betrieb nicht innerhalb einer 5-jährigen Behaltefrist veräußert wird, vgl. § 13a Absatz 5 ErbStG<sup>37</sup>.

Neben der Regelverschonung gibt es eine Antragsverschonung, die einen Bewertungsabschlag von 100% vorsieht. In diesen Fällen verlängert sich die Behaltefrist auf 7 Jahre und es ist eine Mindestlohnsumme von 700 % der Ausgangslohnsumme innerhalb der ersten sieben Jahre der Betriebsfortführung zu erreichen, vgl. § 13a Abs. 8 ErbStG.

Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass die Regelverschonung nur in den Fällen greift, in denen das Betriebsvermögen zu nicht mehr als 50% aus sog. Verwaltungsvermögen besteht. Die Antragsverschonung setzt dagegen voraus, dass das Betriebsvermögen zu maximal 10% aus Verwaltungsvermögen besteht, vgl. § 13 b Abs. 2 ErbStG bzw. § 13 b Abs. 2 ErbStG iVm § 13a Abs. 8 Nr. 3 ErbStG.

Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass liquide Mittel (Forderungen, Verbindlichkeiten und Geldbestände) zunächst in keiner Form dem Verwaltungsvermögen zugerechnet wurden, so dass insoweit Gestaltungsspielräume vorhanden waren. Die sich daraus ergebende Gestaltungsmöglichkeit der sog. Cash-GmbH ist jedoch durch das AmtshilfeRLUMsG vom 29.06.2013<sup>38</sup> entfallen, es ist somit nicht mehr möglich, größere Geldvermögen durch Einlage in ein Betriebsvermögen dem Bewertungsabschlag zu unterwerfen. Die Gesetzesänderung ist in § 13b Abs. 2 Nr. 4a ErbStG zu finden. Danach gehört der gemeine Wert des nach Abzug des gemeinen Werts der Schulden verbleibenden Bestands an Zahlungsmitteln, Geschäftsguthaben, Geldforderungen und anderen Forderungen,

---

<sup>36</sup> Ausführlich dazu: Reich/Voß/Striegel in Tiedtke, ErbStG, § 13a Rz. 12ff.

<sup>37</sup> Zu den Folgen von Verstößen gegen die Behaltefrist vgl. Reich/Voß/Striegel in Tiedtke, ErbStG, § 13a Rz. 75ff.

<sup>38</sup> BGBl. I 2013, 1809.

soweit er 20% des anzusetzenden Werts des Betriebsvermögens, des Betriebs oder der Gesellschaft übersteigt, zum Verwaltungsvermögen<sup>39</sup>.

Auch erbschaftsteuerlich ist darauf zu achten, dass übergehendes Vermögen privilegiert ist und nicht etwa durch die Übertragung zu Verwaltungsvermögen im Sinne des § 13b Abs. 2 ErbStG wird.

Insbesondere im Hinblick auf einer Gesellschaft zur Nutzung zur Verfügung gestellten Immobilien ist somit entscheidend, dass die Immobilien durch die Übertragung nicht zu Verwaltungsvermögen werden. Dies kann nur dadurch erreicht werden, dass diese Immobilien entweder Sonderbetriebsvermögen sind und bleiben oder aber auch nach Übertragung die Voraussetzungen der Betriebsaufspaltung vorliegen<sup>40</sup>.

Die Übertragung von Vermögensgegenständen in eine (bloß) gewerblich geprägte Personengesellschaft, wie sie in früheren Zeiten zum Erhalt der erbschaftsteuerlichen Privilegierung beliebt war, hilft im aktuellen Erbschaftsteuerrecht nicht weiter. Dieser Umstand erschwert Gestaltungen zum Teil erheblich.

Mögliche Ersatzgestaltungen, die etwa in der Übertragung der entsprechenden Vermögensgegenstände unter Vorbehalt des Nießbrauchs oder gegen Gewährung von Versorgungsleistungen bestehen können, sind den Beteiligten häufig schwierig zu vermitteln.

---

<sup>39</sup> Die Regelung ist gem. § 37 Abs. 8 ErbStG auf Erwerbe anzuwenden, für die die Steuer nach dem 06.06.2013 entsteht.

<sup>40</sup> Vgl. zu dem Risiko des Verlusts der erbschaftsteuerlichen Vergünstigungen bei Wegfall der Voraussetzungen der Betriebsaufspaltung auch Gluth in HHR, EStG/KStG, § 15 Anm. 838.

## **D. Fazit**

Der Steuergesetzgeber sieht sowohl im ertragsteuerlichen als auch im erbschaftsteuerlichen Bereich weitgehende Privilegierungen für die Unternehmensnachfolge vor. Dies gilt in erster Linie für den Bereich der unentgeltlichen Nachfolge, im Einzelfall aber für veräußerungsgleiche Vorgänge, soweit sie sich etwa im Anwendungsbereich des Umwandlungssteuerrechts bewegen.

Darin ist eine erhebliche Entlastung für den Mittelstand zu sehen. Im Einzelnen sind die Konstellationen jedoch schwierig, insbesondere ist darauf zu achten, dass die Verbindung von zivilrechtlichem Privateigentum und dem gesellschaftsrechtlichen Gesamthandsvermögen im Hinblick auf die steuerliche Verknüpfung im Rahmen des Betriebsvermögens in allen Konstellationen erhalten wird, um den drohenden Wegfall von Privilegierungen zu verhindern.

Ertragsteuerrechtliche und erbschaftsteuerrechtliche Regelungen laufen dabei leider nicht immer konform.

In vielen Fällen werden sich die Beteiligten zu einem Kompromiß zwischen steuerlich günstigstem Ergebnis und dem wirtschaftlich Gewollten durchringen müssen.

Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht

Der Deutsche Kündigungsschutz:  
Weder modern noch sozial,  
sondern Schulbeispiel für Rechtsunsicherheit!

**5. Österbergseminar**  
**- Werte, Wirtschaft, Recht -**

**„Deutscher Kündigungsschutz: Weder modern noch sozial,  
sondern Schulbeispiel für Rechtsunsicherheit!“**

*Rechtsanwalt Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer*  
*Rechtsanwälte Gleiss Lutz*  
*Lautenschlagerstr. 21, 70173 Stuttgart*

**Tübingen**  
**Freitag, 11. Oktober 2013**

# Gleiss Lutz

1. Kündigungsfristen  
§ 622 BGB: Zwei Wochen bis sieben Monate zum Monatsende
  
2. Allgemeiner Kündigungsschutz
  - 2.1 Kleinbetriebsklausel (§ 23 KSchG)
  - 2.2 Wartezeit (§ 1 KSchG)
  - 2.3 Ordentliche Kündigungsgründe (§ 1 KSchG)
    - 2.3.1 Personenbedingte Gründe
    - 2.3.2 Verhaltensbedingte Gründe
      - Abmahnung
      - Abgrenzung zur außerordentlichen fristlosen verhaltensbedingten Kündigung nach § 626 BGB
    - 2.3.3 Betriebsbedingte Gründe
      - Sozialauswahl
      - Freier Arbeitsplatz im anderen Betrieb des Unternehmens
      - Konzernkündigungsschutz
  - 2.4 Änderungskündigung nach § 2 KSchG
  
3. Folgen einer unwirksamen Kündigung:
  - 3.1 KSchG = Bestandsschutz - kein Abfindungsgesetz
  - 3.2 Ausnahme: Auflösung nach §§ 9, 10 KSchG
  - 3.3 Abfindungspraxis bei Gericht
  
4. Problem des Annahmeverzugs
  
5. Anhörung des Betriebsrats (§ 102 BetrVG)
  
6. Sonderkündigungsschutz, u.a. für schwerbehinderte Arbeitnehmer, (werdende) Mütter, Erziehungsgeldberechtigte, Betriebsräte

## Gleiss Lutz

7. Der Kündigungsschutz erschwert die Trennung von solchen Mitarbeitern über die Maßen, die sich konsequent unkollegial verhalten und/oder ihre Aufgaben schlecht erfüllen. Es ist deshalb nicht auszuschließen, dass der eine oder andere vereinzelte Arbeitgeber auf eine fristlose Kündigung wegen Bagatell-Delikten verzichten würde, wenn die Messlatte für verhaltensbedingte Kündigungen niedriger läge.
8. Der Gesetzgeber des KSchG wollte 1951 nur „willkürliche“ Kündigungen verhindern! Heute existiert also vor allem durch die richterliche Auslegung des Gesetzes ein völlig überzogener Kündigungsschutz. Wer tagtäglich mit Kündigungsproblemen zu tun hat wird bei einigermaßen unbefangener Herangehensweise bestätigen, dass der deutsche Kündigungsschutz in erster Linie der Beschäftigung von Personalleitern/-sachbearbeitern, Betriebsräten, Verbandsvertretern, Arbeitsrichtern und natürlich Anwälten dient.
9. Unmittelbar betroffene Arbeitsvertragsparteien stöhnen über das hohe Maß an Rechtsunsicherheit auf Grund der vielen unbestimmten Rechtsbegriffe des KSchG, der bei allen Kündigungen nötigen Interessenabwägung, des mannigfachen Sonderkündigungsschutzes und der Tücken der Betriebsratsanhörung. Deshalb ist der Ausgang vieler Kündigungsschutzprozesse kaum prognostizierbar.
10. Nur äußerst wenige Arbeitnehmer wie z.B. die berühmt-berüchtigte Frau *Emmely* (Kündigung wegen der Unterschlagung eines Pfandbons im Wert von EURO 1,30) sind nach erfolgter Kündigung wirklich an einer Rückkehr in das bisherige Unternehmen interessiert. Die erste Frage lautet vielmehr: „*Welche Abfindung steht mir zu?*“
11. Fast alle Kündigungsschutzverfahren münden früher oder später in Abfindungsvereinbarungen. Der Bestandsschutz, der an sich die Regel sein sollte, wird so zur Ausnahme, der Abfindungsschutz dagegen von der Ausnahme zur Regel.
12. Kündigungsschutz als Einstellungshemmnis (sog. „*Laffer*“-Effekt)
13. Wegen des Risikos, einen langwierigen Kündigungsschutzprozess zu verlieren und auf Grund des damit verbundenen Annahmeverzugsrisikos mit kaum kalkulierbaren Kosten konfrontiert zu werden, weichen manche Arbeitgeber lieber auf freie Mitar-



- beitsverhältnisse, befristete Arbeitsverträge oder Arbeitnehmerüberlassung aus, statt unbefristete Arbeitsverträge einzugehen.
14. Aber auch für betroffene Arbeitnehmer ist ein Kündigungsschutzprozess wahrlich kein „Vergnügen“. Oft wird „schmutzige Wäsche“ gewaschen und eine – wenn auch seltene – Rückkehr in den Betrieb kann in ein „Spießrutenlaufen“ münden.
  15. Der bestehende Kündigungsschutz bestraft den „ehrlichen“ Arbeitgeber. Deshalb wird immer wieder nach Auswegen gesucht, die darin bestehen, eine betriebsbedingte statt eine verhaltensbedingte Kündigung auszusprechen. Auch kann sich ein Arbeitgeber angesichts der drohenden Unwirksamkeit einer ordentlichen leistungsbedingten Kündigung veranlasst sehen, durch geeignete Kontrollen etwaige Manipulationen des Arbeitnehmers aufzudecken. Wird der Arbeitgeber „fündig“, hat er bessere Chancen, das Arbeitsverhältnis kostengünstig durch fristlose Kündigung nach § 626 BGB zu beenden.
  16. Die bisherige Abfindungspraxis wird in hohem Maße als ungerecht empfunden. Mit Gerechtigkeit hat es kaum etwas zu tun, wenn häufig *der* Arbeitnehmer, bei dem der Betriebsrat nicht wirksam angehört worden ist, eine höhere Abfindung erhält, als derjenige, in dessen Betrieb kein Betriebsrat existiert.
  17. De lege ferenda bietet es sich an, den allgemeinen Kündigungsschutz so zu novellieren, dass das Arbeitsverhältnis auf bloßen Antrag durch Auflösungsurteil zum vorgesehenen ordentlichen Beendigungstermin gegen Zahlung einer Abfindung beendet wird. Kommen die Gerichte für Arbeitssachen allerdings zum Ergebnis, dass es sich um eine sozial gerechtfertigte verhaltens- oder personenbedingte Kündigung handelt, sollte ein Abfindungsspruch entfallen. Aus Gründen der sozialen Gerechtigkeit erscheint es angebracht, nach einer bestimmten Betriebszugehörigkeit im Falle einer wirksamen betriebsbedingten Kündigung gesetzlich generell eine Abfindung vorzusehen.
  18. Beim Sonderkündigungsschutz nach SGB IX, MuSchG und BEEG sollte endlich die zweigleisige Gerichtszuständigkeit aufgehoben werden.

19. Schließlich empfiehlt es sich, nicht nur den unmittelbaren Kündigungsschutz für alle Seiten berechenbarer und auch gerechter auszugestalten, sondern auch flankierende Maßnahmen zu ergreifen. Dazu gehört eine „Neujustierung“ von § 102 BetrVG, weil die Anforderungen an die wirksame Anhörung des Betriebsrats von der Rechtsprechung überspannt werden. Verstöße nach § 102 BetrVG sollten nur zur Unwirksamkeit einer Kündigung führen, wenn der Betriebsrat „grob fehlerhaft“ angehört worden ist. Außerdem sollte § 102 BetrVG mit § 1 I KSchG in Einklang gebracht werden: Anhörung des Betriebsrats erst bei einer Kündigung nach Ablauf von sechs Monaten!
  
20. Beispiele aus der „alltäglichen“ arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzpraxis