Sonderbeilage der MediaWorld GmbH – Agentur für Marketing & Verlag

SERVICE-SEITEN

Finanzen Steuern Recht

Ratgeber für Unternehmer

Ausgabe 2012
Hannover

Werbung im Internet

Geldwäschegesetz 2012

Unternehmenserfolg
Richtige Strategien verfolgen

Arbeitsrecht
Beschäftigung Schwerbehinderter

www.service-seiten.info

Herausgeber
mediaworld

SERVICE-SEITEN
INFORMATIV – SACHLICH – UNABHÄNGIG

Inhalt

3	Grußwort Martin Kind
4	Grußwort Beirat
5	Übersicht Fachlicher Beirat
6	Vorwort Herausgeber
7	Das Unternehmen im Web 2.0
8	„Einmal ist keinmal?!?" oder „Was gilt nach Emmely?"
10	Arbeitsrecht: Arbeitsrechtliche Besonderheiten bei der Beschäftigung schwerbehinderter Arbeitnehmer
13	Die richtige Vorsorge getroffen?
14	Verkauf des Unternehmens
17	Werbung im Internet
18	Mittelbare Patentverletzung oder Mittäterschaft
20	Wessen Mandant?
22	Unternehmenserfolg beim Gang über die Grenze
24	Langfristig erfolgreiche Unternehmen
27	Mezzanine-Finanzierungen
28	Was haben Basel III und eine Wirtschaftskrise gemeinsam?
30	Doppelnützige Treuhand
32	ESUG
33	Geldwäschegesetz 2012
34	Autorenübersicht

Impressum

Service-Seiten Finanzen Steuern Recht – Hannover 2012
Ratgeber für Unternehmer

Herausgeber (V. i. S. d. P.)
Timo Grän, Martin Voß

Verlag
MediaWorld GmbH
Agentur für Marketing & Verlag

Bankplatz 8
38100 Braunschweig

Telefon 0531 482010-20
Telefax 0531 482010-21

www.mediaworldgmbh.de
info@mediaworldgmbh.de

Zweigniederlassung
Schiffgraben 57
30175 Hannover

Telefon 0511 10532011

Geschäftsführung
Timo Grän, Martin Voß

Konzeption
Timo Grän, Rechtsanwalt Martin Voß, LL.M.

Grafische Gestaltung
MediaWorld GmbH
Uwe Sander, Ole Plönnigs

Auflage
ca. 40 000 Stück

Verteilung
Beilage niedersächsische WIRTSCHAFT
Ausgabe Februar 2012

Druck und Auflagennachweis
westermann druck GmbH
Georg-Westermann-Allee 66
38104 Braunschweig

Telefon 0531 708-501
Telefax 0531 708-599

www.westermann-druck.de
westermann-druck@westermann.de

Verlagsrechte
Nachdruck nur mit Genehmigung des Verlags. Einsender von Manuskripten, Briefen u. ä. erklären sich mit einer redaktionellen Bearbeitung einverstanden.

Anzeigen
Timo Grän, Jens Arnemann

Anzeigentarif
Mediadaten Ausgabe 2012

Titelbild
Andreas Rudolph

Bildquellennachweis
Panthermedia GmbH

Nächste Ausgabe
Frühjahr 2013

Internet
www.service-seiten.info

Veröffentlichungen
Bei Interesse an einer Veröffenlichung in der nächsten Ausgabe wenden Sie sich bitte an:
Timo Grän
GF MediaWorld GmbH
Telefon 0531 482010-20
graen@mediaworldgmbh.de

Grußwort

Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen Unternehmerinnen und Unternehmer,

Martin Kind
KIND Hörgeräte GmbH & Co. KG, Geschäftsführer

ein turbulentes Jahr liegt hinter uns. Die Auswirkungen der Staatsschulden und Finanzkrise waren für viele Gewerbetreibende noch spürbar, da hat die Eurokrise – vornehmlich ausgelöst durch Fehler in der Politik einzelner Länder – Europa mit voller Wucht erfasst. Deutschland hat sich gut geschlagen und steht im internationalen Vergleich hervorragend da. So soll es natürlich auch bleiben!

Die Wirtschaft unserer Region kann dazu ihren wichtigen Beitrag leisten. Wir als Unternehmer sind dabei besonders gefragt, mit Entscheidungen, die von wirtschaftlicher Kompetenz und Innovationskraft zeugen. „Immer eine gute Idee!" – so herzlich wird schließlich auch begrüßt, wer auf der Autobahn unser Land ansteuert. Niedersachsen ist in Forschung und Entwicklung auf vielen Feldern führend: Mobilität, Kommunikation, Energie, Gesundheit und Ernährung seien hierbei nur beispielhaft genannt. Dass gute Ideen auch entsprechend umgesetzt werden können, bedarf nicht nur der entsprechenden gesetzlichen Rahmenbedingungen, für die sich die Politik verantwortlich zeichnen sollte. Vielmehr ist die Bereitschaft von uns Unternehmern, sich auf wandelnde Märkte und verändernde Kundenwünsche einzustellen, die Grundvoraussetzung für ein erfolgreiches Agieren am Markt.

In Zeiten wie diesen ist deshalb mehr denn je unternehmerische Flexibilität und Kreativität gefragt, um für den „Wettkampf" mit unseren Konkurrenten gewappnet zu sein. Die stetigen vielfältigen gesetzlichen Neuregelungen und sich verändernde Rechtsprechung müssen dabei natürlich beachtet werden, wobei wir uns auch auf externe Berater verlassen können und müssen. Dieses Zusammenspiel kann natürlich nur funktionieren, wenn auf beiden Seiten „Teamgeist" vorhanden ist und man auch die „richtigen Mitspieler" findet – oftmals können nur gemeinsam die besten Lösungen entwickelt werden.

Eine Vielzahl solcher „Teamplayer" aus unserer Region berichtet in diesem Wirtschaftsratgeber in Fachbeiträgen sachlich, neutral und verständlich über aktuelle Entwicklungen aus den Themenkomplexen Finanzen, Steuern und Recht.

Mögen Ihnen diese Ratschläge nutzen! Ich wünsche allen Lesern viel Erfolg im Jahr 2012 und ein glückliches Händchen bei den sicher nicht immer ganz einfachen unternehmerischen Entscheidungen!

Herzlichst, Ihr
Martin Kind

Grußwort Beirat

Liebe Leserinnen und Leser,

eine Tendenz dahingehend, dass unser Steuer- und Rechtssystem vereinfacht wird, ist nicht zu beobachten. Vielmehr sind die Veränderungen stetig: Immer mehr neue Gesetze werden geschaffen, bestehende Regelungen fortwährend novelliert.

Wer als Unternehmer in dieser schnelllebigen Zeit die für ihn und sein Unternehmen relevanten neuesten Entwicklungen versäumt, kann leicht ins Hintertreffen geraten. Die mediale Flut von ungefilterten Steuer- und Rechtsempfehlungen ohne Kompetenzbeleg hilft in der Regel nicht weiter.

Auf neue gesetzliche Regelungen nicht nur zu reagieren, sondern diese aktiv und nachhaltig zu nutzen und als Chance zu begreifen, ist eine äußerst anspruchsvolle Aufgabe, die kompetente Berater erfordert. Vor diesem Hintergrund erfordert eine professionelle Beratung daher auch eine zunehmende Spezialisierung. Es ist für einen einzelnen Berater unmöglich, die gesamte Informationsflut allein aufzunehmen und auf allen Gebieten kompetenten Rat zu erteilen.

Der Blick für das Ganze darf natürlich nicht verloren gehen, deshalb ist eine Spezialisierung mit Augenmaß gefragt.

Die dritte Jahresausgabe der Service-Seiten Finanzen Steuern Recht für die Region Hannover möchte die Leser erneut mit Informationen ausstatten, um sie in die Lage zu versetzen, wichtige Fragestellungen zu erkennen, sich über neue Entwicklungen zu informieren und zu entscheiden, ob und ggf. welchen Berater sie einschalten wollen.

In diesem Magazin wird durch Fachberichte informiert, die der Beirat dieser Ausgabe inhaltlich umfassend geprüft hat.

Ich danke sowohl den Autoren für ihre ausgezeichneten und lesenswerten Beiträge wie auch den Kollegen des Beirates, die die veröffentlichten Artikel gewissenhaft und fachlich hoch kompetent überprüft haben.

Den Lesern wünsche ich viel Erfolg sowie die richtigen Entscheidungen im Jahr 2012 und hoffe, dass der vorliegende Ratgeber ein wenig dazu beitragen kann.

Dr. Nikolas von Wrangell

Dr. iur. Nikolas von Wrangell, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

1990 – 1994	Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Trier und an der Georg-August-Universität Göttingen
1995 – 1997	Doktorarbeit an der Philipps-Universität Marburg, Stipendiat der Stiftung Flughafen Frankfurt / Main
1997 – 1999	Referendariat am OLG Celle
1998	Promotion
1999 – 2006	Rechtsanwalt in Hannover
seit 2007	Partner bei Brinkmann.Weinkauf Rechtsanwälte Partnerschaft
2009	Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

Fachlicher Beirat

Finanzen Steuern Recht

Dr. iur. Josef Fullenkamp, Rechtsanwalt

1977 – 1984	Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Bielefeld
1984 – 1986	Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Bielefeld
1986	Zulassung als Rechtsanwalt
1989 – 2002	Singularzulassung als Rechtsanwalt am OLG Celle
seit 2002	Rechtsanwalt in Hannover
seit 2011	Partner bei BRANDI Rechtsanwälte am neu eröffneten Standort Hannover

Dipl.-Kfm. Ulrich Gehrke, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater

1979 – 1981	Studium der Volkswirtschaftslehre mit Vordiplom an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg
1981 – 1985	Studium der Betriebswirtschaftslehre an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster
1982	Tätigkeit bei der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Main Hurdman (KPMG), Südafrika
1985	Tätigkeit bei der Wirtschaftsprüfungsunternehmung Peat Marwick (KPMG) in Minneapolis, Minnesota, USA
1986	Prüfungsassistent bei Arthur Anderson & Co. Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft mbH (Ernst & Young), Hamburg
1990	Bestellung zum Steuerberater
1991	Wechsel in die Sozietät Gehrke – Grethe – Voges und Partner Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Hannover und Halle
1992	Partner der Sozietät Gehrke – Grethe – Voges und Partner, Hannover
1993	Bestellung zum Wirtschaftsprüfer
1995	Gründung der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Concilium GmbH
2003	Bestellung zum Qualitätskontrollprüfer durch die WP-Kammer
2010	Fusion mit der econ Unternehmensgruppe, seither Gehrke econ Gruppe, Steuerberater – Wirtschaftsprüfer – Rechtsanwälte – Unternehmensberater, Hannover

Dipl.-Ing. Joachim Gerstein, Patentanwalt

1989 – 1994	Studium der Elektrotechnik in Hannover
1994 – 1996	Ausbildung zum Patentanwalt in Hannover und Hamburg
1996 – 1997	Referendariat am Deutschen Patentamt und Bundespatentgericht, München
1998	Zulassung zum Patentanwalt, European Trademark und Design Attorney und Europäischen Patentanwalt
seit 1998	Patentanwalt in Hannover; Partner bei Gramm, Lins & Partner GbR Patent- und Rechtsanwälte, Braunschweig – Hannover
seit 2002	Lehrbeauftragter an der FH Hannover – „Gewerbliche Schutzrechte“

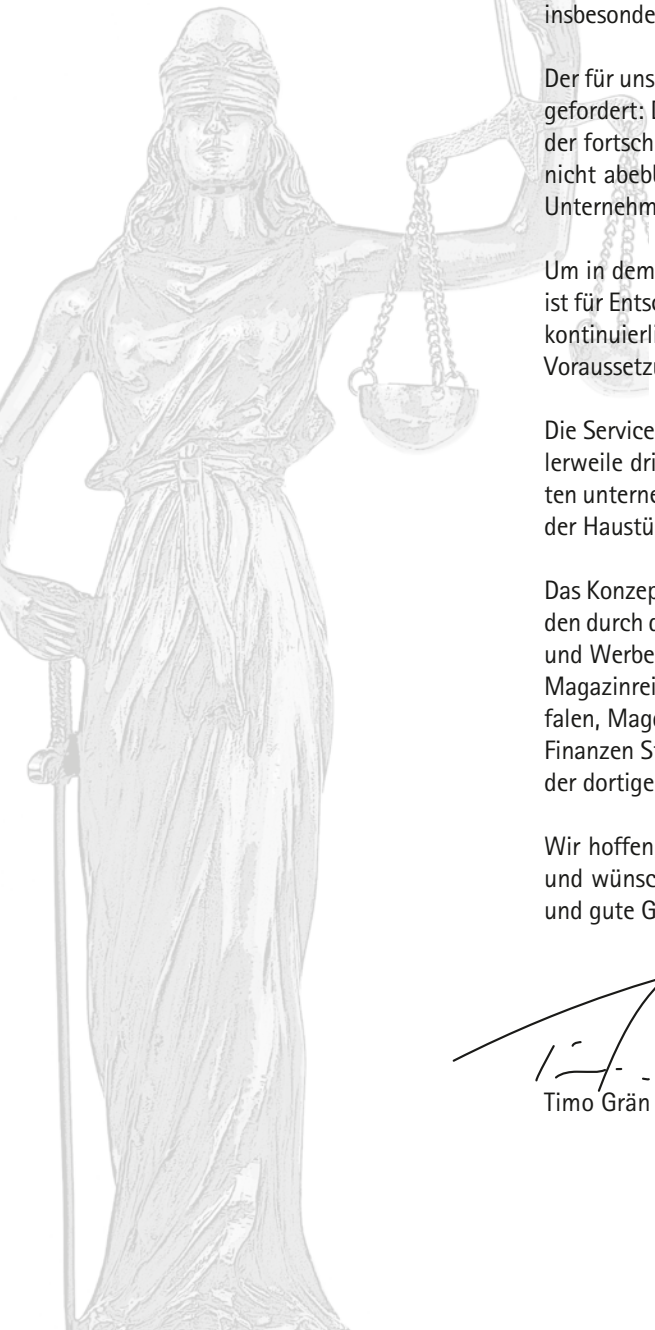
Dipl.-Kfm. Dr. rer. pol. Harald Stang, Rechtsanwalt, Steuerberater

1988 – 1992	Studium der Betriebswirtschaftslehre an der Georg-August-Universität Göttingen, Abschluss als Diplom-Kaufmann
1989 – 1996	Studium der Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen
1993 – 1994	Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für deutsche und internationale Besteuerung der Georg-August-Universität Göttingen
1994	Promotion zum Dr. rer. pol. an der Georg-August-Universität Göttingen
1995 – 1998	Prüfungsassistent in der Sozietät Beckmann & Walendy, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Göttingen
1996 – 1998	Referendariat am OLG Celle
1998 – 2002	Tätigkeit als Rechtsanwalt in der Sozietät Dr. von Boehmer & Tammer, Hannover
2001	Bestellung zum Steuerberater
seit 2002	Rechtsanwalt und Geschäftsführer bei der Raupach & Wollert-Elmendorff Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Hannover

Vorwort Herausgeber

Timo Grän

Martin Voß, LL.M.
Rechtsanwalt



Sehr geehrte Leserinnen und Leser,

bei der Vielzahl von Informationen über die Krisenländer des Euroraums mit sich teils überschlagenden Meldungen und Neuigkeiten gerät ein klein wenig in Vergessenheit, dass die Wirtschaft sich hierzulande auf Wachstumskurs befindet und im internationalen Vergleich sogar Vorbildcharakter hat. Die Zahl der Eurogegner mag zwar wachsen, die Einheitswährung hat jedoch nach den meisten relevanten Berechnungen das Wachstum in Europa und insbesondere in Deutschland nachhaltig belebt.

Der für unsere Volkswirtschaft so immens wichtige Mittelstand ist trotzdem mehr denn je gefordert: Die hohe Geschwindigkeit des technischen Fortschritts, der Druck der sich aus der fortschreitenden Globalisierung entwickelnden neuen Marktbedingungen sowie eine nicht abebbende Flut von rechtlichen und steuerlichen Neuerungen stellen die hiesigen Unternehmerinnen und Unternehmer vor enorme Herausforderungen.

Um in dem beschriebenen Rahmen möglichst sichere Entscheidungen treffen zu können, ist für Entscheider in Mittelstand und Industrie Unterstützung nahezu unabdingbar – eine kontinuierliche, aktuelle und zielführende Information durch Berater daher auch oftmals Voraussetzung für einen nachhaltigen unternehmerischen Erfolg.

Die Service-Seiten Finanzen Steuern Recht zeigen auch mit der Ihnen vorliegenden mittlerweile dritten Jahresausgabe für die Region Hannover erneut interessante Möglichkeiten unternehmerischen Handelns auf – verständlich erklärt von Autoren, die Sie quasi „vor der Haustür" finden.

Das Konzept ist seit der Erstausgabe unverändert geblieben: Alle Veröffentlichungen wurden durch den Fachlichen Beirat dieser Ausgabe auf inhaltliche Richtigkeit, Vollständigkeit und Werbefreiheit überprüft. Dieser Qualitätsanspruch gilt für alle Publikationen unserer Magazinreihe, die mittlerweile mit regionalen Ausgaben auch in Braunschweig, Ostwestfalen, Magdeburg und Halle (Saale) vertreten ist; erstmals erscheinen die Service-Seiten Finanzen Steuern Recht im Jahr 2012 auch in Bremen und Leipzig – jeweilig als Beilagen der dortigen IHK-Mitgliederzeitschriften.

Wir hoffen, dass Sie durch die Lektüre den einen oder anderen nützlichen Tipp erhalten und wünschen Ihnen bis zur nächsten Ausgabe unseres Magazins weiterhin viel Erfolg und gute Geschäfte.

Timo Grän und Martin Voß, LL.M.

Das Unternehmen im Web 2.0

Rechtliche Risiken beim Umgang mit Social Media (Facebook, Twitter, Blogs etc.)

Dipl.-Volkswirt Joachim Rudo | Rechtsanwalt, Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht, Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz | Brinkmann.Weinkauf Rechtsanwälte Partnerschaft

Das Web 2.0 verändert die Öffentlichkeitsarbeit und das Marketing aller Unternehmen – unabhängig davon, ob man das Internet als Vertriebskanal nutzt oder nicht. Im nutzergenerierten Web 2.0 wird die Kundenkommunikation schneller, direkter und transparenter. Im Gegensatz zur E-Mail und dem Gästebucheintrag eines enttäuschten Kunden ist die negative Kundenbewertung bei ebay, amazon und in Social Media sofort für viele sichtbar.

Social Media Monitoring

„Es ist nicht möglich, nicht zu wirken." Jeder Unternehmer kann frei entscheiden, ob er eine eigene Website oder E-Mail nutzt oder nicht, und ob er an Social Media aktiv teilnimmt oder nicht – was auch eine Botschaft ist. Er kann aber nicht verhindern, dass Dritte Äußerungen über das Unternehmen und seine Produkte über Facebook, Twitter und Blogs verbreiten, die dann in Suchmaschinen auftauchen. Für die Entscheidung gegen einen eigenen Unternehmensauftritt in Social Networks gibt es gute Gründe. Nicht zu wissen, was dort über das eigene Unternehmen geschrieben steht, ist fahrlässig angesichts von über 22 Mio. Facebook-Nutzern in Deutschland. Vor allem, wenn der eigene Firmenname dort schon von Konkurrenten benutzt wird, die damit Kundenkontakte abfangen, oder von einem enttäuschten Ex-Arbeitnehmer, der das Unternehmen beleidigt. Jedes Unternehmen muss daher wenigstens regelmäßig und systematisch verfolgen, was Dritte über das eigene Unternehmen schreiben (Social Media Monitoring).

Maßnahmen gegen Rufschädigung im Internet

Wer einen verletzenden Beitrag über sein Unternehmen findet, sollte besonnen handeln. Die Weiterverbreitung der Rufschädigung soll schnell unterbunden werden. Aber wo verläuft die Grenze zwischen Meinungsfreiheit und Rufmord? Wie kann der Täter identifiziert werden? Wie können Ansprüche gegenüber Webseitenbetreibern geltend gemacht und durchgesetzt werden? Können negative Äußerungen aus der Trefferliste von Suchmaschinen entfernt werden? Oft ist es besser, die konstruktive Kommunikation zu suchen, als mit massiven Drohungen Druck aufzubauen. Vor allem dann, wenn sich dies später aus rechtlicher Sicht als leere Drohung erweist. Daher sollte man schon vor der ersten Kontaktaufnahme wissen, welche Rechte sich im Notfall wie durchsetzen lassen.

Gestaltung des Unternehmensauftritts in Social Media

Beim eigenen Unternehmensauftritt in Social Media sind Fragen aus verschiedenen Rechtsgebieten zu beachten:

- Datenschutzrecht: Welche personenbezogenen Daten dürfen verarbeitet werden, welche gesetzlichen Pflichtangaben sind zu beachten?
- Telemedienrecht: Unternehmen haben auch bei ihrer Facebook-Präsenz ein Impressum bereitzuhalten (Landgericht Frankfurt, Beschl. v. 19.10.2011 – 3-08 O 136/11)
- Markenrecht: Verletzt ein gewählter Account-Name Markenrechte Dritter?
- Urheberrecht: Welche Inhalte (Texte, Bilder, Musik) dürfen genutzt werden, welche Genehmigungen Dritter sind hierzu erforderlich?
- Wettbewerbsrecht: Welche Anforderungen sind bei Werbemethoden wie Gewinnspielen und Guerilla-Marketing zu beachten? Wann liegt Schleichwerbung vor? Wann haftet man für Beiträge Dritter?

Die erheblichen Abmahnrisiken im Internet werden im Web 2.0 noch verschärft, weil dieses viel schneller ist als das „normale" Internet. Während Website und Broschüre eines Unternehmens monatelang geplant und korrekturgelesen werden, erwartet der Nutzer 2.0 eine schnelle Antwort in wenigen Stunden. Dies darf aber nicht dazu führen, dass ohne Abstimmung mit der Werbe- bzw. Fachabteilung übermotivierte Online-Redakteure spontane Werbeaussagen über das Unternehmen oder gar über die Konkurrenz auf eigenen oder fremden Seiten posten – sonst kann nach den Internetauktionsplattformen durch die unzähligen Werbeaussagen in Social Networks gleich das nächste Paradies für Abmahnanwälte entstehen.

Um die Unternehmensdarstellung durch eigene Arbeitnehmer zu kontrollieren, gesetzliche Pflichten zu erfüllen und Haftungsrisiken zu begrenzen, empfiehlt sich die Einführung von Richtlinien für den Umgang mit sozialen Netzwerken (Social Media Guidelines). Auch dann, wenn man sich dauerhaft gegen einen eigenen offiziellen Unternehmensaccount entscheidet.

„Einmal ist keinmal?!?" oder „Was gilt nach Emmely?"

Die Auswirkungen des Emmely-Urteils des BAG auf die arbeitsrechtliche Kündigungs- und Abmahnpraxis

Dr. iur. Peter Schrader | Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht
Lehrbeauftragter Leibniz Universität Hannover
Jens Siebert | Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht
Lehrbeauftragter Hochschule Hannover
Schrader Straube Siebert Partnerschaftsgesellschaft Rechtsanwälte

I. Fragen über Fragen

Der Fall der Berliner Supermarktkassiererin Barbara Emme entfachte zunächst nach der Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg sowie in der Folge nach der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes ein enormes Medieninteresse. Auch von der Fachpresse wurde das BAG-Urteil, nachdem die Entscheidungsgründe vorlagen, umfangreich, kontrovers, vielfach kritisch diskutiert. Der Blickpunkt richtet sich insbesondere auf die folgenden Fragen:

- Kehrt das Bundesarbeitsgericht von seiner – bisher durchaus als rigide zu bezeichnenden – Rechtsprechung insbesondere bei geringwertigen Vermögensdelikten ab?
- Können Kündigungen im Falle geringwertiger Vermögensdelikte überhaupt noch ohne vorausgegangene Abmahnung ausgesprochen werden?
- Was ist unter dem vom Bundesarbeitsgericht neu geschöpften Begriff des „Vertrauenskapitals" zu verstehen?
- Und nicht zuletzt: Wie wirkt sich das „Vertrauenskapital" in der Kündigungs- und Abmahnpraxis aus?

II. Emmely: Was war geschehen?

Barbara Emme – in den Medien schnell „Emmely" genannt –, eine Kassiererin eines Berliner Supermarktes der Kaiser´s Tengelmann AG, hatte zwei Pfandbons im Wert von 1,30 Euro unterschlagen. Das Arbeitsgericht Berlin und das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hatten die Kündigung, der zum Tatzeitpunkt bereits 30 Jahre bei der Kaiser´s Tengelmann AG tätigen „Emmely" für wirksam erachtet. Das Bundesarbeitsgericht hob die Entscheidung auf, verwies jedoch die Sache nicht zurück an das Landesarbeitsgericht, sondern entschied selbst und stellte die Unwirksamkeit der Kündigung fest. Barbara Emme kehrte an ihren Arbeitsplatz, wenn auch in einer anderen Filiale in Berlin, zurück.

III. Was ist „neu" an der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes?

1. Die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes

Das Bundesarbeitsgericht hat in immer wiederkehrenden Einzelfällen seit der sogenannten „Bienenstich"-Entscheidung stets deutlich gemacht, dass Vermögensdelikte zulasten des Arbeitgebers auch bei nur geringwertigen Gütern „an sich" als wichtiger Grund zur Aussprache einer außerordentlichen Kündigung geeignet sind. Der Arbeitnehmer verletze durch sein Verhalten unabhängig von der Höhe des eintretenden Schadens das seitens des Arbeitgebers in ihn gesetzte Vertrauen schwerwiegend. Zwar war – worauf das Bundesarbeitsgericht auch stets hinwies – noch im Rahmen der Interessenabwägung zu prüfen, ob die sofortige Kündigung im Einzelfall gerechtfertigt war. In weiteren vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fällen und in einer umfassenden Praxis der Instanzrechtsprechung war das Ergebnis der Interessenabwägung durch den vorsätzlichen Vertrauensbruch jedoch gewissermaßen „indiziert". Die Begehung von Vermögensdelikten – auch geringwertigen – wurde in der Regel mit außerordentlichen Kündigungen quittiert.

2. Die Emmely-Entscheidung

Auch in seiner jetzigen Entscheidung stellt das Bundesarbeitsgericht klar:

„Begeht der Arbeitnehmer bei oder im Zusammenhang mit seiner Arbeit rechtswidrige und vorsätzliche – ggf. strafbare – Handlungen unmittelbar gegen das Vermögen seines Arbeitgebers, verletzt er zugleich in schwerwiegender Weise seine schuldrechtliche Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) und missbraucht das in ihn gesetzte Vertrauen. Ein solches Verhalten kann auch dann einen wichtigen Grund i. S. d. § 626 Abs. 1 BGB darstellen, wenn die rechtswidrige Handlung Sachen von nur geringem Wert betrifft oder zu einem nur geringfügigen, möglicherweise zu gar keinem Schaden geführt hat." … „An dieser Rechtsprechung hält der Senat fest."

Neu ist jedoch, dass das Bundesarbeitsgericht im Rahmen der Interessenabwägung die im Vergleich zur außerordentlichen Kündigung (die stets das letzte Mittel – die ultima ratio – sein soll) milderen Gestaltungsmittel stärker in den Vordergrund rückt, nämlich die ordentliche Kündigung, soweit ein Zuwarten bis zum Ablauf der Kündigungsfrist dem Arbeitgeber zumutbar ist, oder aber die Abmahnung, sofern diese geeignet ist, die Vermeidung künftiger Störungen abzuwenden.

Im Fall von Barbara Emme ging das Bundesarbeitsgericht davon aus, dass eine Abmahnung ausgereicht hätte. Im Rahmen der Interessenabwägung sei zu prüfen gewesen, ob eine über lange Jahre ungestörte Vertrauensbeziehung zweier Vertragspartner durch eine erstmalige Vertrauensenttäuschung vollständig und unwiederbringlich zerstört wird und in diesem Zusammenhang, über wie viele Jahre hinweg ein Arbeitnehmer beanstandungsfrei und loyal gearbeitet habe. Es sei davon auszugehen gewesen, dass Frau Emme die Rechtswirksamkeit einer Abmahnung und das beanstandete Verhalten erkannt und sich zukünftig daran gehalten hätte. Der Vertrauensvorrat sei durch einen erstmaligen Vorfall nicht vollständig aufgezehrt gewesen – eine Einzelfallentscheidung, die man auch anders sehen kann.

IV. Auswirkungen auf die Kündigungspraxis

Für die Praxis ist zur Kenntnis zu nehmen, dass das Ergebnis der Interessenabwägung künftig schwerer vorauszusehen sein wird. Die Kriterien zum Aufbau bzw. Abbau des Vertrauenskapitals sind offen und werden durch die Rechtsprechung im Einzelnen erst noch entwickelt werden müssen. Verkürzt wird man sagen können, je länger ein Mitarbeiter beanstandungsfrei gearbeitet hat, desto größer wird das von ihm erworbene „Vertrauenskapital" sein. Die auf Emmely folgende Rechtsprechung lässt derzeit eine Tendenz, die Kündigungspraxis wegen Vertrauensbruchs wesentlich zu erschweren, nicht erkennen. Gleichwohl wird der Begriff des „Vertrauenskapitals" in ähnlich gelagerten Fällen künftig eine wesentliche Rolle spielen.

Vertrauenskapital baut nur der Arbeitnehmer auf, dessen Verhalten in der Vergangenheit Vertrauen in seine Tätigkeit rechtfertigt. Der Arbeitnehmer wird erst gar nicht ein Kapital aufbauen bzw. ein erworbenes Kapital reduzieren, wenn das Arbeitsverhältnis durch Beanstandungen, Versetzungen infolge Unzufriedenheit oder gar Abmahnungen aufgrund von Arbeitspflichtverstößen belastet ist.

V. Auswirkungen auf die Abmahnpraxis

Ein stärkeres Augenmerk wird mithin künftig in ähnlich gelagerten Fällen auf die Frage zu richten sein, ob das Arbeitsverhältnis bereits durch eine Abmahnung belastet ist.

Eine wirksame Abmahnung wird sich im Regelfall negativ auf das „Vertrauenskapital" auswirken. Auch wirksame Abmahnungen sind jedoch nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes nicht zeitlich unbegrenzt bei den Personalakten zu behalten oder im Rahmen eines Kündigungsschutzverfahrens zu verwerten. Regelmäßig sind diese nach zwei bis drei Jahren aus der Personalakte zu entfernen. Diese Auffassung des Bundesarbeitsgerichts wird sich in Anbetracht der jetzigen Entscheidung nicht aufrechterhalten lassen. Arbeitgeber haben nach der „Emmely-Entscheidung" künftig ein berechtigtes Interesse daran, Abmahnungen auch nach Ablauf des vorgenannten Zeitraumes in den Personalakten zu belassen, um im Zweifelsfall das Vertrauenskapital dokumentieren zu können. In der Literatur wird dieser Aufgabe entsprechend inzwischen von der „Vertrauensvorratsbestimmungsfunktion" der Abmahnung gesprochen.

Nicht nur wirksame Abmahnungen dürften jedoch zur Vertrauensvorratsbestimmung geeignet sein, sondern auch solche Abmahnungen, die aufgrund formaler Fehler rechtlich als unwirksam zu betrachten sind. Denn die Frage, ob ein Arbeitgeber zu einem Arbeitnehmer Vertrauen hat, hängt nicht von der formellen Ordnungsgemäßheit der Abmahnung, sondern von der Frage ab, ob der Arbeitgeber mit der korrekten Erfüllung der Vertragspflichten rechnen kann. Hat also ein Arbeitnehmer gegen Arbeitsvertragspflichten verstoßen, die Abmahnung ist jedoch – „nur" – aus formellen Gründen unwirksam, so ist eine solche Abmahnung jedenfalls zur Vertrauensvorratsbestimmung geeignet.

VI. Fazit und Empfehlung

Kündigungen – auch außerordentliche – bei geringwertigen Vermögensdelikten sind auch nach „Emmely" möglich. Im Rahmen der Interessenabwägung wird – sorgfältiger als ohnehin – zu prüfen sein, ob auch mildere Mittel geeignet sind, künftige Störungen des Arbeitsverhältnisses zu vermeiden. Dabei wird im Rahmen der Interessenabwägung das vom Arbeitnehmer erworbene „Vertrauenskapital" besonders zu beachten sein. Dem Arbeitgeber ist zu raten, die bisher häufig geübte Zurückhaltung bei der Aussprache von Abmahnungen aufzugeben und wesentliche Beeinträchtigungen des Vertrauens zu dokumentieren, insbesondere Pflichtverletzungen konsequent abzumahnen. Abmahnungen sollten künftig, wenn sie wirksam sind, auch nach Ablauf der Regelfrist von zwei bis drei Jahren bei den Personalakten behalten werden. Auch formell unwirksame – allerdings inhaltlich richtige – Abmahnungen sollten dokumentiert werden. Dann ist auch nach „Emmely" der Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung wegen geringwertiger Vermögensdelikte möglich.

Arbeitsrecht

Arbeitsrechtliche Besonderheiten bei der Beschäftigung schwerbehinderter Arbeitnehmer

Dr. iur. Martin Sievers | Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Fachanwalt für Steuerrecht
Naby Oberbeck | Rechtsanwältin
Brinkmann.Weinkauf Rechtsanwälte Partnerschaft

Viele Arbeitgeber haben Bedenken, schwerbehinderte Menschen einzustellen. In Zeiten sich ausweitenden Fachkräftemangels werden Arbeitgeber jedoch nicht umhinkommen, ihre Zurückhaltung bei der Einstellung Schwerbehinderter aufzugeben. Dass dies nicht nur sozialpolitisch wünschenswert ist, liegt auf der Hand. Denn der Status sagt nichts über die tatsächliche Leistungsfähigkeit aus, qualifizierte Mitarbeiter lassen sich selbstverständlich auch unter schwerbehinderten Menschen finden. Zudem wird die Beschäftigung Schwerbehinderter z. B. durch die Bundesagentur für Arbeit und die Integrationsämter umfassend unterstützt, auch durch direkte Leistungen an den Arbeitgeber. Worauf müssen Arbeitgeber achten, wenn sie schwerbehinderte Menschen beschäftigen?

Wann ist ein Mensch überhaupt schwerbehindert?

Zunächst stellt sich die Frage, ab wann ein Mensch überhaupt als schwerbehindert gilt. Menschen sind behindert, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweicht. Wie sehr die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft dadurch beeinträchtigt wird, wird in dem Grad der Behinderung (GdB) ausgedrückt. Bei einem GdB von mindestens 50 (von Hundert) liegt eine Schwerbehinderung vor. Zuständig für die Anerkennung der Schwerbehinderteneigenschaft ist nach § 69 Abs. 1 SGB IX das Versorgungsamt, in dessen Bezirk der Schwerbehinderte im Zeitpunkt der Antragstellung seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat. Behinderte Menschen mit einem GdB von mindestens 30 können auf Antrag einem Schwerbehinderten gleichgestellt werden. Der Gleichbestellungsbescheid ist bei der Bundesagentur für Arbeit zu beantragen und ergeht, wenn behinderte Menschen aufgrund ihrer Behinderung keinen geeigneten Arbeitsplatz erlangen oder behalten können (§ 2 Abs. 3 S. 3 SGB IX). Um Schwerbehinderten eine gleichberechtigte Teilhabe am Berufsleben zu gewährleisten, sind nach § 71 SGB IX alle privaten und öffentlichen Arbeitgeber, die über mindestens 20 Arbeitplätze verfügen, verpflichtet, auf mindestens 5 % dieser Arbeitsplätze schwerbehinderte Menschen zu beschäftigen.

Was ist bei der Vertragsanbahnung seitens des Arbeitgebers zu beachten?

Wer einen freien Arbeitsplatz neu besetzen will, muss nach dem Gesetz prüfen, ob er die Stelle mit einem schwerbehinderten Arbeitnehmer besetzen kann. Zudem hat der Arbeitgeber vor der Stellenbesetzung Kontakt mit der Bundesagentur für Arbeit aufzunehmen, um dieser den Vorschlag eines Schwerbehinderten zu ermöglichen (vgl. § 81 Abs. 1 SGB IX).

Verletzt der Arbeitgeber diese Pflichten, besteht nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts die Vermutung einer behinderungsbedingten Diskriminierung durch den Arbeitgeber, was schnell zu Schadensersatz- und Entschädigungszahlungen von bis zu drei Monatsgehältern nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) führen kann. Ein schuldhaftes Handeln des Arbeitgebers oder gar eine Benachteiligungsabsicht ist nicht erforderlich (vgl. BAG, Urt. v. 13.10.2011 – 8 AZR 608/10). Der Arbeitgeber kann sich dieser Gefahr auch nicht dadurch entziehen, indem er offene Stellen ohne Bewerbungsfrist ausschreibt und dann zügig besetzt. Zwar hat der 8. Senat des BAG entschieden, dass der Verstoß gegen die Verpflichtungen aus § 81 Abs. 1 SGB IX für den Arbeitgeber folgenlos bleibt, wenn die Bewerbung des Schwerbehinderten erst eingeht, nachdem die Besetzungsentscheidung bereits getroffen worden ist (vgl. BAG, Urt. v. 19.08.2010 – 8 AZR 370/09). Die Rechtsprechung des BAG ist aber nicht einheitlich. So hat der 9. Senat entschieden, dass einem Bewerber die vorzeitige Besetzung nicht entgegengehalten werden kann, da ihm dadurch die Chance auf Einstellung in diskriminierender Weise genommen werden könnte (vgl. BAG, Urt. v. 17.08.2010 – 9 AZR 839/08). Hier ist also Vorsicht geboten. Der Kontakt mit der Bundesagentur ist zudem „frühzeitig" aufzunehmen, d. h., sie muss auch rein zeitlich in der Lage sein, einen Vermittlungsvorschlag zu erstellen.

Existiert ein Betriebsrat, so ist dieser zu beteiligen, was oft übersehen wird. Unterbleibt die Beteiligung, so kann der Betriebsrat seine Zustimmung zu der beabsichtig-

ten Einstellung verweigern, weil der Arbeitgeber seine behinderungsrechtlichen Prüfungs- und Konsultationspflichten nicht erfüllt hat (§ 81 Abs. 1 SGB IX, § 99 Abs. 2 S. 1 BetrVG; vgl. auch BAG, Beschl. v. 23.06.2010 – 7 ABR 3/09).

Im Bewerbungsgespräch ist bei der Frage nach einer Schwerbehinderung Vorsicht geboten. Nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG war die Frage nach der Schwerbehinderung auch dann uneingeschränkt zulässig, wenn die Behinderung tätigkeitsneutral, also nicht geeignet ist, die Erbringung der geschuldeten Arbeitsleistung negativ zu beeinträchtigen (vgl. BAG, Urt. v. 18.12.2000 – 2 AZR 380/99, jüngst offengelassen BAG, Urt. v. 07.07.2011 – 2 AZR 396/10). Diese Rechtsprechung wird aber nach Einführung des § 81 Abs. 1 SGB IX und des AGG nicht aufrechtzuerhalten sein, die Frage nach der Schwerhinderung mithin eine unzulässige Diskriminierung indizieren und damit die Gefahr von Entschädigungszahlungen nach dem AGG an den abgelehnten Bewerber begründen. Auch aus der Frage nach bestimmten Erkrankungen oder Leiden kann je nach den Umständen des Einzelfalls auf eine unzulässige Erkundigung nach der Behinderung geschlossen werden (vgl. BAG, Urt. v. 17.12.2009 – 8 AZR 670/08). Nur in den (seltenen) Fällen, in denen das Fehlen einer Behinderung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung für die Tätigkeit ist oder die Schwerbehinderung als positives Kriterium verwendet werden soll, dürfte die Frage zukünftig zulässig sein.

Was ist während des Vertragsverhältnisses seitens des Arbeitgebers zu beachten?

Schwerbehinderte haben nach § 81 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 SGB IX gegenüber ihrem Arbeitgeber Anspruch auf eine Beschäftigung, bei der sie ihre Fähigkeiten und Kenntnisse möglichst voll verwerten und weiterentwickeln können. Der Arbeitgeber soll den Schwerbehinderten so fördern, dass dieser seine eingeschränkte Arbeitskraft im Rahmen des ihm noch Möglichen einsetzen kann. Dieser Pflicht kommt der Arbeitgeber i. d. R. durch Zuweisung der arbeitsvertraglich vereinbarten Tätigkeit nach. Ist der Schwerbehinderte aber nicht mehr in der Lage, die ursprünglich vereinbarte Tätigkeit auszuüben, hat der Arbeitgeber ihm eine Arbeit zu übertragen, die den Schwerbehinderten weder über- noch unterfordert. Der Schwerbehinderte hat jedoch keinen Anspruch auf einen bestimmten Arbeitsplatz; vielmehr muss er aufzeigen, welche Beschäftigungsmöglichkeiten beim Arbeitgeber bestehen, die seinen Kenntnissen und Fähigkeiten entsprechen.

Schwerbehinderte erhalten gemäß § 125 SGB IX einen Zusatzurlaub von fünf Arbeitstagen im Urlaubsjahr (ausgehend von einer Fünf-Tage-Woche). Beträgt die Arbeitszeit des Schwerbehinderten weniger bzw. mehr als fünf Tage pro Woche, reduziert bzw. erhöht sich der Zusatzurlaub anteilig. Der Zusatzurlaub tritt neben den gesetzlichen, arbeitsvertraglichen oder tarifvertraglichen Urlaubsanspruch. Der Zusatzurlaub verfällt, wenn ihn der Schwerbehinderte nicht bis zum Ende des Kalenderjahres oder bei Vorliegen der gesetzlichen oder tarifvertraglichen Übertragungsvoraussetzungen geltend gemacht hat. Das BAG hat seine neue Rechtsprechung, nach der gesetzliche Urlaubsansprüche nicht erlöschen, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres bzw. des Übertragungszeitraums arbeitsunfähig erkrankt ist, auf den Zusatzurlaub nach § 125 Abs. 1 SGB IX übertragen. Beide Urlaubsansprüche sind also am Ende des Arbeitsverhältnisses auch dann abzugelten, wenn der Arbeitnehmer wegen Arbeitsunfähigkeit gehindert war, den Urlaub zu nehmen (vgl. BAG, Urt. v. 23.03.2010 – 9 AZR 128/09).

Bei Schwierigkeiten im Arbeitsverhältnis, die das Vertragsverhältnis mit dem Schwerbehinderten gefährden könnten, hat der Arbeitgeber den Vorgang mit der Schwerbehindertenvertretung, dem Betriebsrat und dem Integrationsamt zu erörtern, um frühzeitig zu klären, ob und gegebenenfalls welche Maßnahmen ergriffen werden können, um eine dauerhafte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Schwerbehinderten zu ermöglichen (§ 84 Abs. 1 SGB IV). Führt der Arbeitgeber das Präventionsverfahren nicht oder nicht rechtzeitig durch, kann dies negative Auswirkungen auf ein Kündigungsschutzverfahren haben, in dem der Arbeitgeber dann zusätzlich darzulegen und zu beweisen hat, dass auch bei Durchführung des Präventionsverfahrens eine zumutbare Beschäftigung des Arbeitnehmers nicht möglich gewesen wäre (vgl. BAG, Urt. v. 07.12.2006 – 2 AZR 182/06).

Was ist bei der Vertragsbeendigung seitens des Arbeitgebers zu beachten?

Schwerbehinderte Menschen genießen besonderen Kündigungsschutz. Nach § 85 SGB IX bedarf die ordentliche Kündigung eines Schwerbehinderten durch den Arbeitgeber der vorherigen Zustimmung des Integrationsamts. Eine ohne diese Zustimmung ausgesprochene Kündigung ist unwirksam.

Von dem Sonderkündigungsschutz sind jedoch die in § 90 SGB IX genannten Personen ausgenommen. Die wichtigste Ausnahme ist in § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX normiert. Danach gilt der Sonderkündigungsschutz nicht für Schwerbehinderte, deren Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt des Kündigungszugangs ohne Unterbre-

chung noch nicht länger als sechs Monate bestand. Nach § 90 Abs. 2a SGB IX kommt der besondere Kündigungsschutz zudem nicht zur Anwendung, wenn zum Kündigungszeitpunkt die Schwerbehinderung nicht nachgewiesen ist oder das Versorgungsamt nach Ablauf der Frist des § 69 Abs. 1 S. 2 SGB IX eine Feststellung wegen fehlender Mitwirkung des Behinderten nicht treffen konnte. Das BAG hat insoweit klargestellt, dass der Arbeitnehmer seiner Mitwirkungspflicht grundsätzlich nachgekommen ist, wenn er den Antrag auf Anerkennung oder Gleichstellung mindestens drei Wochen vor Zugang der Kündigung gestellt hat (vgl. BAG, Urt. v. 01.03.2007 – 2 AZR 217/06).

Bei fehlender Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwerbehinderung des Arbeitnehmers bzw. der Antragstellung steht dem Schwerbehinderten gleichwohl der Sonderkündigungsschutz nach den §§ 85 ff. SGB IX zu. Das Recht des Arbeitnehmers, sich nachträglich auf die Schwerbehinderung zu berufen und die Zustimmungsbedürftigkeit der Kündigung geltend zu machen, kann allerdings verwirken (§ 242 BGB). So kann sich der Schwerbehinderte nur dann auf den Sonderkündigungsschutz berufen, wenn er innerhalb einer Frist von drei Wochen nach Zugang der Kündigung dem Arbeitgeber die anerkannte Schwerbehinderung bzw. die Antragstellung mitteilt. Die Frist gilt als gewahrt, wenn der Schwerbehinderte die Unwirksamkeit der Kündigung innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 S. 1 Kündigungsschutzgesetz gerichtlich geltend gemacht hat und die Mitteilung der Schwerbehinderung zugleich mit der Klagezustellung erfolgt ist (vgl. BAG, Urt. v. 23.02.2010 – 2 AZR 659/08). In diesem Fall muss der Arbeitgeber die Zustimmung des Integrationsamtes einholen und erneut eine Kündigung aussprechen.

Der Arbeitgeber leitet das Zustimmungsverfahren ein, indem er einen schriftlichen Antrag unter Angabe der Personaldaten, der Art der Kündigung und des zugrunde liegenden Sachverhaltes beim örtlich zuständigen Integrationsamt stellt (§ 87 Abs. 1 SGB IX). Die Integrationsämter bieten in der Regel entsprechende Formulare zum Download in Internet an, die möglichst verwendet werden sollten. Vor einer Entscheidung holt das Integrationsamt die Stellungnahme des Betriebsrats und der Schwerbehindertenvertretung ein, soweit vorhanden. Zudem wird der betroffene Arbeitnehmer angehört. Das Integrationsamt hat seine Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen innerhalb eines Monats zu treffen (§ 88 Abs. 1 SGB IX). Sie ist dem Arbeitgeber und dem Schwerbehinderten zuzustellen sowie der Agentur für Arbeit bekannt zu geben. Der Arbeitgeber hat anschließend innerhalb eines Monats nach Zustellung der erteilten Zustimmung die Kündigung zu erklären (§ 88 Abs. 3 SGB IX), die Kündigung muss innerhalb dieser Frist dem Arbeitnehmer (nachweisbar) zugestellt werden. Das gilt auch, wenn der Schwerbehinderte Widerspruch oder Klage gegen den zustimmenden Bescheid erhebt. Diese Rechtsmittel haben keine aufschiebende Wirkung. Gegen eine Verweigerung der Zustimmung kann der Arbeitgeber Widerspruch einlegen bzw. Klage erheben.

Bei der außerordentlichen Kündigung ist die Zustimmung des Integrationsamts ebenfalls erforderlich (§ 91 Abs. 1 SGB IX). Der Arbeitgeber muss sie innerhalb von zwei Wochen seit Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen beim Integrationsamt beantragen (§ 91 Abs. 2 SGB IX). Das Integrationsamt hat anschließend zwei Wochen Zeit, über den Antrag zu entscheiden. Geschieht dies nicht oder verspätet, wird die Zustimmung fingiert (§ 91 Abs. 3 S. 2 SGB IX). Das Integrationsamt entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen; es soll jedoch die Zustimmung nach § 91 Abs. 4 SGB IX erteilen, wenn die Kündigung aus einem Grund erfolgt, der nicht in Zusammenhang mit der Behinderung steht. Wichtig: Die außerordentliche Kündigung hat nach erteilter oder fingierter Zustimmung unverzüglich zu erfolgen (§ 91 Abs. 5 SGB IX). Ein Zuwarten von drei Tagen kann u. U. als zu lange beurteilt werden (vgl. LAG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 05.10.2005 – 10 TaBV 22/05). Die Erklärungsfrist wird bereits in Gang gesetzt, wenn das Integrationsamt die Entscheidung „getroffen" und dem Arbeitgeber formlos, also auch mündlich oder fernmündlich mitgeteilt hat (vgl. BAG, Urt. v. 19.06.2007 – 2 AZR 226/06). Hat der Arbeitgeber vor Erteilung der Zustimmung noch nicht eine nach § 102 BetrVG erforderliche Anhörung des Betriebsrates durchgeführt, so muss er diese sofort nach Erteilung der Zustimmung einleiten und die Kündigung nach deren Abschluss sofort aussprechen.

Hinsichtlich des Kündigungsgrundes bestehen keine Besonderheiten bei Schwerbehinderten. Wie sonstige Arbeitnehmer können sie betriebs-, verhaltens- oder personenbedingt gekündigt werden.

Fazit

Der Arbeitgeber sollte die Beschäftigung von schwerbehinderten und diesen gleichgestellten Arbeitnehmern nicht scheuen, wenn diese für die vorgesehenen Arbeitsaufgaben qualifiziert und geeignet sind. Die vom Gesetz und der Rechtsprechung dem Arbeitgeber gestellten Anforderungen sind zwar hoch und komplex, bei frühzeitiger und umfassender Information und Beratung aber zu meistern.

Die richtige Vorsorge getroffen?

Durch Abschluss einer Patientenverfügung und einer Vorsorgevollmacht sichert der Unternehmer den Bestand seines Unternehmens

Sandra Laves | Rechtsanwältin | Raupach & Wollert-Elmendorff Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Wer regelt Ihre Angelegenheiten als Unternehmer, wenn Sie es nicht mehr können? Jeder kann plötzlich und unabhängig vom Alter in eine Situation kommen, in der andere für ihn entscheiden müssen. Damit Ihre Angelegenheiten im Ernstfall so geregelt werden, wie Sie es sich wünschen, sollten Sie in gesunden Tagen die richtige Vorsorge treffen.

Zu dieser Vorsorge gehört unzweifelhaft die Regelung zur Unternehmensnachfolge durch testamentarische oder sonstige letztwillige Verfügungen, die im Falle des Todes des Unternehmers greifen und den Bestand des Unternehmens sichern sollen. Fast genauso wichtig erscheint es, für den Fall Vorsorge zu treffen, dass der Unternehmer durch eine plötzliche Erkrankung oder einen Unfall geschäftsunfähig wird, denn in diesem Fall kann nicht einmal der Ehepartner anstelle des Betroffenen ohne eine erteilte Vollmacht handeln. Vor diesem Hintergrund sollte der Unternehmer eine Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht erteilen, um die notwendigen Maßnahmen und Entscheidungen bei einem plötzlich eintretenden Ereignis durch eine vertraute Person treffen zu lassen.

Was also sind genau eine Patientenverfügung und eine Vorsorgevollmacht?

In der Patientenverfügung wird geregelt, welche ärztlichen Maßnahmen der Betreffende zu seiner medizinischen Versorgung wünscht und welche er ablehnt. So übt der Betreffende vorab sein Selbstbestimmungsrecht für den Fall aus, dass er bei einer schweren Krankheit oder nach einem Unfall seinen Willen nicht mehr äußern kann. In der Patientenverfügung kann beispielsweise genau bestimmt werden, welche lebenserhaltenden Maßnahmen, Schmerz- und Symptombehandlungen sowie künstliche Ernährung gewünscht werden. Sie muss schriftlich erfolgen, um anerkannt zu werden, und kann selbstverständlich jederzeit widerrufen oder geändert werden.

Mit der Vorsorgevollmacht wird eine vertrauenswürdige Person beauftragt, stellvertretend für den Betreffenden zu handeln, zu entscheiden und Rechtsgeschäfte abzuschließen, wobei die Vollmacht umfassend oder eingeschränkt ausgestaltet werden kann. Dies dürfte regelmäßig der Ehegatte bei umfassender Vollmachtserteilung auch für den privaten Bereich sein, ansonsten eine Person mit auf die Belange des Unternehmens beschränkten Befugnissen. Insbesondere dient die Vorsorgevollmacht auch dazu, die Patientenverfügung gegenüber den behandelnden Ärzten durchzusetzen.

Häufig wird die Vorsorgevollmacht mit einer sog. Betreuungsverfügung kombiniert. Anders als bei der Vorsorgevollmacht, bei der die bevollmächtigte Person aufgrund der Vollmacht im Außenverhältnis grundsätzlich sofort handeln kann und nur im Innenverhältnis durch spezielle Anweisungen des Vollmachtgebers gebunden wird, wird bei der Betreuungsverfügung lediglich ein vom Betreffenden gewünschter rechtlicher Betreuer dem Gericht gegenüber vorgeschlagen. In der Praxis hat sich jedoch gezeigt, dass das Gericht regelmäßig die vom Betreffenden vorgeschlagene Person als rechtlichen Betreuer bestellt, wenn die Voraussetzungen einer Betreuung vorliegen; dies ist der Fall, wenn der Betreffende seine Angelegenheiten aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung nicht mehr selbst besorgen kann.

Sowohl die Patientenverfügung als auch die Vorsorgevollmacht sollten von Zeit zu Zeit dahingehend überprüft werden, ob die Aussagen weiter gültig sind; eine Überprüfung spätestens alle fünf Jahre scheint dafür angemessen zu sein. Änderungen können sich durch eine veränderte persönliche Lebenssituation oder auch durch Fortschritte in der medizinischen Behandlung ergeben.

Verkauf des Unternehmens

Die Unternehmensnachfolge ist kein alltäglicher Prozess

Dipl.-Kfm. Ulrich Gehrke | Wirtschaftsprüfer, Steuerberater
Gehrke econ Steuerberatungsgesellschaft mbH, Geschäftsführer

Aus diesem Grund ist fundiertes Wissen zu der geeigneten Vorgehensweise, zu rechtlichen, finanziellen und steuerlichen Aspekten sowie anderen Fragestellungen unerlässlich. Der Generationswechsel in deutschen Unternehmen schreitet voran. Insbesondere der Mittelstand ist von dieser Entwicklung betroffen, da ca. 700 000 Betriebe in den nächsten Jahren von dem Thema „Unternehmensnachfolge" betroffen sein werden – 200 000 davon müssen diese aber ohne einen konkreten Nachfolger planen.

Der anstehende Wechsel in der Führung eines Unternehmens stellt einen der größten Einschnitte in der Entwicklung eines Unternehmens dar. Daher ist es wichtig, sich möglichst frühzeitig mit diesem Thema auseinanderzusetzen, unabhängig davon, ob eine Nachfolge in der Familie möglich ist oder das Unternehmen an einen fremden Dritten verkauft werden soll.

Anhand des nachfolgenden Beispiels werden die wesentlichen Fragen und Probleme deutlich, die sich immer wieder in dieser oder ähnlicher Form bei der Unternehmensnachfolge bzw. dem -verkauf ergeben.

Unternehmer V ist 59 Jahre alt, verheiratet, hat zwei Kinder und schildert seine aktuelle Situation wie folgt:

- Ich bin seit ca. 25 Jahren Inhaber eines Unternehmens an drei Standorten, das knapp 2,5 Mio. Euro Jahresumsatz erzielt. Der durchschnittlich erzielte Gewinn der letzten Jahre von ca. 180 000 Euro hat zu einem bilanziellen Eigenkapital von 180 000 Euro geführt.
- In den letzten Jahren musste ich für eine Erweiterungsinvestition und neue IT-Systeme erhebliche Kredite aufnehmen.
- Mein Vermögen besteht aus einem schuldenfreien Einfamilienhaus zuzüglich Firmengebäude, zwei Lebensversicherungen und vor allem meinem Unternehmen.
- Das Unternehmen ist auf meine Frau, die das Personal führt, und mich als Produktionschef zugeschnitten.
- Gesundheitliche Probleme belasten zunehmend meinen Alltag.

Daraus ergeben sich nun für mich, meine Familie als auch für meine Hausbank viele Fragen:

Wer kann mein Nachfolger werden? Welche Anforderungen stelle ich an den Nachfolger?

Bei der Übertragung von traditionsreichen Unternehmen geht es nicht nur um den „schlichten" Verkauf eines Unternehmens, sondern vielmehr geht es häufig um die Fortführung eines Lebenswerkes von mehreren Generationen. Es muss also ein Nachfolger gefunden werden, der diese Unternehmensgeschichte weiter erfolgreich fortschreiben will. Er muss von Mitarbeitern, Kunden, Banken und Lieferanten als neue Führungskraft akzeptiert werden. Das setzt neben den fachlichen Kenntnissen auch Führungsqualitäten, wie Durchsetzungsstärke, Motivationsfähigkeit sowie soziale Kompetenzen voraus. Daher sollten Sie ein Anforderungsprofil Ihres potenziellen Nachfolgers erstellen, in dem Sie Kriterien für sich definieren, welche der Nachfolger erfüllen sollte, um das Unternehmen erfolgreich weiterführen zu können.

Warum soll jemand mein Unternehmen übernehmen? Wo liegen die Stärken und Schwächen?

Bevor Sie erste Gespräche mit möglichen Nachfolgern führen, stellen Sie die Stärken und die Schwächen Ihres Unternehmens gegenüber. Anhand dieser Analyse kann man Aussagen zu den Zukunftsaussichten des Unternehmens treffen. Folgende Fragen sollten Sie sich stellen: Wie ertragreich ist meine Unternehmen? Gibt es eine klare Unternehmensausrichtung? In welchem Zustand ist die Produktion und der Vertrieb? Gibt es einen Investitionsstau? Wie sind die Betriebsabläufe organisiert? Wie steht es um die Kommunikation im Unternehmen? Habe ich motivierte Mitarbeiter? Ist mein Unternehmen einzigartig? Diese Fragen und weitere wird Ihnen Ihr potenzieller Nachfolger auch stellen, da er ein Interesse am Gesamtzustand und der zukünftigen Entwicklung des Unternehmens haben wird. Durch einen gezielten Unternehmens-Check kann man den möglichen Handlungsbedarf eines Unternehmens schnell ermitteln und mögliche Schwächen noch vor der Vertragsverhandlung abbauen.

Welchen Wert hat mein Unternehmen? Wie wird dieser ermittelt?

Wie bei jeder Ware entscheiden Angebot und Nachfrage über die Höhe des Preises. Im konkreten Einzelfall spielt dann natürlich noch das Verhandlungsgeschick des Käufers und Verkäufers eine ausschlaggebende Rolle. Die Redewendung „Der Wert eines Unternehmens ist das, was ein Anderer bereit ist, dafür zu bezahlen!" ist sehr nahe an der Wahrheit. Ein allgemein verbindliches Verfahren zur Bewertung von Unternehmen gibt es dabei aber nicht. Für die Unternehmensbewertung existie-

ren eine Vielzahl von Methoden, die zu unterschiedlichen Werten für das Unternehmen führen.

Zwei Verfahren haben sich bei der Unternehmensbewertung durchgesetzt. Das Discounted-Cash-Flow-Verfahren (DCF-Verfahren) ist eher für größere Unternehmen gedacht und das Ertragswertverfahren, das sich eher für kleinere und mittelständische Unternehmen eignet.

Verschiedene Praktikerverfahren, die Umsatz und/oder Gewinn mit einem Faktor multiplizieren, dienen allenfalls als Argumentationshilfe, aber nicht zur Bestimmung des Unternehmenswertes an sich.

Für eine fundierte Bewertung Ihres Unternehmens sollten Sie die Unterstützung durch einen erfahrenen Unternehmensberater oder Wirtschaftsprüfer hinzuziehen, der sich mit Unternehmen aus Ihrer Branche auskennt.

Wie hoch ist die steuerliche Belastung durch die Übertragung?

Besonders wichtig sind bei Unternehmenskauf und -verkauf die steuerlichen Aspekte und die Auswirkungen der Übertragung für den Veräußerer und den Erwerber. Die Ertragssteuerbelastung für Sie als Verkäufer ist von Ihrem Alter, von der Rechtsform des zu veräußernden Unternehmens und natürlich vom Kaufpreis abhängig. Da es sich hierbei in der Regel um komplizierte Rechtsfragen handelt, sollte unbedingt der Rat von Steuer- und Rechtsexperten eingeholt werden, die Erfahrungen in der Begleitung von Unternehmensübertragungen haben.

Welche Auswirkungen hat der Wechsel in der Unternehmensführung auf das Unternehmen, die Mitarbeiter, Geschäftspartner und die Öffentlichkeit?

Die meisten mittelständischen Unternehmen sind inhabergeprägt. Dies erfordert eine sorgfältige und umsichtige Einführung des Nachfolgers durch den Übergeber. Häufig sind wichtige unternehmensrelevante Daten nur dem Unternehmer bekannt und nicht weiter dokumentiert. Dieses macht seine weitere Mitwirkung in der Übergangsphase unumgänglich. Da die Mitarbeiter einen mitentscheidenden Einfluss auf den Erfolg der Unternehmensübertragung haben, sind sie frühzeitig über die Unternehmensnachfolge und dessen Prozess zu informieren, um Unruhe und Gerüchte im Unternehmen zu vermeiden. Auch die Bank sollte in den Prozess beizeiten eingebunden werden. Ebenso müssen Kunden- und Lieferantenbeziehungen, die oftmals aufgrund jahrelanger vertrauensvoller Zusammenarbeit gewachsen sind, über die anstehende Nachfolge informiert werden. All dies mündet in einen nicht unerheblichen Zeitbedarf und damit in die sich anschließende Frage: Wie sollte der optimale zeitliche Ablauf geplant werden?

Wann übergebe ich? Wann ist der richtige Zeitpunkt?

Sie sollten bedenken, dass ein Unternehmensnachfolgeprozess fünf Jahre und länger dauern kann. Selbstverständlich spielen der gesundheitliche Zustand und der unternehmerische Wille des Übergebers eine wichtige Rolle dabei, zu planen, wann der Prozess beginnen muss. Die Erfahrung zeigt, dass man sich nicht früh genug mit dem Nachfolgeproblem beschäftigen kann und dass die Übergabephase zwischen dem 55. und dem 65. Lebensjahr liegen sollte. Dies erlaubt es auch dem Nachfolger, noch fehlendes Wissen zu erwerben. Wird während dieser Zeit ein Nachqualifizierungsbedarf beim Nachfolger erkannt, verbleibt noch genügend Zeit, um aktiv gegensteuern zu können. Hier soll insbesondere auf einen neuen MBA-Studiengang in Hannover hingewiesen werden, der eine berufsbeglei-

Die drei Phasen der Unternehmensübergabe

Vorbereitung

- bewusste Einleitung der Nachfolge
- Entwurf eines Nachfolger-Kriterienkataloges
- Analyse der wirtschaftlichen Rahmendaten
- Klärung vertraglicher Voraussetzungen

Umsetzung

- vertrauliche Gespräche mit Familienmitgliedern, Mitarbeitern und/oder externen Kandidaten führen
- Qualifizierungsbedarf für Nachfolger ermitteln
- Wissenstransfer gestalten
- Unternehmenswert ermitteln
- Verhandlungen führen
- Vertragsabschluss

Übergang

- Kompetenzen und Bereiche festlegen
- intern und extern kommunizieren (Mitarbeiter, Geschäftspartner)
- Nachfolger einarbeiten
- strategische und organisatorische Neuausrichtung planen
- Abschluss der Übergabe

tende Zusatzqualifikation – insbesondere für nicht kaufmännisch Vorgebildete – ermöglicht (www.mu-mba.de).

Unternehmensnachfolge in der Familie vorziehen?

Aus aktuellem Anlass sei auf die jüngst dem Bundesverfassungsgericht vorgelegte Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der erst vor gut zwei Jahren neu eingeführten Verschonungsregelungen des Erbschaftsteuergesetzes hingewiesen. Diese sollen dazu dienen, unternehmerische Vermögen unter Einhaltung strenger Auflagen zum Teil und in günstigen Fällen sogar ganz von der Erbschaftsteuer zu befreien. Diese Kriterien werden nun überprüft, denn unter bestimmten Umständen und kreativer Gestaltung kann auch Kapitalvermögen, mit dem gerade keine förderungswürdigen Arbeitsplätze im Zusammenhang stehen, in den Genuss dieser Verschonungsvorschriften kommen. Doch unabhängig davon, wie das Urteil des Bundesverfassungsgerichtes aussehen wird, sollte mittelfristig mit einer Überarbeitung der erbschaftsteuerlichen Regelungen gerechnet werden.

Die Sorge, vielleicht schon in zwei Jahren nicht mehr das Unternehmen mit den heutigen steuerlichen Entlastungen auf den Sohn oder die Tochter übertragen zu können, lässt manchen Unternehmer darüber nachdenken, die Unternehmensnachfolge vorzuziehen. Wegen der bestehenden Unsicherheiten sollte als Gegenmaßnahme intensiv mit Vertragsklauseln gearbeitet werden, insbesondere über Widerrufklauseln. Sollte z. B. der statistisch unwahrscheinliche Fall eintreten, dass der Beschenkte vor dem Schenker verstirbt, muss die Schenkung widerrufbar sein und das Unternehmen wieder an den Schenker zurückkehren. Steuerlich hat dies den Vorteil, dass der Rückfall an den Schenker nicht nur keine Erbschaftsteuer auslöst, denn es wird ein vertraglich vorbehaltener Anspruch erfüllt, sondern auch, dass die bei dem Generationenübergang ursprünglich gezahlte Schenkungsteuer teilweise rückerstattet wird.

Eine weitere Widerrufsklausel, die das Unternehmen vor steuerlichen Nachteilen schützen kann, empfiehlt sich, wenn man sich nicht sicher ist, ob die Voraussetzungen für die Verschonung tatsächlich auch im Falle ungünstiger konjunktureller Entwicklungen, die z. B. zum Arbeitsplatzabbau zwingen, eingehalten werden können. Die dann normalerweise eintretende ungeplante Steuerlast kann als Grund für den Widerruf und die Rückabwicklung in den Schenkungsvertrag aufgenommen werden.

Die Steuern allein sollten jedoch kein Anlass für eine Unternehmensübertragung sein. Angesichts des in vielen Unternehmen bereits überfälligen Generationswechsels kann die Steuer ein Argument sein, die Nachfolgeplanung endlich in die Hand zu nehmen.

Werbung im Internet

Wie man Keyword-Advertising und MetaTags richtig nutzt

Dipl.-Inf. Sebastian Aisch
Patentanwalt, European Patent, Trademark + Design Attorney
Gramm, Lins & Partner Patent- und Rechtsanwaltssozietät GbR

Nahezu jedes Unternehmen ist heutzutage mit einer Internetpräsenz online. Suchmaschinenanbieter wie Google®, Yahoo® oder Microsoft BING® bieten dem Internetnutzer die Möglichkeit, anhand von Suchbegriffen die Internetpräsenz der Unternehmen aufzufinden. Durch die Benutzung von MetaTags oder eines Keyword-Advertisings lässt sich das Suchergebnis stark beeinflussen. Werden hierbei fremde Marken verwendet, führt dies schnell zu rechtlichen Problemen.

MetaTags und Keyword-Advertising – was ist das eigentlich?

MetaTags sind Informationen innerhalb einer Internetseite, die bei der Darstellung der Internetseite dem Nutzer nicht angezeigt werden, durch eine Suchmaschine jedoch referenzierbar sind und somit neben dem sichtbaren Inhalt der Internetseite ebenfalls als Grundlage für das Suchergebnis dienen. Durch die richtige Wahl der MetaTag-Begriffe kann der Inhaber der Internetpräsenz das Suchergebnis zu seinen Gunsten beeinflussen.

Beim Keyword-Advertising hingegen werden bestimmte Schlüsselwörter mit einer Werbeanzeige verknüpft. Wird eines der Schlüsselwörter dann für eine Suchanfrage bei dem Suchmaschinenanbieter eingegeben, so erscheint von dem eigentlichen Suchergebnis räumlich getrennt die mit dem Schlüsselwort verknüpfte Werbeanzeige. Klickt der Internetnutzer auf die Werbeanzeige, so wird er meist auf die Internetpräsenz des werbenden Unternehmens weitergeleitet. Keyword-Advertising wird daher oft verwendet, um sich unabhängig vom Suchergebnis zu präsentieren.

Fremde Marken als MetaTags

Die Verwendung von fremden Marken als MetaTags in den Internetseiten der eigenen Internetpräsenz wurde vom höchsten deutschen Zivilgericht grundsätzlich als Markenrechtsverletzung angesehen, wenn auf der eigenen Internetpräsenz durch die fremde Marke geschützte Waren oder Dienstleistungen präsentiert und angeboten werden und es hierbei zu Verwechselungen mit dem Unternehmen des Markeninhabers kommen kann. Soll also mithilfe der fremden Marke als MetaTag auf das eigene Konkurrenzprodukt hingewiesen werden, um bspw. deren Absatz zu erhöhen, liegt eine Markenrechtsverletzung vor. Es ist daher höchste Vorsicht geboten, fremde Marken – identisch oder ähnlich – als MetaTags für die eigene Internetpräsenz zu verwenden.

Etwas anderes gilt jedoch, wenn die fremde Marke für die auf der eigenen Internetpräsenz angebotenen Waren oder Dienstleistungen eine beschreibende Sachangabe darstellt. Auch für den Fall, dass die Werbung mit der fremden Marke grundsätzlich erlaubt ist (§ 23 MarkenG), bspw. dann, wenn der Händler mithilfe der fremden Marke auf Waren oder Dienstleistungen des Markeninhabers hinweist, die der Händler rechtmäßig bewirbt, ist die Verwendung der fremden Marke als MetaTag unkritisch.

Fremde Marken im Keyword-Advertising

Beim Keyword-Advertising – bspw. mittels Google AdWords – liegt die Sachlage anders. Die Verwendung einer fremden Marke als Schlüsselwort für das Keyword-Advertising ist hier grundsätzlich erlaubt, solange die aufgrund des Schlüsselwortes erscheinende Webanzeige eindeutig auf das eigene Unternehmen hinweist. Ist jedoch für den aufmerksamen Internetnutzer nicht oder nur schwer zu erkennen, ob die in der erscheinenden Anzeige beworbenen Waren oder Dienstleistungen aus dem Unternehmen des Markeninhabers oder vielmehr aus dem eigenen Unternehmen stammen, so ist grundsätzlich von einer Markenrechtsverletzung auszugehen.

In einer jüngsten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes (Az. C-323/09) zum Thema Keyword-Advertising wurde darüber hinaus eine Beeinträchtigung der fremden Marke und somit eine Markenrechtsverletzung angenommen, wenn es dem Markeninhaber durch die Verwendung der fremden Marke beim Keyword-Advertising wesentlich erschwert wird, seine Marke einzusetzen, um Verbraucher anzuziehen und an sich zu binden. Denn dadurch würde der gute Ruf einer Marke ausgenutzt und verwässert, was nicht mit einem gesunden und lauteren Wettbewerb in Einklang zu bringen ist.

Fazit

Während bei MetaTags die Verwendung fremder Marken zu Werbezwecken nur sehr eingeschränkt möglich ist, ist beim Keyword-Advertising grundsätzlich mehr Spielraum. Die erscheinende Webanzeige muss klar und deutlich auf das eigene Unternehmen hinweisen und darf den Markeninhaber nicht unzumutbar belasten. Es empfiehlt sich daher, von Zeit zu Zeit die eigenen Marken in Suchmaschinen einzugeben, um festzustellen, ob nicht Mitbewerber den guten Ruf der eigenen Marke ausnutzen.

Mittelbare Patentverletzung oder Mittäterschaft

Haftungsgefahren des Zulieferers bei Patentverletzung durch den Kunden

Dipl.-Ing. Joachim Gerstein | Patentanwalt, European Patent, Trademark + Design Attorney
Gramm, Lins & Partner Patent- und Rechtsanwaltssozietät GbR

Eine unmittelbare Patentverletzung setzt die Verwirklichung sämtlicher Merkmale eines Patentanspruchs voraus. Hieran fehlt es oft bei der Zulieferung von Teilen an einen Kunden, der durch Zusammenbau dann ein patentverletzendes Erzeugnis herstellt. Der Zulieferer ist bei einer solchen häufig vorkommenden Situation nicht unerheblichen Haftungsrisiken ausgesetzt. Es gilt, die Risiken zu erkennen und geeignete Maßnahmen zur Risikominimierung zu treffen.

Bei einer Patentverletzung wird unterschieden zwischen einer unmittelbaren Patentverletzung durch Verwirklichung aller Merkmale eines Patentanspruchs und einer mittelbaren Patentverletzung durch Lieferung eines im Patentanspruch enthaltenen Mittels an einen unmittelbaren Patentverletzer.

Unmittelbare Patentverletzung

Der Umfang, in dem ein Patent Schutz bietet (Schutzbereich), ist durch die Patentansprüche des erteilten Patents festgelegt. Die Herstellung, das Anbieten, Inverkehrbringen und Gebrauchen eines derart patentgeschützten Gegenstandes ist nach § 9 Patentgesetz (PatG) verboten. Ein Verstoß auch in Unkenntnis des Patents begründet einen Anspruch des Patentinhabers auf Unterlassung und bei schuldhaftem Verhalten auch Schadensersatzansprüche. Hierzu reicht bereits Fahrlässigkeit – z. B. durch Unterlassen zumutbarer Maßnahmen zur Verhinderung von Patentverletzungen – aus.

Für eine Patentverletzung ist in erster Linie derjenige verantwortlich, der ein Erzeugnis herstellt, anbietet oder in Deutschland in den Verkehr bringt, das alle Merkmale eines Patentanspruchs aufweist. Es stellt sich nun die Frage, inwieweit darüber hinaus auch diejenigen als Mittäter belangt werden können, die zu der Verwirklichung der Patentverletzung beigetragen haben.

Voraussetzungen einer Mittäterschaft

Als Mittäter ist ein Zulieferer für eine eigentlich von seinem Kunden begangene Patentverletzung mitverantwortlich, wenn die Verletzungshandlung gemeinschaftlich begangen wurde. Voraussetzung ist ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken von Zulieferer und Kunde (§ 830 Abs. 1 S. 1 BGB). Dies kann z. B. eine Anstiftung des Kunden zur Patentverletzung oder eine vorsätzliche Förderung der Patentverletzung sein. Zulieferer und Kunde müssen sich somit zusammengetan haben, um sozusagen in gemeinsamer Verantwortung ein Produkt herzustellen. Auf die Kenntnis eines dem Vorhaben entgegenstehenden Patents kommt es hierbei nicht an. Entscheidend ist, dass der Zulieferer in Kenntnis des Endproduktes, in dem das Zulieferteil eingesetzt werden soll, das Zulieferteil an den Kunden liefert.

Es reicht für eine Tatbeteiligung aus, wenn der Mittäter ungenügende Vorsorge gegen eine mögliche Rechtsverletzung getroffen hat. Daher führt bereits das fahrlässige Ermöglichen einer Patentverletzung zur Tatbeteiligung, sofern eine Rechtspflicht verletzt wurde.

Sorgfaltspflichten

Es besteht die Pflicht für jeden Gewerbetreibenden, sich mit zumutbarem Aufwand Kenntnis darüber zu verschaffen, ob eine Ware patentverletzend ist oder nicht. Dies kann durch eine Patentrecherche mit „Freedom-to-operate"-Gutachten oder im Falle des Importeurs durch Rückversicherung der Patentfreiheit beim Hersteller erfolgen. Was ist aber nun zumutbar?

Im Falle eines am Import von patentgeschützten MP3-Geräten beteiligten Spediteurs hat der BGH eine Grenze der zumutbaren Prüfungspflicht gezogen (Az. Xa ZR 2/08 – „MP3-Player-Import"). Generell trifft einen Spediteur keine Prüfungspflicht im Hinblick auf Schutzrechtsverletzungen durch eine transportierte Ware. Erst wenn dem Spediteur konkrete Anhaltspunkte für eine Schutzrechtsverletzung vorliegen, kann eine Pflicht zur Einholung von Erkundigungen und ggf. zur eigenen Prüfung der Ware entstehen. Der Spediteur ist allerdings eine Ausnahme, da er keine Verfügungsgewalt über von ihm transportierte Erzeugnisse hat, um patentverletzende Handlungen (Herstellung, Vertrieb, Import, Gebrauch und Besitz) vornehmen zu können.

Ein Importeur von im Ausland hergestellten Erzeugnissen hat in Deutschland eine Herstellerfunktion, sodass für ihn dieselben hohen Anforderungen an eine Schutzrechtsprüfung gelten wie für Hersteller. Dies gilt insbesondere für den Import aus Ländern wie China, Taiwan oder Russland.

Einem Risiko der Mittäterschaft sind aber auch im Ausland tätige Firmen ausgesetzt, die in Kenntnis der Bestimmung des Produktes (z. B. Import nach Deutschland) an Kunden patentverletzende Produkte mit Gefahrenübergang im Ausland verkaufen.

Auch ein Projektpartner, der im Auftrag eines Kunden an einer unmittelbaren Patentverletzung mitwirkt, darf sich nicht einfach auf die Erfüllung der Prüfungspflicht durch seinen Kunden verlassen. Eine vertragliche Regelung zur Übertragung der Prüfungspflicht auf den Kunden reicht nicht aus. Entscheidend ist, dass der Projektpartner tatsächlich die Einhaltung einer solchen Vertragspflicht überprüft und ggf. vom Kunden geeignete und zumutbare Maßnahmen einfordert, um die Schutzrechtslage zu prüfen.

Haftungsrisiko des Mittäters

Wer als Mittäter an einer Patentverletzung mitwirkt, haftet für eine Patentverletzung durch den Kunden gesamtschuldnerisch (§ 840 Abs. 1 BGB). Das bedeutet, dass der Zulieferer neben seinem Kunden im vollen Umfang für die eigentlich vom Kunden begangene unmittelbare Patentverletzung einzustehen hat, sofern er nicht mit der gebotenen Sorgfalt die Schutzrechtslage geprüft hat. Der Schadensersatz bemisst sich wahlweise auf Basis einer angemessenen Lizenzgebühr oder nach dem Gewinn des Patentverletzers. Durch die gesamtschuldnerische Haftung kann der Patentinhaber vom Zulieferer nicht nur den Gewinn des Zulieferers, sondern auch den Gewinn seines Kunden, d. h. des unmittelbaren Patentverletzers, fordern.

Mittelbare Patentverletzung

Die Mitwirkung an einer Patentverletzung durch Anbieten oder Liefern von Mitteln, die sich auf ein wesentliches Element einer Erfindung beziehen, d. h. von Teilen, die zur Verwirklichung sämtlicher Merkmale eines Patentanspruchs durch den unmittelbaren Patentverletzer genutzt werden, ist durch den Tatbestand der mittelbaren Patentverletzung (§ 10 PatG) explizit geregelt. Eine solche Mitwirkung geht über die oben erläuterte Mittäterschaft und Störerhaftung für eine unmittelbare Patentverletzung hinaus.

Voraussetzungen einer mittelbaren Patentverletzung

Die entscheidende Frage ist, ob ein Beitrag zur Patentverletzung geleistet wurde. Hierzu müssen sich die angebotenen oder gelieferten Mittel auf ein wesentliches Element der Erfindung beziehen. Weiterhin müssen diese Mittel dazu geeignet und bestimmt sein, für die Benutzung der Erfindung verwendet zu werden.

Wesentliche Elemente einer Erfindung sind alle in einem Patent genannten Mittel, ohne die das patentgeschützte Erzeugnis nicht funktionsfähig ist. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Mittel ansonsten frei verwendbar sind oder nicht.

Ein Zulieferer leistet regelmäßig keinen Beitrag zur Patentverletzung, wenn allgemein im Handel erhältliche Erzeugnisse geliefert werden, die in vielerlei Weise eingesetzt werden können. Bei solchen Massenwaren – wie Nägel, Schrauben oder Standardbauteile der Elektronik – ist es dem Anbieter nicht zuzumuten, sich Kenntnis über die geplante Verwendung durch den Kunden zu verschaffen.

Sorgfaltspflichten

Der mittelbare Patentverletzer musste entweder wissen, dass das gelieferte Mittel für die Benutzung der Erfindung verwendet werden soll oder es musste eine hinreichend sichere Erwartung für die patentverletzende Bestimmung bestehen.

Tatsächlich wird der Zulieferer üblicherweise in die Produktentwicklung seines Kunden mit eingebunden, um ein an den Einsatzzweck angepasstes Produkt zu liefern. Der Zulieferer kennt dann die Bestimmung des von ihm gelieferten Teils. Damit wird der Zulieferer regelmäßig die für eine mittelbare Patentverletzung erforderliche Kenntnis von der Eignung und Bestimmung des gelieferten Teils für die vom Kunden geplante Nutzung haben.

Der Zulieferer kann sich nicht darauf berufen, dass er das Patent nicht kannte. Auf die tatsächliche Kenntnis der Existenz eines Patentes kommt es – wie auch bei der unmittelbaren Patentverletzung – nicht an.

Haftungsrisiko des mittelbaren Patentverletzers

Neben dem Schadensersatz, der z. B. auf Basis des Gewinns des Zulieferers berechnet werden kann, läuft der Zulieferer auch noch Gefahr, von seinem Kunden als eigentlicher unmittelbarer Patentverletzer in Anspruch genommen zu werden. Dieser kann sich in der Praxis oftmals darauf berufen, dass ihm der Zulieferer eine mangelbehaftete Sache geliefert habe, die aufgrund des Patentes nicht für die vorgesehene Bestimmung nutzbar ist (Rechtsmangel).

Fazit

Als Zulieferer sollte man sich auf keinen Fall auf den Hersteller eines Endproduktes verlassen, sondern selbst oder zusammen mit dem Kunden sorgfältig die Schutzrechtslage prüfen. Nur durch eine „Freedom-to-Operate"-Analyse zur Schutzrechtslage lassen sich die hohen Anforderungen an Unternehmen zur Prüfung der Schutzrechtsfreiheit der gelieferten Produkte erfüllen. Standardklauseln in Lieferverträgen zu Rechtsmangelhaftung und ggf. Freistellung des Kunden bei Schutzrechtsverletzungen erhöhen das Haftungsrisiko.

Wessen Mandant?

Das anwaltliche Vertrauensverhältnis nach einem Wechsel der Geschäftsführung einer juristischen Person

Prof. Dr. iur. Christian Wolf | Juristische Fakultät der Leibniz Universität Hannover
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Zivilprozessrecht

Das Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant ist weitreichend gesetzlich abgesichert. In allen Verfahrensordnungen ist das Zeugnisverweigerungsrecht des Rechtsanwalts umfassend geregelt. Sowohl die Handakte des Rechtsanwalts als auch die Korrespondenz zwischen ihm und seinem Mandanten unterliegt einem Beschlagnahmeverbot. Hintergrund der Regelung ist es, das Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant abzusichern, ohne das eine vernünftige Rechtsberatung nicht möglich ist. Der Rechtsanwalt bildet also das interne juristische Gewissen des Mandanten. Was zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Mandanten besprochen wird, soll nicht nach außen dringen, es darf nicht gegen den Mandanten verwendet werden. Die Kommunikation zwischen Mandanten und Rechtsanwalt stellt in diesem Sinne ein weiterhin internes Nachdenken des Mandanten dar.

Diese im Grunde einfache und schlichte Regelung kann sich bei Kapitalgesellschaften wie AG und GmbH leicht in ein juristisches Minenfeld verwandeln und selbst Einzelunternehmen sind im Insolvenzfall nicht vor derartigen Problemen gefeit. Die Problematik lässt sich an drei Fällen veranschaulichen:

Fall 1

Gegen ein deutsches Unternehmen, das an der Wall Street gelistet ist, ermittelt die amerikanische Börsenaufsicht, weil sich das Unternehmen angeblich Aufträge mit Bestechungsgeldern gesichert hat. Im Rahmen des Verfahrens werden große Teile des Vorstands und Aufsichtsrats ausgewechselt. Der neue Aufsichtsrat entbindet den Rechtsanwalt, der die Gesellschaft ursprünglich beraten hat, von seiner Schweigepflicht. Hintergrund der Entbindung sind die Verhandlungen des neuen Vorstands mit der SEC, um eine gütliche Einigung zu erzielen. Die SEC hat hierbei zu einer der Voraussetzungen gemacht, dass die Gesellschaft selbst aktiv an der Aufklärung mitwirkt.

Fall 2

Ein Einzelhandelskaufmann fällt in Insolvenz. Der Staatsanwalt ermittelt wegen verschiedener Delikte im Rahmen der Insolvenz. Der Insolvenzverwalter entbindet den Wirtschaftsprüfer von der Schweigepflicht.

Fall 3

Der Vorstand einer AG hat bestimmte riskante Finanzgeschäfte abgeschlossen. Der Aufsichtsrat will deshalb den Vorstand auf Schadensersatz verklagen. Zur Vorbereitung der Klage fordert er den Rechtsanwalt, der seinerseits den Vorstand bei den Geschäften beraten hat, auf, seine Handakte herauszugeben.

Alle drei Fälle zeigen die in diesen Konstellationen typischen Interessenkonflikte auf. Der Anwaltsvertrag wurde jeweils in dem ersten und letzten Fall zwischen der juristischen Person und dem Rechtsanwalt geschlossen, im zweiten Fall zwischen dem Kaufmann und dem Wirtschaftsprüfer. Zum Beratungszeitpunkt waren sowohl Einzelhandelskaufmann als auch Vorstand noch „Herr des Rechtsanwaltsvertrags". In allen drei Fällen haben sie die Kontrolle über den Anwaltsvertrag verloren, entweder durch Abberufung als Organ der Gesellschaft oder durch die Insolvenzeröffnung.

Umstritten ist nun, in welchem Umfang damit gleichzeitig die Kontrolle über das Mandatsgeheimnis verloren gegangen ist. Grundsätzlich ist derjenige zur Entbindung des Mandatsgeheimnisses berechtigt, zu dessen Gunsten das Mandatsgeheimnis begründet wurde. Einigkeit herrscht auch darüber, dass der Begünstigte des Mandatsgeheimnisses nicht zwingend Partner des zivilrechtlichen Anwaltsvertrags sein muss. Schließt ein Unternehmen mit einem Strafverteidiger zur Verteidigung eines Mitarbeiters einen Anwaltsvertrag ab, ist zwar das Unternehmen aus dem Anwaltsvertrag verpflichtet, das Anwaltshonorar zu zahlen; Herr des Anwaltsgeheimnisses ist aber nicht das Unternehmen, sondern der Mitarbeiter. So klar ist aber die Trennlinie in Fall 1 nicht zu ziehen. Zwar hat das AG Bonn in einer vergleichbaren Konstellation entschieden, dass die Entbindung von der Schweigepflicht durch den jetzigen Aufsichtsrat nicht ausreichend ist und die Entbindung von der Schweigepflicht auch durch den ehemaligen Vorstand erfolgen müsse. Das AG Bonn stützte sich hierbei aber auf eine Aktennotiz des Rechtsanwalts, in der es hieß: „Der Vorstand X wünschte meinen Rat, wie mit dem betreffenden Aufsichtsratsmitglied zu verfahren sei …" Hieraus sei zu folgern, dass die rechtsanwaltliche Beratungstätigkeit auch gegenüber dem Vorstand X persönlich erbracht worden sei.

Auf welch schwankendem Boden sich die Entscheidung des AG Bonn bewegt, zeigen die beiden anderen Fälle. Ursprüng-

lich war die wohl herrschende Meinung der Auffassung, dass der Insolvenzverwalter nicht wirksam vom Verschwiegenheitsrecht entbinden könne. Neuere Entscheidungen aus 2001, 2004 und 2009 von Oberlandesgerichten – darunter das OLG Oldenburg und das OLG Hamburg – haben jedoch für das Zeugnisverweigerungsrecht der Wirtschaftsprüfer anders entschieden. Eine Entbindung von der Schweigepflicht, die den Interessenkonflikt des Zeugen entfallen lässt und eine mögliche Verletzung des Vertrauensverhältnisses ausschließe, stünde demnach ausschließlich demjenigen zu, der Auftraggeber des Zeugen war. Das AG Bonn hat zwar versucht, zwischen Wirtschaftsprüfern und Rechtsanwälten einen Unterschied zu konstruieren, um sich nicht näher mit den neueren Entscheidungen zu den Wirtschaftsprüfern auseinandersetzen zu müssen. Ob der Hinweis des AG Bonn, dass sich die Tätigkeit des Wirtschaftsprüfers im Gegensatz zum Rechtsanwalt an der objektiv überprüfbaren wirtschaftlichen Situation des Auftraggebers orientiere, wirklich trägt, scheint fraglich. Die hieraus abgeleitete Schlussfolgerung, dem Wirtschaftsprüfer werden im Rahmen seiner speziellen beruflichen Tätigkeit nur insoweit geheimhaltungspflichtige Tatsachen bekannt, als sie die juristische Person selbst betreffen, ließe sich jedenfalls auch auf den Rechtsanwalt mit der gleichen Begründung übertragen.

Schließlich verdeutlicht Fall 3 die Problematik noch aus einem anderen Blickwinkel: Grundsätzlich hat der Mandant gegenüber dem Rechtsanwalt (§ 667 BGB) einen Anspruch auf Einsicht und Herausgabe der Handakte. Aus einer ganzen Reihe von Gründen wird man dem zivilrechtlichen Vertragspartner und Mandanten dieses Recht schwerlich absprechen können. Schon allein im Fall des Anwaltswechsels bildet die Handakte die Grundlage der Fortführung des Mandats. Die Frage, ob die Herausgabe der Handakte an den Mandanten, also an die jeweilige juristische Person, gleichfalls der Zustimmung der ursprünglichen Organe bedarf, wurde bislang so gut wie nicht diskutiert. Soweit das Thema in der Literatur angesprochen wurde, ist allerdings ein Vetorecht der ehemaligen Organe gegenüber dem Herausgabeanspruch der juristischen Person abgelehnt worden. Genauso wenig, wie die Organe ihre nach AktG oder GmbHG bestehenden Auskunftspflichten mit dem Hinweis verweigern dürfen, sie würden bei Erfüllung des Auskunftsanspruchs der Gesellschaft die Grundlage für eine mögliche, gegen die Vorstände gerichtet Haftungsklage bilden, wird man ihnen ein Vetorecht bezüglich der Handakte einräumen können.

Was folgt hieraus für die Praxis?

1. Es klingt zunächst bescheiden. In der Praxis dürfte mit Folgendem aber schon viel erreicht sein: Bei allen Beteiligten ist das Bewusstsein zu schärfen, dass die Organe einer juristischen Person nur Verwalter fremden Vermögens sind. Diese Feststellung des BGH hinsichtlich des Untreuetatbestands bei der Entscheidung von Gratifikationen durch den Aufsichtsrat gilt auch hier. Rechtsanwälte und Organe sollten sich im Klaren darüber sein, dass der Mandant die juristische Person ist und im Zweifel die Interessen und Entscheidungen der juristischen Person Vorrang vor denen ihrer ehemaligen Organe haben.

2. Zum Problembewusstsein gehört, dass die beratenden Rechtsanwälte die Vorstände und Aufsichtsräte auch über die Problematik aufklären. Insoweit dürfte der mit der juristischen Person abgeschlossene Beratungsvertrag des Rechtsanwalts drittschützende Wirkung entfalten.

3. Schließlich sind im Bereich der Vorstands- und Aufsichtsratshaftung längst D&O-Versicherungen üblich geworden. Regelmäßig wird die Verpflichtung zum Abschluss einer D&O-Versicherung durch das Unternehmen zugunsten der Organe im Anstellungsvertrag vertraglich fixiert. Man sollte aber bei der D&O-Versicherung nicht stehen bleiben, sondern vielmehr den Organen das Recht einräumen, wegen derjenigen Verpflichtungen, die sie persönlich betreffen (z. B. § 43 GmbHG), auf Kosten der Gesellschaft einen Rechtsanwaltsvertrag mit einem von der Gesellschaft unabhängigen Rechtsanwalt zu schließen. Diese Trennung der Mandatsstruktur führt zwar nicht dazu, dass bezüglich des Firmenrechtsanwalts der Schutz der Organe verbessert wird, wohl aber dazu, dass sie in ihren haftungsrechtlichen und strafrechtlichen Fragestellungen eine das Anwaltsgeheimnis wahrende, intakte Beraterbeziehung haben.

Unternehmenserfolg beim Gang über die Grenze

Was ist bei grenzüberschreitendem Vertrieb zu beachten?

Heiko Ramcke | Rechtsanwalt
Tatiana Getman | Rechtsanwältin
Raupach & Wollert-Elmendorff Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Viele kleine und mittelständische Unternehmen haben Schwierigkeiten, die sich international bietenden Marktchancen für ihr Unternehmen zu nutzen. Es fehlt an einem in der globalen Wirtschaftswelt mittlerweile zwingend erforderlichen internationalen Vertriebsnetz. Darüber hinaus wird die Marktposition der heimischen Produzenten im eigenen Land durch die international ausgerichtete Konkurrenz angegriffen. Deswegen ist der Aufbau eines grenzüberschreitenden Vertriebs ein wesentlicher Faktor für den Unternehmenserfolg. Unternehmen, die sich zum „Gang über die Grenze" entschieden haben, sollten jedoch beachten, dass es Besonderheiten im internationalen Geschäft gibt, deren Nichtbeachtung zu überraschenden Risiken führen kann.

Gängige Vertriebsformen im internationalen Geschäft

Nicht immer ist es für ein Unternehmen vorteilhaft, die Vertragsbeziehungen mit dem Ausland im Wege der Gründung einer eigenen Auslandsgesellschaft zu beginnen. In vielen Fällen ist zu empfehlen, in einem ersten Schritt über ausländische Vertriebsmittler eine gewisse Marktpräsenz im Ausland aufzubauen und so in den Markt „hineinzuschnuppern". Dies erfordert zudem grundsätzlich keine großen Investitionen.

Durch die zunehmende Vernetzung in der weltweiten Wirtschaft entstehen komplexe und neue Vertriebsformen. Gerade Vertriebsformen wie Handelsvertreter und Vertragshändler sind insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen das übliche und passende Mittel zum Einstieg ins Auslandsgeschäft.

Bei der Zusammenarbeit mit den sog. Vertriebsmittlern im internationalen Geschäft ist es besonders wichtig, bestimmte Kernpunkte vorab vertraglich festzulegen.

Rechtswahl

Zunächst ist zu überlegen, welches nationale Recht auf das Vertragsverhältnis mit dem ausländischen Partner anwendbar sein soll; dies gilt trotz der voranschreitenden Harmonisierung des Handelsvertreter- und Vertragshändlerrechts auch für den europäischen Bereich.

Um keine bösen Überraschungen zu erleben, ist es für einen in Deutschland ansässigen Unternehmer ratsam, den Vertriebsvertrag dem deutschen Recht zu unterstellen. Wird keine ausdrückliche bzw. eine stillschweigende Rechtswahl getroffen, so ist nach den Grundsätzen des Internationalen Privatrechts grundsätzlich das Recht des Staates anzuwenden, in dem die sog. „vertragscharakteristische Leistung", also die Vermittlungstätigkeit erbracht wird. Somit ist in diesem Fall grundsätzlich das Recht des Landes anwendbar, in dem der Handelsvertreter bzw. der Vertragshändler tätig ist. Nur eine schriftliche Vereinbarung in dem Vertriebsvertrag kann diese Rechtsfolge abwenden und das Vertragsverhältnis dem deutschen Recht unterstellen.

Gerichtsstandsvereinbarung

Als Nächstes muss daran gedacht werden, eine mit dem gewählten Recht korrespondierende Gerichtsstandvereinbarung zu treffen. Es ist nach Möglichkeit darauf zu achten, dass das anwendbare Recht und der vereinbarte Gerichtsstand nicht auseinanderfallen. Andernfalls müsste ein nationales Gericht sich mit einer ihm fremden Rechtsordnung beschäftigen, was das Verfahren zweifelsfrei verlangsamen und verteuern würde. Dabei muss die Frage der Anerkennung und der Vollstreckbarkeit von

Gerichtsurteilen im nichteuropäischen Ausland berücksichtigt werden. Es nützt den Parteien in aller Regel wenig, wenn beispielsweise ein deutsches Gericht entscheiden darf, das Urteil jedoch gegen einen russischen Handelsvertreter nicht vollstreckt werden kann.

Fehlt eine vertragliche Gerichtsstandsvereinbarung, so muss der deutsche Unternehmer damit rechnen, dass er die Klage gegen den ausländischen Vertriebsmittler vor dem für den Vertriebsmittler zuständigen ausländischen Gericht erheben muss.

Entsprechend der Rechtswahlklausel sollte daher eine Gerichtsstandsvereinbarung in demselben Land, sinnvollerweise am Sitz des deutschen Unternehmens,

getroffen werden. Dies kann allerdings Probleme bei der Vollstreckung eines erwirkten Titels nach sich ziehen.

Eine Kompromisslösung für beide Parteien – insbesondere im Falle der Nichtvollstreckbarkeit von Urteilen in dem jeweils anderen Land – stellt die Vereinbarung einer Schiedsgerichtsklausel und der Ausschluss der ordentlichen Gerichtsbarkeit dar. Dabei ist jedoch zu beachten, dass es keinen Instanzenzug gibt, also gegen den Schiedsspruch nicht vorgegangen werden kann, und die Parteien diesen deshalb zu akzeptieren haben. Ein weiterer Nachteil, der nicht unterschätzt werden darf, liegt in den im Vergleich zu den ordentlichen Gerichten höheren Schiedsgerichtskosten.

Wettbewerbsregeln

Häufig kommt es zu Streitigkeiten zwischen den Parteien hinsichtlich eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes. Während der Vertragsdauer besteht in der Regel ein gesetzliches Wettbewerbsverbot, das sich aus der gesetzlichen Pflicht des Vertriebsmittlers zur Interessenwahrnehmung ergibt. Nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses besteht allerdings grundsätzlich freier Wettbewerb. Soll für den Vertriebsmittler ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart werden, so müssen mehrere Voraussetzungen erfüllt werden und deren Erfüllung vertraglich gesichert sein. Darüber hinaus muss für das nachvertragliche Wettbewerbsverbot nach dem deutschen Recht zwingend eine angemessene Karenzentschädigung gezahlt werden.

Soll der Vertriebsmittler nach Vertragsbeendigung nicht in den freien Wettbewerb mit dem Unternehmen treten können, für das er tätig war, können die Parteien in dem Vertrag ein Wettbewerbsverbot mit einer entsprechenden Karenzentschädigung vereinbaren.

Der Unternehmer kann auf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot einseitig verzichten. Allerdings muss er dafür eine Sechsmonatsfrist beachten. Erst nach deren Ablauf entfällt seine Verpflichtung zur Zahlung einer Entschädigung. Sollte sich das Geschäft aus Unternehmersicht nicht wie geplant entwickeln, muss er also auf den rechtzeitigen Verzicht des Wettbewerbsverbots achten, um von seiner Entschädigungspflicht frei zu werden.

Vertragsbeendigung

Besonders konfliktträchtig im internationalen Vertriebsrecht sind die Kündigung des Vertriebsvertrages und der sich hieran anschließende Ausgleichsanspruch des Vertriebsmittlers. Nach § 89 b HGB kann einem Handelsvertreter im Falle der Beendigung seines Vertragsverhältnisses ein Anspruch gegen seinen vertretenen Unternehmer grundsätzlich bis zu einer Jahresprovision zustehen.

Dieser Ausgleichsanspruch kann nicht vertraglich ausgeschlossen werden. Auch wenn man den Vertrag dem ausländischen Recht unterstellt, hindert dies die Entstehung des Ausgleichsanspruchs nicht, solange der Vertriebsmittler im EU- oder EWR-Gebiet tätig ist. Sollte der Vertriebsmittler seine Tätigkeit nicht innerhalb der EU oder des EWRs ausüben, kann von den zwingenden Vorschriften des deutschen Rechts zugunsten des Unternehmers abgewichen werden. In diesen Fällen ist der Ausgleichsanspruch ausdrücklich im Vertrag auszuschließen.

Fazit

In vielen bedeutenden Ländern bestehen im Hinblick auf die Vertriebsbeziehungen Besonderheiten, die bei der Vertragsgestaltung unbedingt zu beachten sind. Eine entsprechende, auf den Einzelfall ausgerichtete Ausarbeitung des Vertragswerkes im Vorfeld schützt bei einem Gang ins internationale Geschäft vor bösen Überraschungen und sorgt präventiv dafür, dass die Interessenslage des deutschen Unternehmers berücksichtigt wird.

Langfristig erfolgreiche Unternehmen

Im Konjunkturzyklus gezielt auf Kurs bleiben

Dipl.-Kaufmann (FH) Andreas Tieftrunk | i-unit Consulting GmbH, Geschäftsführer
Nicolas Manke, Betriebswirt | i-unit Consulting GmbH, Standortleiter Hannover

Es ist spät am Freitagabend …

… als Thomas Weber sein Büro verlässt. Der geschäftsführende Gesellschafter eines mittelständischen Zulieferbetriebes blickt auf eine erfolgreiche Woche zurück. Gemeinsam mit seinen 150 Mitarbeitern hat er erneut wichtige Meilensteine auf dem Wachstumskurs erreicht. Trotz der angespannten Situation im Euroraum hielt Weber an seiner Internationalisierungsstrategie fest. Die drei innerdeutschen Standorte sollen um zwei internationale Repräsentanzen erweitert werden. Viele Gespräche hat er hierzu geführt, mit Mitarbeitern, Spezialisten und langjährigen Vertrauten. Trotz der unsicheren Wirtschaftslage versuchte keiner, ihm das Vorhaben auszureden. Weber hatte in der Vergangenheit den Ruf erlangt, ein gutes Gespür für die jeweilige Situation zu haben.

Er hatte gerade sein Haus betreten, als das Handy klingelte. Am Telefon war Christian Neumann, langjähriger Freund des Unternehmers und Redakteur eines führenden deutschen Wirtschaftsmagazins. Die beiden kannten sich noch aus Studienzeiten und hatten sich oft gegenseitig unterstützt. Er wollte Weber für einen Beitrag zum Thema „Flexibles Management – Unternehmensführung zwischen Boom und Krise" gewinnen, in dem ausgewählte erfolgreiche Mittelständler ihre Konzepte vorstellen sollten. Gern nahm Weber den Vorschlag an.

Nach dem Abendessen dachte Weber über die Entwicklung seines Unternehmens nach. Was war sein persönliches Erfolgsrezept? Wie konnte sich das Unternehmen externen Veränderungen anpassen? In jeder Situation hatte er mit seinem Team interne und externe Faktoren sachlich bewertet und konsequent reagiert. Über die Jahre hinweg hatte er zusammen mit seinen Beratern stabile Bewertungsmaßstäbe und einen laufenden Strategieprozess unter Einbindung der Leistungsträger entwickelt, die Auskunft und Input zur aktuellen Unternehmenssituation gaben. Nach jedem Quartal bewertete Weber gemeinsam mit seinem Strategieteam die Unternehmenslage neu und reagierte gegebenenfalls. Dieses Erfolgsrezept hatte sich in den zehn Jahren seit Gründung des Unternehmens bewährt und ihn durch Hoch- und Tiefphasen begleitet. Er erinnerte sich noch sehr prägnant an die Zeit zwischen 2008 und 2009, als sich der Markt in kürzester Zeit rapide verschlechterte. Rückblickend hatte Webers Strategie die Existenz seines Unternehmens gesichert und es sogar gestärkt aus der Krise hervorgehen lassen. Er erinnerte sich gut an Wettbewerber, die in der Zeit vor der Krise ihre eigenen Kapazitäten stetig weiter ausbauten. Zahlreiche Unternehmen erhöhten auf diesem Weg ihren Output – aber auch ihre Fixkosten und langfristigen Verpflichtungen. Weber hingegen hatte hier gemeinsam mit Führungskräften und Beratern umsichtig gehandelt: Er hatte Auftragsspitzen mit teuren Zeitarbeitern abgedeckt oder sie gänzlich an Subunternehmer vergeben. Das drückte die Margen, doch Flexibilität und Unabhängigkeit genossen stets höchste Priorität. Die Strategie zahlte sich aus: Während Aufträge zurückgingen, reduzierte das Management den Anteil an Leiharbeitern, erhöhte die Eigenfertigung und verhandelte seine kurzfristig laufenden Rahmenverträge neu. Damit sicherte sich das Unternehmen die erforderliche Beweglichkeit. Schlussendlich gelang es dem Unternehmen sogar, die Schwäche seiner Wettbewerber zu nutzen. Während diese versuchten, fixe Kostenpositionen zu reduzieren, bewahrte sich Weber seine Innovationskraft und investierte antizyklisch in zahlreiche Neuentwicklungen.

Diese Fallstudie gewährt einen Einblick in die Strategie eines erfolgreichen Unternehmens. Die Erfahrung zeigt, dass gezielt eingesetzte Flexibilität langfristig zu den wichtigsten Kriterien nachhaltiger Unternehmensführung zählt. Nur durch einen kontinuierlichen Verbesserungs- und Anpassungsprozess kann gewährleistet werden, auf dynamischen Märkten zu bestehen.

Potenziale in umsetzbare Strategien übersetzen

Strategiezweck

Um strategische Assets langfristig sichern zu können, muss ermöglicht werden, flexibel auf sich verändernde Rahmenbedingungen (Nachfrage, Einkaufsbedingungen, Wettbewerbssituation etc.) zu reagieren. Zur Erhöhung der Anpassungsfähigkeit kann auf verschiedene Instrumente zurückgegriffen werden. Alle Maßnahmen müssen das Unternehmen dabei unterstützen, im Aufschwung kurzfristig Kapazitäten auf- und im Abschwung Kapazitäten abzubauen.

Der Kern jedes erfolgreichen Managementkonzeptes ist eine in sich schlüssige und nachhaltige Unternehmensstrategie. Sie unterstützt den Unternehmer und das Unternehmen dabei, wichtige strategische Assets (Erfolgspositionen) zu identifizieren. Im Rahmen des stetigen Strategiefindungs- und Anpassungsprozesses werden diese situativ erweitert und angepasst.

Beispiele für strategische Erfolgspositionen
- Unternehmenserfolg
- Glaubwürdigkeit
- Kundenorientierung
- Mitarbeiterorientierung
- Innovation
- Liquidität
- ...

Beispiele für Messparameter strategischer Assets	
Unternehmenserfolg	Umsatz, Kosten, Ergebnis, Rentabilität, ...
Glaubwürdigkeit	Dauer der Lieferanten- und Kundenbeziehungen, Zusammenarbeit mit Finanzierungspartnern, ...

Beispiele für Flexibilisierungsmaßnahmen	
Lieferanten	kurzfristige Verträge, keine langfristige Preis- oder Mengenfixierung, ...
Personalkapazitäten	Einbindung von Zeitarbeitern in Boomzeiten, Einbindung von Subunternehmern, ...
Fachwissen	Einbindung von externer Beratung für Einzelprojekte, ...
Finanzierung	Absicherung von Zinkosten durch Zins-Caps, optimale Betriebsmittel- und Investitionsfinanzierung unter Einbindung von Fördermitteln, ...

Die konjunkturelle Entwicklung der vergangenen Jahre zeigt, dass Flexibilität als Merkmal erfolgreicher Unternehmen an Priorität gewonnen hat. Erfahrungsgemäß ist der Mehrwert der Anpassungsfähigkeit höher als die Kosten (z. B. durch höhere Löhne für Zeitarbeiter), die sie generiert. Sie erlaubt dem Managementteam eine Absicherung gegenüber Konjunkturschwankungen. Oft zahlt es sich daher aus, auf Vergünstigungen aus langfristigen Verpflichtungen zu verzichten, solange das Unternehmen dadurch den Handlungsspielraum bewahrt.

Besondere Bedeutung erlangt – gerade im Mittelstand – in diesem Zusammenhang auch die Finanzierung der Unternehmensstrategie. Jede Maßnahme, jede unternehmerische Entscheidung benötigt in der Regel einen Baustein, mit dem sie finanziert wird. Dies gilt ebenfalls für die Anpassungsfähigkeit des Unternehmens. So ist es zwingend notwendig, eine optimale Kombination aus Finanzierungsbausteinen (Bankfinanzierung, Factoring, Finetrading, Leasing, Beteiligungsfinanzierung, Einbindung von Zuschüssen etc.) zu erarbeiten. Da Finanzierungen ebenfalls langfristige Verpflichtungen darstellen können, muss auch bei ihrer Konzeption zwischen Flexibilität und Langfristigkeit entschieden werden.

Strategieprozess

Ein Strategieprozess liefert Antworten auf Fragen, die bei der kritischen Reflexion der Unternehmenssituation entstehen. Im Prozess werden zahlreiche bekannte – aber zunächst selten beantwortete – Fragen berücksichtigt, die im operativen Geschäft oft nicht genug Aufmerksamkeit erhalten:

- Wie beurteilen wir unsere Stärken und Schwächen hinsichtlich Markt, Mitarbeitern, internen Prozessen und Finanzen?
- Was waren wichtige und prägende Brüche und Ereignisse in der Entwicklung unseres Unternehmens?
- Halten unsere strategischen Ziele einer Überprüfung stand oder müssen diese korrigiert werden?
- Kennen wir die Beteiligten und ihre Funktion in den Kaufentscheidungsprozessen unserer wichtigsten Kunden(gruppen)?
- Wo bedrängen / stören uns die Wettbewerber am meisten?
- Was stört uns bei der täglichen Arbeit?

Der Strategiefindungs- und Umsetzungsprozess besteht im Wesentlichen aus drei Schritten.

Schritt 1: Ist-Analyse

Der Strategieprozess beginnt mit der Ist-Analyse. Sie beleuchtet die aktuelle Situation und Positionierung des Unternehmens. Stärken und Schwächen werden identifiziert und einem gewünschten Soll-Zustand gegenübergestellt. Das Unternehmen soll in diesem Schritt kritisch hinsichtlich seiner Ziele (Vision, Mission, Leitbild), seiner Marktpositionierung und seiner internen Strukturen und Prozesse analysiert werden.

Schritt 2: Strategieableitung

In einem zweiten Schritt erfolgt die Ableitung geeigneter Maßnahmen. Erfolgreiche Unternehmer binden wichtige Mitarbeiter in diesen Prozess ein. Durch die Nutzung der Erfahrungen und Ansichten von Leistungsträgern kann eine breitere Sicht auf das Unternehmen ermöglicht werden. Um die Ergebnisse der Strategiefindung nicht durch „Betriebsblindheit" zu verzerren, ist die Einbindung externer Berater ebenfalls zielführend. Der Entwurf eines Maßnahmenkataloges zur Erreichung der vereinbarten Ziele generiert erfahrungsgemäß einen höheren Mehrwert, wenn dieser extern moderiert wird. Es wird zudem zusätzliches Know-how eingebracht. Im Rahmen eines Workshops werden Teilnehmer verschiedener Hierarchieebenen vereint,

Modul 1 – Marktpositionierung	
Kunden und Produkte	Wie definieren wir unser Leistungsprogramm? Wodurch sind unsere Abnehmer definiert? Welchen Bedarf haben unsere Kunden und wie gehen wir auf ihren Bedarf ein? Wie entwickeln sich die Branche und die Märkte unserer Kunden?
Wettbewerb	Welche Anforderungen stellt der Wettbewerb an uns? Wie unterscheidet sich unser Image im Vergleich zu dem unserer Wettbewerber? Wodurch könnten unsere Kunden zum Kauf bei Wettbewerbern motiviert werden? Wie hoch ist der Anteil des gesamten Bedarfes im Markt, den wir mit unseren Produkten bedienen können?
Portfolioanalyse	Wie können wir unsere Produkte und Dienstleistungen nach Portfoliokonzepten beurteilen?

Modul 2 – Interne Analyse	
Aufbauorganisation	Wie ist unser Unternehmen – betrachtet aus der Marktperspektive – aufgebaut? Wie betrachten die Eigentümer unser Unternehmen? Wie ist die Kommunikation im Unternehmen strukturiert? Wodurch zeichnet sich die strategische Führung aus?
Ablauforganisation	Welche Prozesse sind etabliert worden? Wie nehmen die Mitarbeiter die Unternehmensabläufe wahr? Welche Prozesse definieren die Leistungserstellung? Welche Unternehmenskultur streben wir an?
Modul 3 – Ziele und Strategien	
Vision, Mission, Leitbild	Auf welchen theoretischen Grundlagen bauen Vision, Mission und Leitbild auf? Wie können Vision, Mission und Leitbild ausgehend vom Ist-Zustand entwickelt werden?

um im Konsens Maßnahmen abzuleiten. Dabei wird neben der Sachebene auch auf Herausforderungen der Beziehungsebene eingegangen, die einen großen Einfluss auf den Erfolg der Strategiefindung haben können.

Schritt 3: Maßnahmenumsetzung
Der dritte Schritt besteht im regelmäßigen Nachhalten der vereinbarten Maßnahmen. Hier bietet eine externe Strategieberatung eine wichtige Stütze des Unternehmers. Neben der Funktion als das gute Gewissen hält sie Maßnahmen nach und unterstützt den Dialog bei Problemen und Hindernissen in der Umsetzung. Ergänzend kann im dritten Schritt auf einzelne Themengebiete eingegangen werden, die während des Strategiefindungsprozesses identifiziert worden sind (z. B. Coaching von Führungskräften, Mitarbeiterentwicklung, Konfliktmanagement etc.).

Strategieergebnis
Das Ergebnis des Strategiefindungsprozesses liefert einen Katalog wirkungsvoller und auf Realisierbarkeit überprüfter Einzelmaßnahmen. Jede vereinbarte Maßnahme ist hinsichtlich ihrer Verantwortlichkeit (Wer?), ihres eindeutigen Inhalts (Was?) und ihrer Terminierung (Bis wann?) fest fixiert. Auf diesem Weg wird eine konsequente Umsetzung gewährleistet. Auch hierbei spielt die externe Moderation eine wichtige Rolle, um die Umsetzungsdisziplin weiter hochzuhalten. Zudem liefern die im Rahmen der Ist-Analyse angewandten Verfahren eine individuell entwickelte Analysemethode. Sie gewährleistet, dass sämtliche unternehmensrelevanten Informationen erfasst und interpretiert werden. Entscheidend ist, dass die Bewertungskriterien auf der Strategie basieren und damit unmittelbare Umsetzungswerkzeuge der Unternehmensstrategie sind.

Fazit

Die richtige Strategie sichert die Anpassungsfähigkeit des Unternehmens.
Die Strategieentwicklung ist ein evolutionärer Prozess des Unternehmens, der dies immer wieder bestmöglich an die herrschenden Rahmenbedingungen, die nur in Teilen beeinflussbar sind, anpasst. Mit langfristig ähnlichen Kriterien zur Lagebeurteilung kann jederzeit objektiv infrage gestellt und nachvollzogen werden, welche strategische Ausrichtung die beste Antwort auf die aktuelle Marktsituation ist.

Unternehmenserfolg setzt ein festes Instrumentarium voraus.
Bei der Beurteilung der Unternehmenssituation kann ein speziell auf das Unternehmen zugeschnittenes Instrumentarium die Willensbildung der Leistungsträger unterstützen. Die Willensdurchsetzung im Dialog mit den wichtigsten Leistungsträgern erfolgt durch die Ableitung von Maßnahmen aus den Unternehmenszielen. Durch die Definition der Unternehmensstrategie wird gewährleistet, dass die Maßnahmen den Unternehmenszielen zuträglich sind.

Die Strategieentwicklung muss in einem fixierten Prozess ablaufen.
Um eine Rundumsicht auf das Unternehmen und seine Umwelt sicherzustellen, müssen wichtige Akteure des Unternehmens in den Strategieprozess eingebunden werden. Durch den Dialog wird zudem die Akzeptanz von getroffenen Entscheidungen erhöht. Ein externer Moderator kann dabei durch den sog. „Sokratischen Dialog" den Blick auf das Unternehmen objektivieren helfen und bei der Unterstützung von Problemen auf der Beziehungsebene mitwirken. Er dient zudem als wichtige Unterstützung beim Nachhalten der Maßnahmen, fordert und fördert die Umsetzungsdisziplin und gewährleistet, dass der Strategieprozess langfristig einen Mehrwert für das Unternehmen generiert.

Letzte Vorbereitungen vor dem Interview …

Es ist spät in den Morgenstunden, als Weber vom Schreibtisch in seinem Arbeitszimmer aufblickt und ein letztes Mal die Notizen für den Artikel überprüft. Er hatte bereits früher realisiert, dass sein Managementstil, das Führungsteam und die Unterstützung seiner Strategieberater zum Erfolg des Unternehmens beitrugen. Durch das Reflektieren seines Führungsstils erschloss sich ihm nun bewusst die Systematik hinter dem Erfolg.

Er fühlte sich an die Worte erinnert, die sein Berater ihm vor Jahren mit auf den Weg gab:

„Nicht wie der Wind weht, sondern wie Sie Ihre Segel setzen – darauf kommt es an."

Modul 4 – Umsetzungsplanung	
Planung der Maßnahmen	Wer ist für die beschlossenen Maßnahmen verantwortlich? Welcher Zeitraum wird zur Umsetzung vorgesehen? Wie wird zwischen einzelnen Maßnahmen priorisiert? Wie können wir die Realisierbarkeit der Maßnahmen gewährleisten? Welche Risiken ergeben sich eventuell im Umsetzungsprozess?

Mezzanine-Finanzierungen

Das mezzanine Nachrangdarlehen zur Verbesserung des Ratings

Dr. iur. Josef Fullenkamp | Rechtsanwalt | BRANDI Rechtsanwälte

Der aus dem Italienischen stammende Begriff Mezzanine bezeichnet in seiner deutschen Übersetzung das Zwischengeschoss und beschreibt im Bereich der Unternehmensfinanzierung ein hybrides Finanzierungsinstrument, das zwischen Eigenkapital und Fremdkapital anzusiedeln ist. Bei einer relativ niedrigen Eigenkapitalquote deutscher mittelständischer Unternehmen liegt der Vorteil der Mezzanine-Finanzierung darin, dass das Mezzanine-Kapital bei einer entsprechenden vertraglichen Ausgestaltung im Rahmen der Bonitätsprüfung wirtschaftlich dem Eigenkapital zugeordnet wird, was zu einer Verbesserung des Ratings führt. Das gilt unabhängig davon, ob das Kapital auch bilanziell dem Eigenkapital zugeordnet werden kann oder nicht. Typische Erscheinungsformen sind Genussscheine, Wandel- und Optionsanleihen, stille Beteiligungen, partiarische Darlehen und das Nachrangdarlehen.

Wesentliche Merkmale der Mezzanine-Finanzierung sind

- die Nachrangigkeit gegenüber dem herkömmlichen Fremdkapital und das damit verbundene höhere Risiko des Kapitalgebers,
- die höhere Renditeerwartung des Kapitalgebers,
- keine Stellung von Sicherheiten und
- der langfristige Finanzierungscharakter und damit verbundene eingeschränkte Kündigungsmöglichkeiten.

Durch die mit der Erhöhung des wirtschaftlichen Eigenkapitals verbundene Verbesserung des Ratings eröffnet sich die Möglichkeit, Bankkredite zu günstigeren Konditionen in Anspruch zu nehmen.

Das Nachrangdarlehen

Das Nachrangdarlehen ist dadurch gekennzeichnet, dass es nicht besichert ist und der Rückforderungsanspruch des Kapitalgebers im Falle der Insolvenz des Darlehensnehmers im Vergleich zu anderen Gläubigern erst nachrangig befriedigt wird. Dieses Ergebnis lässt sich durch eine Rangrücktrittsvereinbarung erzielen, also durch eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem Kapitalgeber und dem Unternehmen, die Einfluss auf die Befriedigung der Gläubiger in der Insolvenz hat. Es werden unterschiedliche Gläubigerklassen und unterschiedliche Risikostrukturen geschaffen.

Die Rangrücktrittsvereinbarung ist nach der Auslegungsregel in § 39 Abs. 2 Insolvenzordnung (InsO) im Zweifel dahin auszulegen, dass selbst die Gesellschafterdarlehen gem. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO vorrangig bedient werden. Zur Vermeidung dieses für den Fremddarlehensgeber sehr unbefriedigenden Ergebnisses ist bei der Formulierung der Rangrücktrittsvereinbarung besondere Sorgfalt geboten.

Gestaltung der Rangrücktrittsvereinbarung

Die für den Kapitalgeber negative Auslegungsregel des § 39 Abs. 2 InsO gilt nur für unspezifische Nachrangabreden, aus denen sich die Rangordnung nicht zweifelsfrei ergibt. Es liegt deswegen in der Hand des Kapitalgebers, die Rangordnung des Rückzahlungsanspruchs in der Rangrücktrittsvereinbarung eindeutig zu regeln und dabei seine Interessen so weit wie möglich zu wahren. Während bei standardisierten Mezzanine-Programmen ein qualifizierter Rangrücktritt zugunsten aller Gläubiger des Unternehmens zur Vermeidung der Feststellung der Überschuldung üblich ist, kann der Rangrücktritt bei der individuell vereinbarten Finanzierung zugunsten bestimmter Darlehensgeber vereinbart werden. Dabei handelt es sich um einen schuldrechtlichen Vertrag zwischen dem Kapitalgeber, dem Schuldner und dem begünstigten Gläubiger. Der Zurücktretende verpflichtet sich, seinen Rückzahlungsanspruch nicht zulasten des bevorrechtigten Gläubigers geltend zu machen. Er verzichtet bis zur vollständigen Befriedigung des vorrangigen Gläubigers auf die Befriedigung seines Rückzahlungsanspruches durch Tilgung oder Aufrechnung.

Zu differenzieren ist also zwischen Nachrangabreden mit insolvenzrechtlicher Wirkung gegenüber einer Vielzahl von Gläubigern und der Rangrücktrittserklärung einzelner Gläubiger gegenüber bestimmten anderen Gläubigern, die den zurücktretenden Gläubiger lediglich schuldrechtlich gegenüber seinem Vertragspartner verpflichten, den Anspruch nicht zulasten des bevorrechtigten Gläubigers geltend zu machen.

Fazit

Bei der Vereinbarung eines Nachrangdarlehens muss sich der Kapitalgeber stets über das erhöhte Ausfallrisiko dieses ungesicherten Kredits im Klaren sein. Deswegen ist darauf zu achten, dass der Rangrücktritt klar und eindeutig formuliert wird, um einerseits zu gewährleisten, dass die Mittel wirtschaftlich als Eigenkapital behandelt werden und andererseits zu verhindern, dass in der Insolvenz der Rückzahlungsanspruch erst nachrangig gegenüber den Gesellschafterdarlehen befriedigt wird.

Was haben Basel III und eine Wirtschaftskrise gemeinsam?

Mit Eigenkapital und guter Liquidität sicher in die Zukunft: Wie rüste ich mich als mittelständischer Unternehmer?

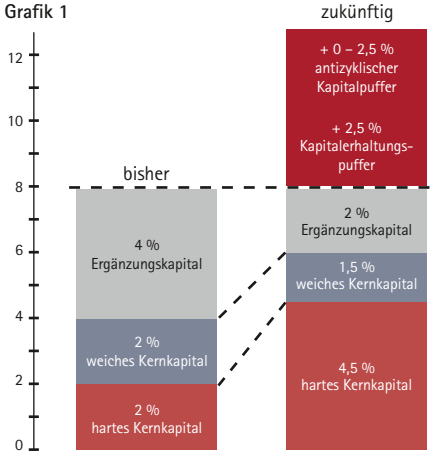
Rainer Breselge | Niedersächsische Bürgschaftsbank (NBB) GmbH, Geschäftsführer
Detlef Siewert | Mittelständische Beteiligungsgesellschaft Niedersachsen (MBG) mbH, Geschäftsführer

In den Wirtschaftsnachrichten wird in den zurückliegenden Wochen und Monaten immer wieder auf mögliche Beeinträchtigungen der Mittelstandsfinanzierung durch die Auswirkungen von Basel III hingewiesen. Gleichzeitig trübt sich die Konjunktur ein und mancher fragt sich, ob eine ähnliche Entwicklung wie 2009 drohen könnte. Was verbirgt sich hinter Basel III und welche Möglichkeiten haben Unternehmen und Selbstständige, sich zukunftsorientiert gut in Position zu bringen?

Basel III im Überblick

Basel III wurde durch den Basler Ausschuss für Bankenaufsicht (BCBS) auf Basis von Basel II sowie den Erfahrungen aus der weltweiten Finanz- und Wirtschaftskrise erarbeitet und soll ab dem 01.01.2013 schrittweise in Kraft treten. Mit der Ergänzung bzw. Verschärfung der vorangegangenen Bankenregulierung wird das Ziel verfolgt, den Finanzmarkt stabiler zu machen. Es werden künftig strengere Kriterien für das Eigenkapital der Kreditinstitute gelten und das sowohl in quantitativer wie auch in qualitativer Hinsicht. Das Eigenkapital eines Finanzinstitutes setzt sich aus Kern- (hartes und weiches) und Ergänzungskapital zusammen. Der Anteil des erforderlichen harten Kernkapitals steigt. Darüber hinaus kann sich die Gesamtkapitalquote durch einen Kapitalerhaltungspuffer von 2,5 % sowie antizyklische Kapitalpuffer auf insgesamt 13 % erhöhen. Einzelheiten gibt die nebenstehende Grafik 1 wieder. Das Geschäftsvolumen wird durch eine „Leverage Ratio" zusätzlich begrenzt und die Möglichkeiten, kurzfristige Mittel wie Sichtguthaben und Spareinlagen mittel- bis langfristig als Darlehen auszuleihen, werden beschränkt.

Grafik 1



Was bedeutet das für den Mittelstand?

Untersuchungen kommen zu dem Ergebnis, dass Kredite mit Basel III insgesamt teurer und knapper werden könnten. Kreditinstitute, die nicht über ausreichend Eigenkapital verfügen oder die Kapitalbasis stärken können, werden sogenannte risikogewichtete Aktiva (z. B. Kredite, Beteiligungen usw.) abbauen. Je schlechter die Bonität des Kunden ist, desto mehr Eigenkapital muss die Bank zur Absicherung eines Kreditausfalls für diesen Kredit zurücklegen.

Die Bonität der Kreditnehmer wird auch künftig mithilfe von Ratingverfahren ermittelt. Mit einer Optimierung des Ratings, einer hohen Eigenkapitalquote und werthaltigen Sicherheiten lassen sich die Kreditkosten also auch künftig steuern. Ebenso verbessert eine aktive und professionelle Finanzkommunikation mit der Hausbank den Ratingwert.

Eigenkapital und Liquidität – wichtig für die Bonität

Bereits während der Finanz- und Wirtschaftskrise vor zwei Jahren hat sich gezeigt, dass Unternehmen mit einer guten Kapitaldecke und guter Liquiditätsausstattung die Krise besser überstanden haben als die Betriebe mit weniger soliden Kapitalpuffern. Auch die Dax-Unternehmen haben in den zurückliegenden zwei Jahren ihre Eigenkapital- und Liquiditätsausstattung deutlich verbessert, um für mögliche Rückschläge gewappnet zu sein.

Je höher die Eigenkapitalquote ist, desto besser kann ein Unternehmen – auch unerwartete – Verluste verkraften oder auch längere Zeit „Ertragsdurststrecken" überstehen. Eine hohe Liquidität zeigt, dass das Unternehmen seinen Zahlungsverpflichtungen jederzeit nachkommen kann. Illiquidität ist einer der häufigsten Insolvenzgründe. Beide Kriterien – Eigenkapital und Liquidität – beeinflussen das Rating maßgeblich.

Wie kann ich Eigenkapital und Liquidität verbessern?

Die wichtigste Quelle zur Stärkung der Eigenmittel ist die Thesaurierung von Gewinnen. Dies ist bei Mittelständlern aber häufig nicht in ausreichendem Maße kurz-

fristig möglich. Kapitalbeschaffung über die Börse durch eine Mittelstandsanleihe oder Aktienausgabe scheidet ebenfalls meist aus. Gerade bei Unternehmenswachstum oder größeren Investitionen verschlechtert sich aber häufig die Eigenkapitalquote, da das Eigenkapital nicht ausreichend mitwächst. Beteiligungskapital ist in solchen Zeiten ein besonders wichtiger Baustein für die Finanzierungsstruktur. Den Unternehmer bewegt in solch einer Situation natürlich die Frage, was für einen Gesellschafter er dabei ins Unternehmen holt und inwieweit seine Handlungs- und Entscheidungsspielräume dadurch künftig eingeschränkt werden. Er muss sich auch entscheiden, ob er operativ in der Unternehmensführung unterstützt werden möchte oder ob die Finanzierungsunterstützung für ihn im Vordergrund steht. Wenn Letzteres der Fall ist, bieten sich bei Beträgen von bis zu 1 Mio. Euro die Mittelständischen Beteiligungsgesellschaften – kurz MBG – als Beteiligungsgeber an, die in jedem Bundesland mit öffentlichem Förderauftrag die Eigenkapitalausstattung von KMU – kleinen und mittleren Unternehmen – verbessern helfen. Diese stillen Beteiligungen stehen dem Unternehmen bis zu zehn Jahren tilgungsfrei zur Verfügung, werden bei der Bilanzanalyse wie Eigenmittel behandelt, da sie hinter alle anderen Gläubiger im Rang zurücktreten, und verbessern somit die Eigenkapitalquote und das Rating. Die bessere Ratingnote verbessert nicht nur die Kreditaufnahmemöglichkeiten, sondern auch die Kreditkonditionen. Gegenüber einem ratierlich zurückzuführenden Bankdarlehen ergibt sich auch eine deutliche Liquiditätsverbesserung. Da sich die MBG als Finanzierungspartner versteht und keine Mehrheitsbeteiligungen anstrebt, greift sie auch nicht in das operative Geschäft des Unternehmers ein, sondern berät ihn nur bei Bedarf. Der Unternehmer wird somit in seinen Handlungsoptionen nicht eingeschränkt.

Offene und stille Beteiligungen der NKB

Darüber hinaus gibt es in Niedersachsen die Möglichkeit, offene und stille Beteiligungen aus dem Fondsprogramm NBeteiligungen der Kapitalbeteiligungsgesellschaft Niedersachsen (NKB), einer 100-prozentigen Tochter der NBank, zur Finanzierung von Investitionen oder zur Stärkung der Liquidität aufzunehmen. Die Obergrenze liegt bei stillen Beteiligungen bei 2,5 Mio. Euro bzw. bei offenen Beteiligungen bei 200 000 Euro, wobei die NKB nur Minderheitsbeteiligungen eingeht. Da die Beteiligungen der NKB von der MBG betreut werden, kann man je nach Bedarf auch Kombinationsmodelle zur individuell optimierten Finanzierung zusammenstellen. Sowohl die stillen Beteiligungen der NKB als auch die der MBG werden nicht aus dem Unternehmen heraus besichert. Es sind allerdings persönliche Garantien der maßgeblich handelnden Personen erforderlich.

Vollwertige Sicherheiten durch die NBB erhöhen die Kreditmöglichkeiten

Wenn die Eigenkapitalausstattung als befriedigend angesehen wird, aber die Liquiditätslage nicht ausreicht, um z. B. Skonto ziehen zu können, dann sollte man mit seiner Hausbank über eine Ausweitung der Kreditlinien oder ein Betriebsmitteldarlehen sprechen. Wenn die Sicherheiten aus Sicht der Hausbank keine Ausweitung des Kreditengagements zulassen, könnte durch Einbindung der Niedersächsischen Bürgschaftsbank (NBB) GmbH hier eine Lösung herbeigeführt werden. Im Rahmen einer Bürgschaftsübernahme ersetzt die NBB fehlende bankübliche Sicherheiten, falls eine eigene Besicherung nicht ausreichend darstellbar ist. Kredite können mit einer bis zu 80-prozentigen Ausfallbürgschaft und einem Höchstbetrag von 1 Mio. Euro werthaltig abgesichert werden. Die Verbesserung der Besicherungsklasse führt für den Kreditnehmer auch zu günstigeren Konditionen bei KfW- und Niedersachsenkrediten, wie Grafik 2 zeigt. Der Preisvorteil übersteigt in aller Regel sogar die Kosten für die NBB-Bürgschaft. Auch bei Hausbankkrediten sollte sich die bessere Besicherung in günstigeren Konditionen niederschlagen.

Politik und Wirtschaft haben im Laufe der Zeit verschiedene Instrumente zur Verbesserung der Mittelstandsfinanzierung und Wirtschaftsförderung erarbeitet. Diese gilt es nun, sinnvoll zu kombinieren, um Unternehmensstabilität und Investitionsvorhaben auf eine breite Basis zu stellen. Beteiligungen stellen, ebenso wie Bürgschaften, einen Baustein einer soliden Finanzierungsstruktur dar: Es ist davon auszugehen, dass Beteiligungskapital im Zuge der Umsetzung von Basel III einen elementaren Bestandteil zur Unternehmensbonität beitragen wird.

Um konjunkturell negative Auswirkungen und Kreditklemmen für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) zu verhindern, werden Banken mit verschiedenen Finanzierungspartnern wie zum Beispiel Beteiligungsgesellschaften sowie Bürgschaftsbanken bei künftigen Finanzierungsvorhaben noch enger zusammenarbeiten. So können Banken die neuen Auflagen erfüllen und Unternehmen weiterhin die Möglichkeit bieten, in Wachstum und Innovation zu investieren.

Grafik 2

Günstigere Kreditzinsen für den Kunden durch NBB-Bürgschaft | Unternehmerkredit 10/2/10 – Stand 02.01.2012

80 % BÜ –2,60 % mit 80 %iger NBB-Bürgschaft

	Bonitätsklasse	1	2	3	4	5	6	7
Besicherung	Absicherung							
1	≥70 %	A 2,45 %	B 2,70 %	C 3,10 %	D 3,40 %	E 3,90 %	F 4,50 %	I 6,80 %
2	>40 – <70 %	A 2,45 %	C 3,10 %	E 3,90 %	F 4,50 %	G 5,20 %	I 6,80 %	I 6,80 %
3	≥40 %	A 2,70 %	E 3,90 %	H 5,70 %	H 5,70 %	I 6,80 %	6/3 9,10 %	
Verbesserung durch NBB-BÜ um		0,25 %	1,2 %	2,60 %	2,30 %	2,90 %	4,60 %	

Verbesserung der Bonitätsklasse durch MBG-Beteiligung

Doppelnützige Treuhand

Instrument der Praxis für eine insolvenznahe Sanierung

Manuel Sack | Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Insolvenzverwalter
Leif Engelbrecht | Rechtsanwalt, Wirtschaftsmediator
Brinkmann & Partner Rechtsanwälte | Steuerberater | Wirtschaftsprüfer

Den in den Medien und im beratenden bzw. unternehmerischen Alltag regelmäßig aktualisierten Nachwirkungen der Wirtschafts- und Finanzkrise kann man sich neben den üblichen betrieblichen Herausforderungen nicht entziehen. Nicht zuletzt durch Insolvenzverfahren wie Lehman Brothers, Arcandor und Woolworth werden einzelne Aspekte und die zentrale Funktion der Insolvenzordnung (InsO) ohne Einschränkungen durch die Größe und Bedeutung einzelner Unternehmen („too big to fail") auf allen Ebenen diskutiert. Neben Haftungs- und Verlust- bzw. Ausfallrisiken unter anderem für Gesellschafter, Arbeitnehmer, Lieferanten, Kreditversicherer und Banken werden vermehrt auch die Chancen wahrgenommen, die das Insolvenzverfahren mit Instrumenten wie Insolvenzplan und Eigenverwaltung bietet. Außerhalb der Möglichkeiten, die die InsO eröffnet, stellt die Beratungspraxis unter anderem mit der „doppelnützigen Treuhand" Sanierungsstrukturen zur Verfügung, die rechtzeitig vor einer Insolvenzreife des zu sanierenden Unternehmens erfolgversprechend sind.

Eine Stärkung von Sanierungsmöglichkeiten auf Grundlage der InsO bezweckt zwar der zurzeit viel diskutierte Gesetzentwurf zur weiteren Erleichterung der Unternehmenssanierung (RegE-ESUG). Auch ein erweiterter Gläubigereinfluss und eine Stärkung der Eigenverwaltung als wesentliche gesetzgeberische Motive der allseits erwarteten InsO-Novelle werden die teilweise auch nachteiligen Wirkungen eines Insolvenzverfahrens für die an einer Sanierung zentral interessierten Beteiligten nicht abschließend beseitigen können. Die InsO wird ein „öffentliches" Verfahren bleiben, an dem fremdbestimmte Dritte weiterhin Rechte und Pflichten zur Einflussnahme haben. So sind die vorbezeichneten Fälle nicht nur Beispiele dafür, dass selbst Unternehmen mit mehreren Hunderttausend Mitarbeitern vor einem Insolvenzverfahren nicht geschützt sind, sondern auch dafür, dass eine fehlgeschlagene Verständigung der Stakeholder im Vorfeld gescheitert ist und eine etwaige Chance auf eine effektive, nicht öffentlichkeitswirksame und auf die Sanierungsthemen beschränkte Restrukturierung vergeben wurde. Grund sind häufig unüberbrückbare Vertrauensverluste zwischen den Gesellschaftern oder zwischen den Gesellschaftern, der Gesellschaft, deren Geschäftsführung und den (Haupt-) Gläubigern. Soweit für diese Beteiligten eine Zusammenarbeit jedoch weiterhin vorstellbar oder ein Glaube der (Haupt-) Gläubiger an die Sanierungschancen des Unternehmens gegeben ist, verfügt die Sanierungspraxis über Sanierungsinstrumente, die der jeweils vorgefundenen Situation entsprechen.

Ein in der jüngeren Vergangenheit – beispielsweise bei der Adam Opel GmbH – erfolgreich angewandtes Verfahren ist ein als „doppelnützige Treuhand" bezeichnetes Modell. Dem Treuhänder werden von den Gesellschaftern, die neue Liquidität nicht in hinreichendem Umfang zur Verfügung stellen, Anteile an dem zu sanierenden Unternehmen („Gesellschaftsanteile") übertragen, sofern insbesondere die in der Vergangenheit das Unternehmen finanzierenden Banken zu Sanierungsbeiträgen bereit sind. Diese wiederum werden (befristete) Stundungen nur aussprechen und frisches Geld nur zur Verfügung stellen, wenn ein Sanierungskonzept die Erwartung begründet, dass ihre bisherigen Sicherheiten werthaltig(er) gemacht und Forderungsausfälle vermieden bzw. minimiert werden können. Gemeinsames Ziel der Sanierung ist mithin die Wiederherstellung der Überlebens- und Kapitaldienstfähigkeit des Unternehmens oder eine Beteiligung der sanierungsbegleitenden Banken am Erlös aus einem Verkauf der Gesellschaftsanteile.

Die Doppelrolle des Treuhänders gegenüber Gesellschaftern und Gläubigern (Verwahrung/Verwaltung und Sicherung) dient während der sich an eine Übertragung zu treuen Händen anschließenden Sanierung insbesondere dem Interesse der beteiligten Gläubiger an einer Wertsteigerung des Unternehmens und einer Revitalisierung oder optimierten Abwicklung des Engagements.

Darüber hinaus dient der Treuhänder dem Interesse der Gesellschafter. Der Wert ihrer Gesellschaftsanteile ist zum Zeitpunkt der Übertragung regelmäßig erheblich vermindert. Mit den Sanierungsbeiträgen der Gläubiger können die Gesellschafter von einer erneuten Werthaltigkeit der Anteile profitieren. Entweder ihre bereits bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten reduzieren sich durch den Wertzuwachs des ihnen (möglichst) weiterhin wirtschaftlich zurechenbaren Geschäftsanteils oder sie haben die Aussichten, erneut werthaltige Geschäftsanteile zurückzuerhalten. Letzteres ist in der Praxis ein durchaus

realisierbares und in der Vergangenheit mehrfach realisiertes Szenario.

Auch bei der doppelnützigen Treuhand ist ein zentraler Punkt die vertragliche Ausgestaltung, insbesondere hinsichtlich der Verteilung des Einflusses auf das zu sanierende Unternehmen. Den Voraussetzungen für eine Rückübertragung der Anteile bzw. einen Verkauf des Unternehmens kommt aus unterschiedlichen Gründen eine entscheidende Bedeutung zu. Bei identischer Grundstruktur können und sollten diese und weitere Komponenten in der vertraglichen Konstruktion dem jeweiligen Sanierungseinzelfall angepasst formuliert werden. Eine vorhandene, gleichwohl überschaubare Komplexität, insbesondere steuer- und haftungsrechtlicher Natur, gilt es dabei, für die Berater zu berücksichtigen.

Von zentraler Bedeutung für die doppelnützige Treuhand ist die „Treuhandabrede" zwischen den Gesellschaftern als Treugebern und dem Treuhänder (nicht selten in Form einer Treuhandgesellschaft), neben der eine weitere Vereinbarung zwischen dem Treuhänder, den Gläubigern und gegebenenfalls den Gesellschaftern stehen kann.

In der Treuhandabrede, die gegebenenfalls als Vertrag zugunsten Dritter, namentlich zugunsten der sanierungsbeteiligten Gläubiger, ausgestaltet werden kann, werden insbesondere das „Dürfen" des Treuhänders im Innenverhältnis und die Konkretisierung von Sicherungszweck und -fall bestimmt. Mit Blick auf einen nicht ausgeschlossenen künftigen Verkauf der Gesellschaftsanteile durch den Treuhänder sollten die für Kauf- und Abtretungsverträge üblichen selbstständigen Garantien der Gesellschafter (Kapitalaufbringung und -erhaltung, Steuern etc.) bereits aufgenommen werden. Die Weisungsbefugnisse (s. o.) gegenüber dem Treuhänder, dem nach Übertragung ansonsten vollumfänglich die Ausübung der Gesellschafterrechte zusteht, sind ebenso zu regeln wie beispielsweise die Informationsrechte der Beteiligten, der Bedingungseintritt für eine bzw. die Gestaltung einer Verwertung oder Rückübertragung des Treuguts (Geschäftsanteile; s. o.), eine Freistellung des Treuhänders, dessen Pflichten zur Rechnungslegung und nicht zuletzt die Vergütung des Treuhänders. Bei der Gestaltung haben die Berater insbesondere die Themenkomplexe „faktische Geschäftsführung", „Eigenkapitalersatz", „Untergang von Verlustvorträgen", „Realisierung von Einbringungsgewinnen (UmwStG)" und „Vermeidung von Grunderwerbsteuer" zu berücksichtigen.

Trotz bzw. gerade aufgrund einer nicht zu unterschätzenden und in erfolgversprechenden Fällen erfahrungsgemäß kurzfristig sowie einvernehmlich darstellbaren Regelungsdichte lassen sich mit der doppelnützigen Treuhand die meist unverzüglich anstehenden operativen Maßnahmen auf einer soliden rechtlichen und erneutes Vertrauen vermittelnden Grundlage von allen Beteiligten angehen.

Die doppelnützige Treuhand ermöglicht es den Sanierungsbeteiligten, in einem komplexen Umfeld auf Grundlage einer individualisierten Struktur eine effektive Sanierung umzusetzen. Diese Flexibilität und grundsätzliche Fähigkeit, sich an ändernde gesetzliche und wirtschaftliche Rahmenbedingungen anzupassen, sowie die Möglichkeit, Sanierungsmaßnahmen schnell umzusetzen oder einzustellen, qualifizieren die doppelnützige Treuhand auch künftig als nicht zu vernachlässigendes Sanierungsinstrument.

BRINKMANN & PARTNER
Rechtsanwälte | Steuerberater | Wirtschaftsprüfer

In rauer See braucht man
einen verlässlichen Partner.

HANNOVER
Walderseestraße 1
30163 Hannover
Telefon: 0511/22 88 9-0
Telefax: 0511/22 88 9-222
hannover@brinkmann-partner.de

BRAUNSCHWEIG
Altstadtmarkt 8/9
38100 Braunschweig
Telefon: 0531/12 94 86-0
Telefax: 0531/12 94 86-22
braunschweig@brinkmann-partner.de

MAGDEBURG
Otto-von-Guericke-Straße 50
39104 Magdeburg
Telefon: 0391/53 42 61-0
Telefax: 0391/53 42 61-16
magdeburg@brinkmann-partner.de

HAMBURG BERLIN ROSTOCK KIEL MÜNCHEN DÜSSELDORF FRANKFURT A.M. LEIPZIG STUTTGART BIELEFELD KASSEL KÖLN LONDON
Weitere Standorte und Informationen über uns finden Sie im Internet unter www.brinkmann-partner.de.

ESUG

Neue Chancen für insolvente Unternehmen und deren Gläubiger

Dr. iur. Carsten Hoppmann | Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
BRANDI Rechtsanwälte

Der Gesetzgeber hat mit dem Gesetz zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (kurz: ESUG) eines der größten Reformpakete in der Geschichte der Insolvenzordnung verabschiedet. Das Gesetz tritt zum 01.03.2012 in Kraft. Ziel des Gesetzes ist es, die Sanierungschancen für insolvenzbedrohte Unternehmen zu erhöhen. Zu den wichtigsten Regelungen gehören neben der Stärkung der Gläubigerstellung bei der Insolvenzverwalterauswahl auch die frühzeitige Eigenverwaltung im Rahmen eines sog. Schutzschirmverfahrens sowie der Ausbau des Insolvenzplanverfahrens.

Auswahl der Insolvenzverwalter

Nach der bisherigen Rechtslage wählt das Insolvenzgericht ohne Beteiligung der Gläubiger den Insolvenzverwalter aus. Nach dem ESUG soll unmittelbar nach Insolvenzantragstellung das Insolvenzgericht einen vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzen, wenn das insolvente Unternehmen bestimmte Größenkriterien verwirklicht.

Aufgabe dieses vorläufigen Gläubigerausschusses ist es, einen geeigneten Insolvenzverwalter auszuwählen. Wenn der vorläufige Gläubigerausschuss sich einstimmig auf einen Insolvenzverwalter geeinigt hat, soll das Insolvenzgericht diesen auch bestellen. Die Neuregelung bietet für die Gläubiger die Möglichkeit, für das schuldnerische Unternehmen geeignete Insolvenzverwalter auszuwählen, die mit Branchen- und Unternehmensbesonderheiten auch tatsächlich vertraut sind.

Diese positiv zu bewertende Mitwirkungsmöglichkeit der Gläubiger setzt aber ein schnelles Handeln bereits im Vorfeld der Insolvenzantragsstellung voraus. Es besteht nämlich die Möglichkeit, dass das Insolvenzgericht einen Verwalter ohne Einbeziehung des vorläufigen Gläubigerausschusses bestellt, wenn die Gefahr besteht, dass ohne die Einsetzung eines entsprechenden vorläufigen Verwalters Schaden für die Gläubiger entsteht. Die Gläubiger müssen sich daher bei der sich abzeichnenden Insolvenz des Unternehmens über die Zusammensetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses kurzfristig verständigen.

Schutzschirmverfahren

Mit der Insolvenzantragstellung verlieren Geschäftsführer und Gesellschafter den Einfluss auf das insolvente Unternehmen. Der vom Gericht bestellte Insolvenzverwalter hat die Zügel sodann in der Hand. Die Angst vor dem Verlust der Entscheidungsmacht führt oftmals zu einer sehr späten Insolvenzantragstellung.

Ein Unternehmen soll nach dem Inkrafttreten des ESUG bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung die Möglichkeit erhalten, innerhalb von drei Monaten in einer Art Schutzschirmverfahren unter der Aufsicht eines Sachwalters in Eigenverwaltung einen Sanierungsplan auszuarbeiten. Im Rahmen der Eigenverwaltung behalten die Geschäftsführer den Einfluss auf das Unternehmen. Das Gericht soll zudem den vom Unternehmen vorgeschlagenen Sachwalter einsetzen und auf gesonderten Antrag hin Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen das Unternehmen untersagen bzw. einstweilen einstellen können.

Der vom Gesetzgeber gespannte Schutzschirm bietet für Geschäftsführer und Gesellschafter von insolventen Unternehmen eine letzte Chance, die es auch ermöglicht, insolvenzerfahrene Manager in das Unternehmen zu holen und das Unternehmen ohne störende Dritteinflüsse zu sanieren.

Ausbau des Planverfahrens

Das Insolvenzplanverfahren als Sanierungsinstrument stellt einen vom Insolvenzverwalter geleiteten Vergleich dar, dem die Mehrheit der in Gruppen aufgeteilten Gläubiger zustimmen muss. In der Praxis hat sich gezeigt, dass einzelne Gläubiger in missbräuchlicher Weise das Wirksamwerden des Insolvenzplans verhindern konnten. Es besteht nunmehr eine verbesserte Möglichkeit, den Insolvenzplan auch gegen den Willen einzelner Gläubiger durchzusetzen.

Im Rahmen des Planverfahrens wird ferner als weiteres Sanierungsinstrument die Möglichkeit geschaffen, Forderungen von Gläubigern mit einem sog. Debt-Equity-Swap in Gesellschaftsanteile umzuwandeln und die Gläubiger somit direkt an der Gesellschaft zu beteiligen. Eine Zustimmung der Altgesellschafter ist bei dieser Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital nicht erforderlich. Die Gläubiger können somit einen direkten Einfluss auf die Entscheidungen im Unternehmen ausüben und sich an dem Mehrwert des Unternehmens beteiligen.

Zusammenfassung

Die Neuerungen des ESUG sind insgesamt positiv zu bewerten, da sie die Sanierungschancen für insolvenzbedrohte Unternehmen deutlich erhöhen. Sie setzen bei Gesellschaftern, Geschäftsführern und Gläubigern aber eine erhöhte gesellschaftsrechtliche Sachkenntnis und viel Fingerspitzengefühl voraus.

Geldwäschegesetz 2012

Der Nichtfinanzsektor wird stärker überwacht

Michael Weber-Blank, NLP M. | Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Wirtschaftsmediator (DAA)
BRANDI Rechtsanwälte

Das Geldwäschegesetz (GwG) führte in den letzten Jahren im Bereich der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität ein Schattendasein. Die ohnehin unbeliebten Verdachtsanzeigen führten selten zu Ergebnissen. Das soll jetzt nach dem Willen der Bundesregierung anders werden.

Prüfungspflichten für Betriebe werden erweitert

Mit dem neuen Entwurf eines Gesetzes zur Optimierung der Geldwäscheprävention (GwG-E) werden zahlreiche neue Prüfungs- und Auskunftspflichten für den sog. Nichtfinanzsektor eingeführt. Ein Problem bei den Identifizierungsvorschriften war schon immer, dass ein hinter der handelnden Person stehender Dritter nicht oder nur sehr schwer festzustellen war. Schon das alte GwG hat zur Beschreibung solcher Hintermänner den Begriff des wirtschaftlich Berechtigten eingeführt, der hinter dem tatsächlich Handelnden stehen kann. Branchen, in denen viel mit größeren Bargeldsummen gehandelt wird, wie etwa der Gebrauchtwagenhandel, die Schrottbranche, Pferdehandel oder auch der Kunstmarkt hatten schon immer Probleme mit solchen Definitionen. Ab 2012 muss zusätzlich jeder, der hinter sich einen wirtschaftlich Berechtigten hat, dies von sich aus offenbaren.

Auch E-Geld und Spielbanken jetzt im Visier der Geldwäschebekämpfer

Zukünftig wird E-Geld ohne jeden Schwellenwert überwacht. Selbst Kleinst- und Bagatellbeträge (sog. Micropayments) unterliegen jetzt der Überwachung. Damit ist zukünftig etwa anonymes Bezahlen im Internet nicht mehr möglich. Das entwertet die mit finanzieller Unterstützung der Europäischen Union 2000 eingeführte paysafe-card, die an Tankstellen und im Einzelhandel anonym gekauft und aufgeladen werden konnte. Zukünftig dürfen solche Karten nur noch nach Identifizierung des Käufers abgegeben werden. Die Kritik von Datenschutzbeauftragten zu dieser Form der Überwachung ist ohne jeden Erfolg geblieben. Ob die im GwG-E vorgeschriebenen Aufzeichnungen überhaupt realisierbar sind, darf allerdings bezweifelt werden. Auch im Bereich der Spielbanken gibt es eine Verschärfung. Die Spielbanken mussten zwar auch nach dem alten GwG Aufzeichnungen führen. Nun müssen zusätzlich alle Spieler, die Umsätze ab 2000 Euro machen, identifiziert werden.

Geldwäschebeauftragte und Mitarbeiterfortbildung als Complianceaufgabe

Der neue Gesetzentwurf enthält gegenüber dem aktuellen Gesetz erhebliche Erweiterungen bzgl. der internen Sicherungsmaßnahmen. Die Implementierung und Beachtung von internen Sicherungsmaßnahmen ist deutlich ausgeweitet worden. Organisatorisch dürfte es sich um eine klassische Compliance-Aufgabe handeln. Der Gesetzentwurf selbst geht in seiner Begründung davon aus, dass die Aufgaben der neu zu bestellenden Geldwäschebeauftragten regelmäßig in Personalunion von den Compliance Officers – soweit schon vorhanden – zusätzlich übernommen werden können.

Ab zehn ständigen Mitarbeitern ist ein Geldwäschebeauftragter zu bestellen

Eine große Diskussion hat die ursprünglich vorgesehene Verpflichtung zur Einführung eines Geldwäschebeauftragten in jedem Betrieb ausgelöst. Die Vorschrift ist zwar dem Grunde nach dennoch aufgenommen worden, nun aber auf Betriebe beschränkt, die ständig mehr als neun Beschäftigte haben. Der Aufwand dürfte dennoch enorm sein. Ab 2012 muss folglich jeder Betrieb, der unter das GwG-E fällt und mehr als neun ständig Beschäftigte hat, einen Geldwäschebeauftragten bestellen. Damit aber nicht genug: Jeder Betrieb, der in den Anwendungsbereich des GwG-E fällt, hat auch alle seine Mitarbeiter regelmäßig zu Schulungen schicken, die über Typologien und aktuelle Methoden der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung sowie deren Bekämpfung informieren. Die noch im GwG enthaltene Beschränkung, dass nur Mitarbeiter, die mit der Geschäftsanbahnung zu tun haben, geschult werden müssen, ist weggefallen.

Fazit

Die Verschärfungen im GwG-E vor allem für den Nichtfinanzsektor sind beachtlich. Die Nutzung von E-Geld wird ab 2012 massiv überwacht. Die paysafe-card und andere vergleichbare Dienste werden wohl danach von den Kunden kaum noch akzeptiert werden. Auch die Einführung des Geldwäschebeauftragten ab zehn Mitarbeitern und die Pflicht zur Fortbildung aller Mitarbeiter verursacht organisatorisch und finanziell erhebliche Belastungen. Selbst wenn die Verdachtsanzeigen künftig nur noch Verdachtsmeldungen heißen: Ab sofort ist wohl jeder, der beruflich mit Geld zu tun hat, Hilfsbeamter der Staatsanwaltschaft.

Autorenübersicht

BRANDI Rechtsanwälte
Podbielskistraße 166
30177 Hannover
Telefon 0511 899379-0
Telefax 0511 899379-77
hannover@brandi.net
www.brandi.net
Autoren: Dr. Josef Fullenkamp, Dr. Carsten Hoppmann, Michael Weber-Blank

Brinkmann & Partner
Rechtsanwälte Steuerberater Wirtschaftsprüfer
Walderseestraße 1
30163 Hannover
Telefon 0511 22889-0
Telefax 0511 22889-222
hannover@brinkmann-partner.de
www.brinkmann-partner.de
Autoren: Manuel Sack, Leif Engelbrecht

Brinkmann.Weinkauf
Rechtsanwälte Partnerschaft
Adenauerallee 8
30175 Hannover
Telefon 0511 28354-0
Telefax 0511 28354-444
info@brinkmannweinkauf.de
www.brinkmannweinkauf.de
Autoren: Dr. Martin Sievers, Naby Oberbeck, Joachim Rudo

Gehrke econ Steuerberatungsgesellschaft mbH
Imkerstraße 5
30916 Isernhagen
Aegidientorplatz 2 b
30159 Hannover
Telefon 0511 70050-0
Telefax 0511 70050-700
info@gehrke-econ.de
www.gehrke-econ.de
Autor: Ulrich Gehrke

Gramm, Lins & Partner
Patent- und Rechtsanwaltssozietät GbR
Freundallee 13a
30173 Hannover
Telefon 0511 515120-0
Telefax 0511 515120-88
info@grammpatent.de
www.grammpatent.de
Autoren: Sebastian Aisch, Joachim Gerstein

i-unit Consulting GmbH
Hohenzollernstraße 26
30161 Hannover
info@i-unit.de
www.i-unit.de
Autoren: Andreas Tieftrunk, Nicolas Manke

Juristische Fakultät der Leibniz Universität Hannover
Institut für Prozess- und Anwaltsrecht
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht
Deutsches, Europäisches und Internationales Zivilprozessrecht
Königsworther Platz 1
30167 Hannover
Telefon 0511 762-8268
Telefax 0511 762-19840
wolf@jura.uni-hannover.de
www.vismoot.de
www.jura.uni-hannover.de/wolf
Autor: Prof. Dr. Christian Wolf

Mittelständische Beteiligungsgesellschaft Niedersachsen (MBG) mbH
Niedersächsische Bürgschaftsbank (NBB) GmbH
Hildesheimer Straße 6
30169 Hannover
Telefon 0511 33705-0
Telefax 0511 33705-55
info@mbg-hannover.de
www.mbg-hannover.de
info@nbb-hannover.de
www.nbb-hannover.de
Autoren: Rainer Breselge, Detlef Siewert

Raupach & Wollert-Elmendorff
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Georgstraße 52
30159 Hannover
Telefon 0511 307559-3
Telefax 0511 307559-50
hannover@raupach.de
www.raupach.de
Autoren: Heiko Ramcke, Tatiana Getman, Sandra Laves

Schrader Straube Siebert
Partnerschaftsgesellschaft Rechtsanwälte
Podbielskistraße 33
30163 Hannover
Telefon 0511 2155563-33
Telefax 0511 2155563-43
kanzlei@schrader-straube.de
www.schrader-straube.de
Autoren: Dr. Peter Schrader, Jens Siebert

MASSGESCHNEIDERT:

UNSERE FINANZIERUNGSBAUSTEINE FÜR IHREN ERFOLG.

Überzeugen Sie uns von Ihrem Vorhaben.
Wir geben Ihnen Sicherheit und Kapital.

- Erfolgreicher Finanzierungspartner für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) in Niedersachsen
- Bei Existenzgründungen, Übernahmen und Wachstumsfinanzierungen
- Verbesserte Kreditkonditionen durch Ausfallbürgschaften der NBB und Beteiligungskapital der MBG
- Stärkung der Eigenmittel durch stille Beteiligungen – von 50.000 Euro bis zu einer Million Euro
- Offene Beteiligungen von bis zu 200.000 Euro und stille Beteiligungen von bis zu 2,5 Millionen Euro der Niedersächsischen Kapitalbeteiligungsgesellschaft (NKB) – auch in Kombination mit MBG oder NBB

Niedersächsische Bürgschaftsbank (NBB) GmbH
Mittelständische Beteiligungsgesellschaft
Niedersachsen (MBG) mbH
Hildesheimer Straße 6
30169 Hannover

Telefon: (0511) 337 05-0
Telefax: (0511) 337 05-55
E-Mail: info@nbb-hannover.de
info@mbg-hannover.de
Internet: www.nbb-hannover.de
www.mbg-hannover.de

NBB MBG
Zwei starke Partner für Niedersachsen