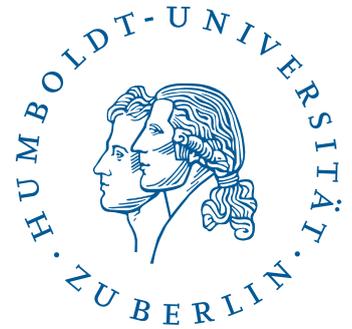


Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski
Forschungsstelle Finanzierung von Gerichtsprozessen
Humboldt-Universität zu Berlin



Prozessfinanzierung als strategisches Instrument im Rahmen von Risikomanagement und Bilanzierung nach IFRS/IAS

Mit freundlicher Unterstützung von





Inhalt

I.	Die These	03
II.	Vorteile der Prozesskostenfinanzierung für Unternehmen	04
III.	Prozesskostenfinanzierung als Teil des Risikomanagementsystems im Unternehmen	06
IV.	Die Rechtspflicht des Vorstandes zur Einschaltung von Prozesskostenfinanzierern	10
V.	Auswirkung der Prozesskostenfinanzierung auf die Prüfpflichten der Wirtschaftsprüfer	13
VI.	Auswirkung der Prozesskostenfinanzierung auf die Bilanzierung nach IFRS/IAS	15
VII.	Wesentliche Ergebnisse	18



I. Die These

Die im Folgenden zu entwickelnde These lautet, dass Prozesskostenfinanzierung als strategisches Instrument im Rahmen von Risikomanagement und Bilanzierung nach IFRS/IAS einzusetzen ist. Der Grund dafür ist einfach: Durch gezielten Einsatz der Expertise von Prozesskostenfinanzierern bei der Bewertung von Aktiv- und Passivprozessen entstehen finanzielle Spielräume für Unternehmen, die bisher vernachlässigt worden sind. Die voraussichtlichen Kosten, die ein Aktivprozess verursacht, brauchen bei Übernahme des Prozesses durch einen Prozesskostenfinanzierer nicht mehr passiviert zu werden. Der Cash-Flow im Unternehmen erhöht sich dadurch entsprechend. Die Bewertung einer Forderung durch einen Prozesskostenfinanzierer ist sehr viel präziser als die durch hauseigene Juristen oder Anwälte. Das hängt mit den Ratingverfahren zusammen, die von Prozesskostenfinanzierern entwickelt worden sind. Die Treffsicherheit der Prozessergebnisbewertung steigt nach ersten empirischen Erfahrungen von ca. 53% auf über 70% an.¹ Streitbefangene Forderungen und Verbindlichkeiten können somit sehr viel besser und präziser bewertet werden. Im Ergebnis entstehen deutliche Finanzierungsvorteile durch den strategischen Einsatz von Prozesskostenfinanzierung im Unternehmen. Daraus wiederum resultieren Rechtspflichten im Rahmen der Bilanzierung nach IFRS/IAS und im Rahmen des Risikomanagements nach § 91 Abs. 2 AktG. Daraus folgt, dass der Einsatz von Prozesskostenfinanzierern im Unternehmen nicht nur zweckmäßig, sondern in gewissen Grenzen auch rechtlich geboten sein kann. Vorstände, die die Möglichkeiten der Risikobewertung durch Prozesskostenfinanzierer in Zukunft nicht ausnutzen, verletzen somit ihre Sorgfaltspflichten gegenüber dem Unternehmen und haften nach § 93 AktG auf Schadenersatz.

¹ Belastbare Statistiken liegen noch nicht vor, weil die Anzahl der abgeschlossenen Prozesse, welche von Prozesskostenfinanzierern geführt wurden, noch zu klein ist. Allerdings sind klare Trends erkennbar.



II. Vorteile der Prozesskostenfinanzierung für Unternehmen

Der erste und handgreiflichste Vorteil der Prozesskostenfinanzierung für Unternehmen besteht darin, dass das vollständige Prozesskostenrisiko durch den Finanzierer übernommen wird. Dies stellt einen bedeutenden Vorteil für die Kostenkalkulation dar. Darüber hinaus wird die Bilanz des Unternehmens entlastet, es müssen keine Rückstellungen für die Kosten der Prozessführung gebildet werden. Bei Prozessverlust trägt der Finanzierer sowohl die gerichtlichen als auch die außergerichtlichen Kosten von Kläger und Gegenseite.

Der zweite Vorteil betrifft das Unternehmensrating, das durch Umsetzung von BASEL II immer wichtiger werden wird.² Im Kern geht es bei BASEL II darum, die individuelle Leistungsfähigkeit eines Unternehmens in Zukunft treffgenauer zu erfassen und darauf aufbauend individualisierte Zinskonditionen für Kredite auszuhandeln. Damit spielen Liquidität und Cash-Flow für Unternehmen eine größere Rolle als bisher. Da es möglich ist, durch Zwischenschaltung eines Prozesskostenfinanzierers sowohl das Risikomanagement als auch die Liquidität im Unternehmen zu optimieren, dürften in Zukunft die Unternehmen, die von Prozesskostenfinanzierern strategisch Gebrauch machen, bei Verhandlungen über Kredite günstigere Zinskonditionen durchsetzen.

Die Einschaltung eines Prozesskostenfinanzierers kann die Rentabilität eines Unternehmens auch durch Herausfilterung der erfolgsträchtigen Prozesse verbessern. Nach bisher vorliegenden Statistiken liegen die Erfolgchancen eines geführten Prozesses bei 53% - 47% gehen verloren.³ Ein Unternehmen, das zehn Prozesse à 1 Mio. Euro führt, wird 53% gewinnen, also 5,3 Mio. Euro erzielen. Für die verlorenen Prozesse (47%) muss das Unternehmen etwa 0,5 Mio. Euro an Kosten aufwenden – dem Unternehmen verbleiben real 4,8 Mio. Euro.

Gelingt es demgegenüber dem Prozesskostenfinanzierer die Erfolgsquote auf 70% zu steigern, so verbleiben dem Unternehmen bei einer 30%igen Erfolgsbeteiligung des Finanzierers immerhin noch 4,9 Mio. Euro. Gelingt es dem Finanzierer, die Erfolgsquote sogar auf 80% zu steigern, so verbessert sich die Rentabilität für das Unternehmen um immerhin 800.000 Euro auf 5,6 Mio. Euro.

Natürlich sind auch Prozesskostenfinanzierer keine Hellseher, sodass derartige Erfolgsquoten nur aufgrund eines durchdachten und qualifizierten Prozessratings wahrscheinlich sind, aber nicht garantiert werden können. Selbst wenn man aber unterstellt, dass die Einschaltung der Prozesskostenfinanzierer die Erfolgsquote nur unwesentlich verbessern sollte, bleibt die Unterstützung durch den Finanzierer aus einem bisher wenig beachteten Grund höchst sinnvoll. Prozesse werden nämlich zu einem erheblichen Prozentsatz, der zwischen 40% und 50% schwanken soll⁴, nicht geführt, zum Teil, weil die Unternehmen die Prozesskosten nicht vorfinanzieren können, zum Teil, weil sie den Aufwand und den Ärger scheuen, zum Teil, weil sie – fälschlicherweise – die Erfolgsaussichten für sehr gering halten und zum Teil, weil sie einem sehr menschlichen Phänomen, der Risikoaversion, folgen. Risikoaversion spielt bei natürlichen Personen und bei kleinen und mittleren Unternehmen eine große Rolle.

2 Vertiefend dazu: Schwintowski, Rating für die kommunale Wirtschaft nach Basel II, FS Becker 2006 (erscheint demnächst); Jan Lischek, Risikoadjustierte Zinsänderungsklauseln, 2005, passim.

3 Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Zivilgerichte vom 11. Februar 2005, erledigte Prozesse vor dem Landgericht, Nr. 5.1.1 (S. 40) – die Zahlen betreffen das Jahr 2003; die Aussage 53:47 ist vereinfacht, es wird nur von vollständig gewonnenen Prozessen ausgegangen.

4 Dimde, Rechtsschutzzugang und Prozessfinanzierung im Zivilprozess, Berliner Juristische Universitätschriften Zivilrecht, Bd. 42., S. 128. Es handelt sich um Schätzungen.



II. Vorteile der Prozesskostenfinanzierung für Unternehmen

Risikoaversion bewirkt, dass Prozesse nicht geführt werden, obwohl ihre Erfolgsaussichten durchaus groß sind. Wenn ein Unternehmen über freie Finanzmittel in Höhe von 1,5 Mio. Euro verfügt und für einen Prozess mit Kosten in Höhe von 2 Mio. Euro rechnen muss, so wird es diesen Prozess nicht führen, auch wenn die Erfolgswahrscheinlichkeit bei 90% liegt. Es kann nicht ausschließen, den Prozess mit 10%iger Wahrscheinlichkeit zu verlieren und infolgedessen mehr als die vorhandene Liquiditätsreserve einzubüßen und damit die Existenz des Unternehmens zu riskieren. Das Unternehmen verzichtet also auf die Geltendmachung einer Forderung in Höhe von 20 Mio. Euro, obwohl es den Prozess mit 90%iger Wahrscheinlichkeit gewinnen würde – das bedeutet den Verzicht auf einen Erwartungswert in Höhe von 18 Mio. Euro.

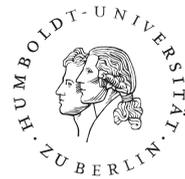
Dieses Phänomen, das der Schweizer Mathematiker *Daniel Bernoulli* im Jahre 1738 erstmals beschrieben hat⁵, führt dazu, dass Jahr für Jahr eine große Zahl von Prozessen nicht geführt wird, die durchaus erhebliche Aussicht auf Erfolg hätten. Das Hauptmotiv, so hat es später der Nobelpreisträger *Tversky* beschrieben, ist der *Widerwille gegen Verlust*. Es ist nicht so sehr, dass die Menschen Ungewissheit hassen – sie hassen es vielmehr zu verlieren. Verluste wirken stets größer als Gewinne, ja, Verluste, die sich nicht ausweiten lassen, rufen mit hoher Wahrscheinlichkeit eine heftige, irrationale, dauernde Risikofeindlichkeit hervor.⁶

Was folgt aus alledem? Unternehmen könnten einen Prozesskostenfinanzierer einschalten, der zunächst einmal das Kostenrisiko übernimmt und nur im Erfolgsfall eine finanzielle Beteiligung verlangt. Auf diese Weise werden nicht nur Liquiditätsengpässe beseitigt, sondern vor allem werden diejenigen Prozesse herausgefiltert, die es zu führen lohnt. Damit kann gewährleistet werden, dass Prozesse nicht zufällig in der Versenkung verschwinden, weil die Erfolgsaussichten von niemandem einigermaßen objektiv gewichtet worden sind. Im obigen Beispiel wäre der Prozess gar nicht geführt worden. Durch Einschaltung eines Prozesskostenfinanzierers wird der Prozess geführt, und zwar ohne Risiko für das Unternehmen. Geht der Prozess verloren, so ändert sich für das Unternehmen gar nichts – die 2 Mio. Euro Kosten werden vom Finanzierer getragen. Wird der Prozess gewonnen, so fließen etwa 14 Mio. Euro in die Kasse des Unternehmens, die ohne Zwischenschaltung des Finanzierers in vollem Umfang abgeschrieben worden wären. Das bedeutet, die Einschaltung eines Prozesskostenfinanzierers objektiviert das Prozessführungsmanagement des Unternehmens in erheblichem Maße und ersetzt das Bernoulli-Theorem durch eine von Rationalität getragene Strategie.

Es muss nicht sonderlich betont werden, dass diese Erwägungen in besonderem Maße für Unternehmen zutreffen, die sich am Rande einer Krise oder sogar schon kurz vor der Insolvenz befinden. In einer solchen Situation kann die Unterstützung durch den Prozesskostenfinanzierer geradezu lebensrettend und damit völlig unverzichtbar werden.

5 Spremann, Portfoliomanagement, 2. Aufl., S. 357, 359 ff.

6 Bernstein, Wider die Götter, 2. Aufl., S. 343, 349 ff.



III. Prozesskostenfinanzierung als Teil des Risikomanagementsystems im Unternehmen

Am 1. Mai 1998 ist das KonTraG in Kraft getreten.⁷ In § 91 Abs. 2 AktG heißt es: „Der Vorstand hat geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden“. Korrespondierend erstreckt § 317 Abs. 4 HGB⁸ die Pflichten des Abschlussprüfers auf das vom Vorstand einzurichtende Überwachungssystem. Der Vorstand selbst wird verpflichtet, im Lagebericht auch auf die Risiken der künftigen Entwicklung des Unternehmens einzugehen (§§ 289 Abs. 1, 315 Abs. 1 HGB). Der Vorstand hat darüber hinaus dem Aufsichtsrat über dieses Überwachungssystem zu berichten. Die Regelungen betreffen zwar ausdrücklich nur die Aktiengesellschaft, sie strahlen aber auch auf die GmbH aus⁹ und ferner auf solche Personengesellschaften, die Geschäfte i.S.v. § 91 Abs. 2 AktG tätigen. Der Gesetzgeber nennt als berichtspflichtig neben risikobehafteten Geschäften, Unrichtigkeiten der Rechnungslegung und Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften, die sich auf die Vermögens-, Ertrags- oder Finanzlage der Gesellschaft wesentlich auswirken können. Damit sind alle Risiken gemeint, die das Insolvenzrisiko herbeiführen oder erheblich steigern, auch wenn sie im „Normalfall“ Vorgänge wären, die unterhalb dieser Schwelle liegen und nur nach § 264 Abs. 2 HGB relevant sind. Das hängt damit zusammen, dass die Akkumulation vieler kleiner Risiken letztlich ebenso den Bestand des Unternehmens gefährden kann, wie dies als Folge eines einzigen, sich realisierenden Großrisikos möglich ist. Scholz/Schuler weisen zu Recht darauf hin, dass die Bestandsgefährdung sowohl durch ein oder mehrere Großrisiken als auch durch eine Vielzahl von kleineren Risiken, die sich aufsummieren und vielleicht durch einen Domino-/Kaskadeneffekt verbunden sind, ausgelöst werden kann.¹⁰

Hiervon ausgehend, kann es keine Frage sein, dass schwebende Prozesse den Bestand eines Unternehmens gefährden können. Dies kann sowohl bei Aktiv- als auch bei Passivprozessen der Fall sein. Wenn ein Unternehmen mit einer sehr großen Forderung ausfällt, kann das Zahlungsunfähigkeit (§ 17 Abs. 1 InsO) und auch Überschuldung (§ 19 Abs. 1 InsO) herbeiführen. Das Gleiche gilt umgekehrt bei einem Passivprozess, der gegen das Unternehmen geführt wird. Aber auch kleinere Prozesse gehören zu den bestandsgefährdenden Risiken im Sinne des § 91 Abs. 2 AktG, und zwar deshalb, weil sie im Zusammenhang mit anderen das Unternehmen belastenden Risiken akkumuliert zu einer Bestandsgefährdung werden können. Bestandsgefährdend können auch Prozesskosten sein, die das Unternehmen im Fall des Unterliegens tragen muss. Dem eigentlichen Prozess vorgelagert besteht zudem das Risiko, unnötige Prozesskosten zu verursachen und umgekehrt aussichtsreiche Forderungen nicht einzutreiben, weil man einer Fehlprognose unterliegt.

7 Gesetz zur Kontrolle von Transparenz im Unternehmensbereich vom 27.04.1998, BGBl. I 786, Überblick Zimmer, Das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich, NJW 1998, 3521.

8 Dobler, Die Prüfung des Risikofrüherkennungssystems gem. § 317 Abs. 4 HGB – kritische Analyse und empirischer Befund, DStR 2001, 2086.

9 So ausdrücklich die Regierungsbegründung, BT-Drucks. 13/9712, S. 15, abgedruckt in: ZIP 1997, 2059, 2061.

10 Scholz/Schuler in: Schwintowski (Hrsg.), Handbuch Energiehandel, 2006 (erscheint demnächst); so auch Gelhausen, IDW (Hrsg.), Wirtschaftsprüfungshandbuch, 12. Aufl., Düsseldorf 2005, P 10; Hüffer, Corporate Governance, Früherkennung nach § 91 II AktG – Neue Pflichten des Vorstandes zum Risikomanagementgesetz, in: Hermann (Hrsg.), Recht und Vernunft, FS für Hans-Dieter Imhoff, Frankfurt a.M., 1998, 91, 100; Hommelhoff/Mattheus in: Dörner u.a. (Hrsg.), Praxis des Risikomanagements, Stuttgart 2000, S. 16; Picot in: Lange/Wall (Hrsg.), Risikomanagement nach dem KonTraG, 2001, § 1, Rn. 122; Zimmer/Sonneborn in: Lange/Wall (Hrsg.), Risikomanagement nach dem KonTraG, 2001, § 1, Rn. 182.



III. Prozesskostenfinanzierung als Teil des Risikomanagementsystems im Unternehmen

Genau besehen zeigt das, dass alle finanziellen Risiken, die ein Unternehmen eingeht, in den Kreis der Risiken gehören, die von § 91 Abs. 2 AktG erfasst und gemeint sind. Das Risikomanagementsystem, das der Vorstand vorzuhalten hat, muss folglich auch die Prozessrisiken miteinbeziehen und insbesondere die Tatsache berücksichtigen, dass es inzwischen die Möglichkeit gibt, Prozessrisiken mithilfe eines Prozesskostenfinanzierers zu minimieren. Vergleichbare Risikominimierungsmöglichkeiten bieten übrigens Rechtsschutzversicherer für Unternehmen – anders als für natürliche Personen – in Deutschland nicht an.

Der Vorstand hat nach § 91 Abs. 2 AktG geeignete Maßnahmen zu treffen, um Entwicklungen, die den Fortbestand der Gesellschaft gefährden, so frühzeitig zu erkennen, dass er ihnen entgegensteuern kann. Geeignet sind die Maßnahmen in der Regel dann, wenn der Vorstand die zur Erkennung der Bestandsgefährdung erforderlichen Informationen rechtzeitig erhält.¹¹ Damit der Vorstand den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh genug erkennt, hat er geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten. Es geht nicht um ein ganz bestimmtes betriebswirtschaftliches Risikomanagementsystem, sondern um ein aus den Zielen und Zwecken entwickeltes, eigenständiges Überwachungssystem im Sinne des § 91 Abs. 2 AktG.¹² Eine entsprechende Festlegung widerspräche dem Leitungsermessen des Vorstands und würde der grundsätzlich dem Unternehmen im Rahmen von Art. 2, 14 GG eingeräumten Organisationsfreiheit widersprechen.

Auf der anderen Seite müssen Vorstände im Sinne des § 91 Abs. 2 AktG handeln, wollen sie nicht den Vorwurf riskieren, die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters verletzt zu haben (§ 93 Abs. 1 AktG). Daraus folgt zunächst einmal die Verpflichtung des Vorstands, den Markt für Überwachungssysteme zur Früherkennung von den Fortbestand der Gesellschaft gefährdenden Entwicklungen permanent zu beobachten und innerhalb des eigenen Unternehmens ein Diskussionsforum zu schaffen, mit dessen Hilfe unternehmensinterne und unternehmensexterne Erfahrungen mit der Praktizierung solcher Systeme ausgetauscht werden können. Als Diskussionsforum sollte ein Risikoausschuss gebildet werden.

¹¹ Hüffer, AktG, 6. Aufl., München 2004, § 91, Rdn. 7.

¹² Emmerich, Risikomanagement im Industrieunternehmen – gesetzliche Anforderungen nach Umsetzung nach dem KonTraG, Zfbf 1999, 1075, 1079; Hommelhoff/Mattheus in: Dörner u.a. (Hrsg.), Praxis des Risikomanagements, 2000, S. 11; Lachnit/Müller, Risikomanagement nach KonTraG und Prüfung des Systems durch den Wirtschaftsprüfer, in: Freidank (Hrsg.), Die deutsche Rechnungsprüfung und Wirtschaftsprüfung im Umbruch, FS für Wilhelm Theodor Strobel zum 70. Geb., München 2001, 263, 367; Pahlke, Risikomanagement nach dem KonTraG – Überwachungspflichten und Haftungsrisiken für den Aufsichtsrat, NJW 2002, 1680, 1684; Seibert, Die Entstehung des § 91 Abs. 2 AktG im KonTraG – „Risikomanagement“ oder „Frühwarnsystem“?, in: Westermann u.a. (Hrsg.), FS für Gerold Bezzenberger, Berlin/New York 2000, 427, 437; Zimmer/Sonneborn in: Lange/Wall (Hrsg.), Risikomanagement nach dem KonTraG, München 2001, § 1, Rn. 158; Kindler/Pahlke in: Lange/Wall (Hrsg.), Risikomanagement nach dem KonTraG, München 2001, § 1, Rn. 195, 201; J.G. Schäfer, Das Überwachungssystem nach § 91 Abs. 2 AktG unter Berücksichtigung der besonderen Pflichten des Vorstands, 2001, 70 ff.; Hefermehl/Spindler, MüKo AktG, 2. Aufl., München 2004, § 91, Rn. 23.



III. Prozesskostenfinanzierung als Teil des Risikomanagementsystems im Unternehmen

Die bisher noch spärliche Rechtsprechung verlangt z.B. vom Vorstand eines Versicherungsunternehmens die Einrichtung eines Überwachungssystems, das über geeignete Instrumentarien zur Steuerung, Überwachung und Kontrolle der Risiken nebst einem internen Kontrollverfahren verfügt und anhand dessen sich die finanzielle Lage des Unternehmens jederzeit mit hinreichender Genauigkeit bestimmen lässt.¹³

Darüber hinaus ist ein Controllingkonzept Bestandteil der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung nach § 91 Abs. 2 AktG.¹⁴

Nach § 25a Abs. 1 Nr. 1 KWG, der bei der Auslegung des § 91 Abs. 2 AktG herangezogen werden kann¹⁵, ist das Controllingkonzept in ein Risikomanagement- und Risikokontrollsystem einzubetten. Dabei reicht es nicht aus, dass entsprechende Systeme schriftlich fixiert sind. Sie sind auch tatsächlich zu praktizieren.¹⁶ Fehlen geeignete Maßnahmen zum Risikomanagement, so ist dies ein wichtiger Grund, der die fristlose Kündigung eines Vorstandsmitglieds rechtfertigt.¹⁷

Zu einem geeigneten und angemessenen Überwachungssystem im Sinne des § 91 Abs. 2 AktG gehört somit ein Risikomanagementsystem, ein Risikocontrolling, eine interne Revision und ein Risikoausschuss, der die Kommunikation zwischen allen betroffenen Abteilungen und Personen, einschließlich des Vorstands, koordiniert. Auch hier reicht es nicht aus, dass diese Systembausteine schriftlich fixiert sind, sie sind auch tatsächlich zu praktizieren.

Ähnlich definiert der Deutsche Rechnungslegungsstandard Nr. 5:¹⁸ „Risikomanagement ist ein nachvollziehbares, alle Unternehmensaktivitäten umfassendes System, das auf Basis einer definierten Risikostrategie ein systematisches und permanentes Vorgehen mit folgenden Elementen umfasst: Identifikation, Analyse, Bewertung, Steuerung, Dokumentation und Kommunikation von Risiken sowie die Überwachung dieser Risiken. Risikomanagement muss integraler Bestandteil der Geschäftsprozesse sowie der Planungs- und Kontrollprozesse sein. Es sollte mit vorhandenen Managementsystemen verknüpft und insbesondere unterstützt werden durch die Unternehmensplanung, das Controlling und die interne Revision“.

13 VG Frankfurt a.M. Urteil vom 08.07.2004 (Az: 1 E 7363/03 [1]), VersR 2005, 57.

14 VG Frankfurt a.M., aaO.

15 VG Frankfurt a.M., aaO.

16 VG Frankfurt a.M., aaO.

17 LG Berlin, Urteil vom 03.07.2002 (Az: 2 O 358/01) AG 2002, 682; dazu Preußner/Zimmermann,

18 Risikomanagement als Gesamtaufgabe des Vorstands, AG 2002, 657. Bekanntmachung des Bundesministeriums der Justiz vom 29.05.2001, Bundesanzeiger Nr. 98a vom 29.05.2001, S. 5-8.

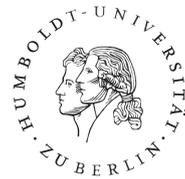


III. Prozesskostenfinanzierung als Teil des Risikomanagementsystems im Unternehmen

Hiervon ausgehend lassen sich die Schritte des Risikomanagementprozesses wie folgt beschreiben:

- Risikoidentifikation
- Risikoanalyse
- Risikobewertung
- Risikobewältigung
- Risikokonsolidierung und Risikoaggregation
- Risikoüberwachung und Berichterstattung
- Dokumentation

In Bezug auf Prozessrisiken ist zunächst einmal der Blick dafür zu schärfen, dass diese Risiken Teil des Risikomanagementprozesses sind. Der Vorstand muss sich also generell über laufende Rechtsstreitigkeiten – aktive wie passive – berichten lassen und eine Risikoanalyse durchführen. Dabei sind kleine von mittleren und großen Fällen zu trennen (quantitative Analyse) und solche, bei denen es um Standardfragen geht, gegenüber jenen, die für das Unternehmen wichtige Grundfragen aufwerfen (qualitative Analyse). Zur Risikobewertung ist ein Prozesskostenfinanzierer einzuschalten, ebenso zur Risikobewältigung. Wenn und soweit sich ein Prozesskostenfinanzierer zur Risikobewältigung nicht bereit findet, muss der Vorstand über die Frage autonom nachdenken, ob und in welchem Umfang das Unternehmen Prozesse auf eigenes Risiko fortführt, vergleicht, zurücknimmt oder versucht, am Kapitalmarkt einen Käufer für die streitbefangene Forderung zu finden.



IV. Die Rechtspflicht des Vorstands zur Einschaltung von Prozesskostenfinanzierern

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass Vorstände zur Einrichtung eines Risikomanagementsystems nach § 91 Abs. 2 AktG rechtlich verpflichtet sind. Sie müssen ein solches System vorhalten, wollen sie nicht den Vorwurf riskieren, die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters verletzt zu haben (§ 93 Abs. 1 AktG), mit der Folge, der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet zu sein (§ 93 Abs. 2 AktG). Auch die – bisher noch spärliche – Rechtsprechung verlangt vom Vorstand die Einrichtung eines Überwachungssystems, das über geeignete Instrumentarien zur Steuerung, Überwachung und Kontrolle der Risiken nebst einem internen Kontrollverfahren verfügt und anhand dessen sich die finanzielle Lage des Unternehmens jederzeit mit hinreichender Genauigkeit bestimmen lässt.¹⁹ Verletzt der Vorstand diese Pflicht, so ist dies ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung.²⁰ Ganz grundlegend und für den vorliegenden Zusammenhang von großer Bedeutung ist die ARAG-Entscheidung des BGH vom 21. April 1997.²¹ Der Vorstandsvorsitzende der ARAG hatte über Tochtergesellschaften dubiose Schneeballgeschäfte am Kapitalmarkt abgewickelt und dabei einen Schaden von mehr als 80 Mio. DM angerichtet. Die Mehrheit des Aufsichtsrats hatte die Geltendmachung dieses Schadens gegen den Vorstandsvorsitzenden abgelehnt. Der BGH gab der hiergegen gerichteten Feststellungsklage einer Minderheit der Mitglieder des Aufsichtsrats statt und entschied, dass der Aufsichtsrat Schadenersatzansprüche der AG gegen den Vorstand grundsätzlich zu verfolgen hat. Dabei erfordert die Entscheidung des Aufsichtsrates, ob ein Vorstandsmitglied auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden soll, zunächst die Feststellung des zum Schadenersatz verpflichtenden Tatbestandes in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht sowie eine Analyse des Prozessrisikos und der Beitreibbarkeit der Forderung. Führt eine solche sorgfältig und sachgerecht vom Aufsichtsrat vorgenommene Prozessrisikoanalyse zu dem Ergebnis, dass der Gesellschaft voraussichtlich – Gewissheit kann insoweit nicht verlangt werden – Schadenersatzansprüche gegen eines ihrer Vorstandsmitglieder zustehen, so hat der Aufsichtsrat – so der BGH – diese Ansprüche grundsätzlich zu verfolgen. Davon darf er nur dann ausnahmsweise absehen, wenn gewichtige Gründe des Gesellschaftswohls dagegensprechen und diese Umstände die Gründe, die für eine Rechtsverfolgung sprechen, überwiegen oder ihnen zumindest gleichwertig sind.

Diese vom BGH für den Aufsichtsrat entwickelten Grundsätze für Ansprüche der AG gegen den Vorstand gelten in gleicher Weise für den Vorstand selbst bei der Verfolgung von Ansprüchen der AG gegen Dritte. Denn aus der Sicht der AG ist es gleichgültig, ob ein Schadenersatzanspruch gegen den eigenen Vorstand oder gegen einen Dritten besteht. Entscheidend ist nur, ob die gebotene Prozessrisikoanalyse zu dem Ergebnis führt, dass der Gesellschaft voraussichtlich Schadenersatzansprüche zustehen. Damit ist höchstrichterlich die Pflicht der Vorstandsmitglieder festgestellt, eine Prozessrisikoanalyse durchzuführen und Schadenersatzansprüche gegen Dritte jedenfalls dann zu verfolgen, wenn sie aussichtsreich erscheinen. Der BGH hatte im ARAG-Fall keinen Anlass über die Frage nachzudenken, ob die Aufsichtsratsmitglieder hinreichend sachkundig waren, um eine Prozessrisikoanalyse durchzuführen. Es kann aber keinem Zweifel unterliegen, dass der BGH vom Aufsichtsrat und erst recht vom Vorstand verlangen

¹⁹ VG Frankfurt a.M., Urteil vom 08.07.2004 (Az: 1 E 7363/03 [1]), VersR 2005, 57.

²⁰ LG Berlin, Urteil vom 03.07.2002, (Az: 2 O 358/01), AG 2002, 682; dazu: Preußner/Zimmermann, Risikomanagement als Gesamtaufgabe des Vorstands, AG 2002, 657.

²¹ (Az: II ZR 175/95 om), NJW 1997, 1926.



IV. Die Rechtspflicht des Vorstands zur Einschaltung von Prozesskostenfinanzierern

würde, sich die notwendige Kompetenz zur Prozessrisikoanalyse außerhalb des Unternehmens zu verschaffen, wenn sie aufgrund der eigenen Sachkunde nicht oder jedenfalls nicht hinreichend vorhanden ist. Denn ein sorgfältig handelnder, gewissenhafter Geschäftsleiter kauft sich am Markt diejenige Kompetenz ein, die er braucht, um den gesetzlichen Anforderungen an ein Risikomanagementsystem, das er vorzuhalten hat, nachzukommen. Das gilt jedenfalls dann, wenn eine Kosten-Nutzen-Analyse zeigt, dass der Erwerb der Kompetenz am Markt im Unternehmensinteresse vorteilhaft ist.

So gesehen ist ein Vorstand zur Einschaltung eines Prozesskostenfinanzierers in aller Regel deshalb verpflichtet, weil dieser das Prozessrisiko sehr viel besser und sehr viel genauer einschätzen kann als der Vorstand und seine Rechtsabteilung selbst. Das hängt zunächst einmal mit den subjektiven Vorwertungen und Vorurteilen zusammen, die ein Vorstand gegenüber seinen Prozessgegnern hat. Jeder, der bereit ist, einen Prozess gegen einen anderen zu führen, tut das, weil er der Meinung ist, im Recht zu sein. Dies gilt immer für beide Seiten – da in der Regel nur eine gewinnt, bedeutet das, dass eine Seite ihrem eigenen Vorurteil aufsitzt. Dieses Problem der subjektiv gefärbten Risikobrille gibt der Vorstand an die eigene Rechtsabteilung und/oder die eigenen Anwälte weiter. Sie alle identifizieren sich mit den Interessen des Unternehmens, werden somit selbst Teil der Partei und büßen damit ein Stück ihrer Objektivität (Überoptimismus) ein.²² Sie alle arbeiten für den Vorstand und werden deshalb nur dann seinen Wünschen und Vorstellungen widersprechen, wenn dies im Unternehmensinteresse unvermeidlich ist.

Aus diesen Zusammenhängen dürfte die Tatsache resultieren, dass nur 53% der angestregten Klagen im Durchschnitt gewonnen werden, während 47% verloren gehen.²³ Trotz dieser miserablen Erfolgsquote werden die Vorstände bei Prozessbeginn regelmäßig der Meinung gewesen sein, dass es sich lohne den Prozess zu führen. Das bedeutet, eine Prozessrisikoanalyse aus der subjektiven Perspektive der Eigeninteressen ist schon per se unteroptimal, um es vorsichtig zu formulieren. Die Analyse beim Prozessfinanzierer sieht völlig anders aus. Ihm geht es nicht darum, möglichst viele oder ganz bestimmte Prozesse zu führen, sondern nur solche, die aller Wahrscheinlichkeit nach gewonnen werden. Wenn ihm dies nicht gelingt, so scheitert sein Geschäftsmodell. Folglich sind die subjektiven Eigeninteressen des Unternehmens und des Vorstands für den Prozessfinanzierer völlig irrelevant. Er untersucht den Prozess im – wohlverstandenen – Eigeninteresse ganz anders, als dies der Vorstand des betroffenen Unternehmens, seine Rechtsabteilung oder seine Anwälte tun. Der Prozessfinanzierer sorgt zunächst einmal für ein System des Prozessratings. Dieses System – es ist nicht bei allen Prozesskostenfinanzierern gleich – besteht immer aus einem Vielaugenprinzip. Meist prüft ein Jurist des Unternehmens nach einem bestimmten Prüfraster, ob ein Fall möglicherweise schon aus prozessualen Gründen (fehlendes Rechtsschutzbedürfnis) oder formalen Gründen (Verjährung/Verfristung) scheitern muss. Sodann wird die Beweislage geprüft und untersucht, ob die Entscheidung des Falles womöglich von der Aussage eines einzigen, aber nicht einschätzbaren Zeugen abhängt.

22 Kahnemann/Tversky, Conflict Resolution. A cognitive perspective, in: Arrow, Kenneth Joseph (Hrsg.), Barriers to Conflict Resolution, 1. Aufl. New York, Norton, 1995, S. 45, 46 ff.; ähnlich: Thiele, Schwebende Rechtsstreitigkeiten in der Rechnungslegung nach IFRS/IAS, Die Wirtschaftsprüfung, 2004, 737, 742.

23 Statistisches Bundesamt – Prozesse vor den LG'n 2003, aaO.



IV. Die Rechtspflicht des Vorstands zur Einschaltung von Prozesskostenfinanzierern

Entschließt sich der Finanzierer nach einer solchen Vorprüfung den Fall in die nähere Wahl zu nehmen, so werden weitere Juristen – voneinander unabhängig – mit der Prüfung des Falles betraut. Häufig handelt es sich um pensionierte Richter, die über eine große Erfahrung und Fallpraxis verfügen. Stimmen zwei der Gutachter der Annahme des Falles zu, so wird in der Regel der Prozess finanziert – lehnen sie die Führung des Prozesses ab, so wird in der Regel abgelehnt – kommen sie zu zwispältigen Urteilen, so wird meist ein Obergutachter eingeschaltet.

Regelmäßig entscheidet nach einem derart aufwändigen Vorprüfverfahren der Vorstand des Prozessfinanzierers endgültig über die Annahme oder die Ablehnung des Falles, sodass zwischen vier und sechs sachverständige Personen gehört worden sind, bevor ein Fall als aussichtsreich vom Finanzierer übernommen wird.

Die Prozesskostenfinanzierer sind aufgrund ihrer täglich wachsenden Erfahrungen dabei, das eigene Prozessratingsystem permanent zu verbessern, zu verfeinern und zu optimieren. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die Prozessrisikoanalyse in wenigen Jahren noch viel präziser ausfällt, als dies heute der Fall ist. Es kann aber umgekehrt kein Zweifel daran bestehen, dass die Eigenanalyse des Vorstands eines Unternehmens den Anforderungen an eine den heutigen Standards entsprechende Prozessrisikoanalyse nur selten entspricht. Dies ist der Grund, warum ausgehend vom ARAG-Urteil eine Rechtspflicht des Vorstands zur Einschaltung von Prozesskostenfinanzierern in mittleren und großen Fällen entsteht. Dass der BGH im ARAG-Urteil über diese Rechtspflicht noch nicht sprechen konnte, hängt auch damit zusammen, dass es Prozesskostenfinanzierer erst nach diesem Urteil – nämlich seit 1999 – in Deutschland gibt. Heute, nachdem Vorstände und Geschäftsleiter auf Prozesskostenfinanzierer zurückgreifen können, ist es jedenfalls in mittleren und großen Fällen rechtlich geboten, diese im Unternehmensinteresse auch tatsächlich einzuschalten, weil andernfalls Prozessrisiken falsch bewertet und möglicherweise nicht oder nicht hinreichend bewältigt werden können. Verletzt der Vorstand seine Rechtspflicht zur Einschaltung eines Prozesskostenfinanzierers, so ist er der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. (§ 93 Abs. 2 AktG).



V. Auswirkungen der Prozesskostenfinanzierung auf die Prüfpflichten der Wirtschaftsprüfer

Nach § 317 Abs. 4 HGB ist bei amtlich notierten Aktiengesellschaften das nach § 91 Abs. 2 AktG einzurichtende Risikomanagementsystem im Rahmen der Jahresabschlussprüfung durch den Wirtschaftsprüfer zu prüfen. Diese Verpflichtung ist auf alle Unternehmen ausgedehnt worden, die § 53 Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG) unterliegen. Darüber hinaus werden in der Praxis freiwillige Prüfungen zunehmend im Interesse von Aufsichtsräten, Konzernmuttergesellschaften sowie Banken durchgeführt. Für diese Prüfungen gelten dieselben Grundsätze wie bei einer Pflichtprüfung. Sie werden Bestandteil der Jahresabschlussprüfung.²⁴ Darüber hinaus hat der Wirtschaftsprüfer bei allen Gesellschaften, die einen Lagebericht aufzustellen haben, die Darstellung der Risiken der künftigen Entwicklung im Lagebericht zu prüfen (§ 317 Abs. 2 Satz 2 HGB). Bei Nichteinrichtung oder unzureichender Einrichtung eines Systems nach § 91 Abs. 2 AktG wird eine Berichtspflicht des Wirtschaftsprüfers ausgelöst (§ 321 Abs. 1 Satz 3 HGB). Übergeordnetes Prüfungsziel ist es, dem Aufsichtsrat verbesserte Kontrollmöglichkeiten durch zusätzliche Informationen über die Beschaffenheit des Risikomanagementsystems zu geben.²⁵

Der Wirtschaftsprüfer hat zu beurteilen, ob das implementierte Risikomanagementsystem seine Aufgaben erfüllen kann und somit den gesetzlichen Anforderungen genügt. Das bedeutet, dass alle wesentlichen Risiken im Unternehmen bzw. Konzern frühzeitig identifiziert, nachvollziehbar bewertet und rechtzeitig kommuniziert werden, sodass eine angemessene Überwachung des Gesamtsystems sichergestellt ist.²⁶

Das bedeutet mit Blick auf laufende Rechtsstreitigkeiten, dass der Wirtschaftsprüfer zunächst einmal zu klären hat, ob das Unternehmen über ein System zur Prozessrisikoprüfung verfügt. Dazu müssten die laufenden Rechtsstreite gelistet und zunächst einmal in Aktiv- und Passivprozesse unterschieden werden. In beiden Kategorien müssten dann kleine, mittlere und große Prozesse differenziert und eine weitere Kategorie mit Standardprozessen gegenüber Grundsatzprozessen gebildet werden. Auf der Basis einer derartigen Prozessstatistik müsste nun eine Risikobewertung erfolgen. Bei der Risikobewertung müsste geklärt werden, nach welchen Kriterien die Bewertung durchgeführt wurde, ob dafür auf Sachverstand außerhalb des Unternehmens zurückgegriffen und vor allem, ob in den mittleren und großen Fällen Prozesskostenfinanzierer eingeschaltet wurden. Wenn das nicht der Fall ist, so müsste der Wirtschaftsprüfer fragen, aus welchen Gründen die Zwischenschaltung eines Prozesskostenfinanzierers unterblieben ist und im Zweifel darauf dringen, dass dies in Zukunft geschieht.

24 Gelhausen, Aufsichtsrat und Abschlussprüfer – eine Zweckgemeinschaft, BFuP 1999, 395.

25 Regierungsbegründung BT-Drucks. 13/9712, 11, 27, 29.

26 Eggemann/Konradt, Risikomanagement nach KonTraG aus dem Blickwinkel des Wirtschaftsprüfers, BB 2000, 503, 508.



V. Auswirkungen der Prozesskostenfinanzierung auf die Prüfpflichten der Wirtschaftsprüfer

Das Ergebnis dieser Prüfung ist nach § 317 Abs. 4 HGB gemäß § 321 Abs. 4 HGB in einem besonderen Teil des Prüfungsberichts darzustellen. Bei der Berichterstattung ist zwischen einem funktionsfähigen Risikomanagementsystem und den Fällen abzugrenzen, in denen das System Mängel aufweist oder gar der Vorstand keine Maßnahmen zur Einrichtung eines Risikomanagementsystems ergriffen hat. Bei Mängeln sind die Bereiche, in denen Verbesserungsbedarf besteht – regelmäßig also die Prozessrisikoanalyse –, zu benennen. Hat der Vorstand keine Maßnahmen ergriffen, so hat der Abschlussprüfer im Rahmen der Redepflicht nach § 321 Abs. 1 Satz 3 HGB im Prüfungsbericht darauf hinzuweisen. Konkrete Verbesserungsvorschläge sind generell nicht Gegenstand der Berichterstattungspflicht nach § 321 Abs. 4 HGB. Sie können auf Wunsch des Auftraggebers zusätzlich in den Prüfungsbericht oder eine Anlage dazu aufgenommen werden, z.B. zur besseren Unterrichtung des Aufsichtsrats.

Nach § 317 Abs. 2 Satz 2 HGB ist gesondert zu prüfen, ob die Risiken der künftigen Entwicklung zutreffend dargestellt sind. In diesem Zusammenhang können laufende Prozesse von großer Bedeutung sein, jedenfalls dann, wenn es sich um Rechtsstreitigkeiten handelt, die auf das weitere Schicksal des Unternehmens beträchtlichen Einfluss nehmen. Eine zutreffende Einschätzung der künftigen Entwicklung wird auf der Grundlage einer schlichten Prozessrisikobewertung im eigenen Hause regelmäßig ausscheiden. Die Gründe dafür sind oben dargestellt worden. Der Wirtschaftsprüfer kann als Grundregel davon ausgehen, dass eine zutreffende Darstellung der künftigen Prozessrisiken die Einschaltung eines Prozesskostenfinanzierers voraussetzt. Erst dann nämlich wird man sagen können, dass die Aussagen des Vorstands plausibel und belastbar sind. Das bedeutet, dass im Bestätigungsvermerk nach § 322 Abs. 3 Satz 2 HGB explizit darauf einzugehen ist, ob die Prozessrisiken unter Berücksichtigung der Expertise eines Prozesskostenfinanzierers im Lagebericht zutreffend dargestellt sind.²⁷

²⁷ Vgl. HFA des IDW, IDW PS 350 (Stand: 26.06.1998) Tz. 13, abgedruckt in: WPg 1998, 663, 664 f.



VI. Auswirkungen der Prozesskostenfinanzierung auf die Bilanzierung nach IFRS/IAS

Seit dem 1. Januar 2005 sind die IFRS²⁸ in sämtlichen EU-Staaten für Konzernabschlüsse bestimmter börsennotierter Gesellschaften verbindlich. Grundlage dafür ist die IAS-VO vom 19. Juli 2002.²⁹ Hiervon sind europaweit ca. 7000 Gesellschaften betroffen, davon ca. 1000 in der Bundesrepublik Deutschland.³⁰ Durch das am 4. Dezember 2004 erlassene Bilanzrechtsreformgesetz (BilReG) wird auch für nichtbörsennotierte Gesellschaften die Möglichkeit eröffnet, den Konzernabschluss freiwillig nach IFRS aufzustellen. Die IFRS-/IAS-Standards gelten in Europa nicht automatisch. Artikel 3 der IAS-VO enthält zugunsten der EU-Kommission ein begrenztes Prüfungsrecht, bevor die Standards im EU-Amtsblatt veröffentlicht und damit erst für die Unternehmen in Europa verbindlich werden (endorsement).³¹ Die Kommission wird durch einen Regelungsausschuss beraten (Art. 6 IAS-VO). Dieser Ausschuss wird durch die am 26. Juni 2001 gegründete European Financial Reporting Advisory Group (EFRAG) unterstützt. Die EFRAG besteht aus elf Personen, die aus den Bereichen Rechnungslegung, Wirtschaftsprüfung und Finanzanalyse kommen. Die EG-Kommission hat deutlich gemacht, dass sie ihr Prüfungsrecht nicht als reine Formalie betrachtet. So hat sie IAS 32 und IAS 39 in ihrer ursprünglichen Fassung nicht im Amtsblatt veröffentlicht, weil es zu diesen Standards kein breites Einvernehmen der Beteiligten, insbesondere der europäischen Banken und Finanzdienstleister, gab.³²

Mit Blick auf schwebende Rechtsstreitigkeiten enthält das HGB keine spezifischen Normen. Es wird auf die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung zurückgegriffen (§§ 238 Abs. 1 Satz 1, 264 Abs. 2 HGB). Demgegenüber müssen Unternehmen, die seit 2005 nach IFRS/IAS bilanzieren, besondere Vorschriften bei schwebenden Rechtsstreitigkeiten beachten.

1. PROZESSKOSTEN

Prozesskosten können sowohl beim Aktiv- als auch beim Passivprozess anfallen. In beiden Fällen müssen Rückstellungen für die zukünftig zu erwartenden Prozesskosten gebildet werden. Grundlage dafür ist IAS 37.10. Voraussetzung ist nach IAS 37.14, dass das bilanzierende Unternehmen wegen eines Ereignisses in der Vergangenheit eine gegenwärtige Verpflichtung hat, dass die Erfüllung dieser Verpflichtung wahrscheinlich ist und dass die Höhe der gegenwärtigen Verpflichtung zuverlässig geschätzt werden kann. Wenn diese drei Voraussetzungen vorliegen, besteht für das Unternehmen eine Passivierungspflicht. Mit Blick auf Prozesskosten bildet der Beginn des gerichtlichen Verfahrens das relevante Ereignis in der Vergangenheit.³³ Ob Prozesskostenrückstellungen auch für lediglich drohende Prozesse zuzulassen sind³⁴, erscheint fraglich, weil es an einer unvermeidbaren Verpflichtung fehlt.³⁵ Rückstellungen für Prozesskosten können somit aus der Sicht des Klägers mit Einreichung der Klage und aus der Sicht des Beklagten mit Zustellung der Klage gebildet werden. Rückstellungen für Kosten weiterer Instanzen können dann gebildet werden, wenn eine unvermeidbare Verpflichtung entstanden ist. Dazu muss das Rechtsmittel verbindlich eingelegt sein.

28 Bis März 2002 hießen diese Regelwerke „International Accounting Standards“ (IAS), inzwischen werden sie unter der Bezeichnung „International Financial Reporting Standards“ (IFRS) herausgegeben. Die Bezeichnung drückt die Erweiterung des Inhalts von Buchführung (accounting) zur Rechnungslegung (financial reporting) aus. Alte IAS behalten diese Bezeichnung solange, bis sie durch neue IFRS ersetzt werden (superseeded). IFRS ist der Oberbegriff für das Gesamtwerk.

29 VO Nr. 1606/2002 – EU-Amtsblatt vom 11.09.2002, L 243.

30 Beck-IFRS-HB/Vorwort, 2. Aufl., 2006.

31 Beck-IFRS-HB/Bohl, 2. Aufl., § 1, Rz. 17 ff.

32 Beck-IFRS-HB/Bohl, 2. Aufl., § 1, Rz. 19 ff.

33 Stephan J. Thiele, Schwebende Rechtsstreitigkeiten in der Rechnungslegung nach IFRS/IAS, Die Wirtschaftsprüfung 2004, 737, 739.

34 So Stengel, BB 1993, 1403, 1405 m.w.N.

35 Wie hier: Thiele, aaO., Die Wirtschaftsprüfung 2004, 737, 739.



VI. Auswirkungen der Prozesskostenfinanzierung auf die Bilanzierung nach IFRS/IAS

2. PASSIVPROZESSE

Bei Passivprozessen liegt eine unvermeidbare Verpflichtung aus einem vergangenen Ereignis mit Zustellung der Klageschrift vor. Häufig ist jedoch die Wahrscheinlichkeit des Ressourcenabflusses nicht hinreichend sicher oder der zu zahlende Betrag ist nicht zuverlässig schätzbar. Nach IAS 37.14 Satz 1a müsste die Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen einer Verpflichtung 50% übersteigen. Im Gegensatz dazu verlangt das HGB eine Rückstellung auch dann, wenn im konkreten Fall die Wahrscheinlichkeit weniger als 50% beträgt.³⁶

Darüber hinaus muss der Ressourcenabfluss wahrscheinlich sein (IAS 37.14 Satz 1b) und eine zuverlässige Schätzung der Verbindlichkeit, für die eine Rückstellung gebildet werden soll, muss möglich sein (IAS 37.14 Satz 1c). In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass juristische Gutachten so gut wie nie konkrete Wahrscheinlichkeitsaussagen über den mutmaßlichen Prozessausgang enthalten.³⁷ Die Rechtsberater beschränken sich in der Praxis typischerweise darauf, eine Punkt- oder Intervallschätzung vorzunehmen. Dabei wird regelmäßig unterstellt, dass alle Intervallwerte dieselbe Eintrittswahrscheinlichkeit besitzen. Bei einem Intervall möglicher Ergebnisse mit derselben Eintrittswahrscheinlichkeit ist nach IAS 37.39 Satz 5 der Mittelwert dieser Bandbreite als wahrscheinlichster Wert anzugeben. Im Vergleich dazu schreibt § 253 Abs. 1 Satz 2 HGB den Ansatz von Rückstellungen in Höhe des Betrages vor, der „nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung notwendig ist“.

Es wird wegen der Schwierigkeiten eine zuverlässige Schätzung durchzuführen, verlangt, den Ansatz und die Bewertung von Rückstellungen für Prozessrisiken grundsätzlich nur auf Grundlage externer Rechtsgutachten zuzulassen, um bilanzpolitische Manipulationen zu erschweren.³⁸ In der Unternehmenspraxis behandelt häufig nur die interne Rechtsabteilung streitige Rechtsfragen. Im Gegensatz zu den fest angestellten Justiziarern könnten unabhängige Rechtsberater aber eine von Interessenkonflikten weitgehend freie Beurteilung eines Rechtsstreites vornehmen. Sie würden somit für eine größere Objektivität bürgen.³⁹

Diese Überlegungen sind zutreffend und zielführend. Sie bedeuten, dass die Unternehmen zur Ausfüllung des Zuverlässigkeitskriteriums auf Prozesskostenfinanzierer zur Beurteilung des Prozessrisikos zurückzugreifen haben, jedenfalls wenn und soweit ein Prozesskostenfinanzierer im Rahmen von Passivprozessen tätig wird.

36 Ausführliche Diskussionen bei Stengel, BB 1993, 1403, 1405 f.

37 Thiele, aaO., Die Wirtschaftsprüfung 2004, 737, 742.

38 Thiele, aaO., Die Wirtschaftsprüfung 2004, 737, 742.

39 Thiele, aaO., Die Wirtschaftsprüfung 2004, 737, 742.



VI. Auswirkungen der Prozesskostenfinanzierung auf die Bilanzierung nach IFRS/IAS

3. AKTIVPROZESSE

Ein Unternehmen, das einen Aktivprozess führt, geht davon aus, diesen Prozess zu gewinnen. Da dies nicht sicher ist, handelt es sich bei der geltend gemachten Forderung um eine Eventualforderung (contingent asset). Die IFRS kennen Eventualforderungen, ihre Definition ergibt sich aus IAS 37.10. Gemeint sind mögliche Vermögenswerte, die aus vergangenen Ereignissen resultieren und deren Existenz durch das Eintreten oder Nichteintreten eines oder mehrerer unsicherer künftiger Ereignisse erst noch bestätigt wird, die nicht vollständig unter der Kontrolle des Unternehmens stehen. Eventualforderungen können vertragliche oder nichtvertragliche Beziehungen zugrunde liegen. Damit soll die Bilanzierung von möglichen zukünftigen Zuflüssen geregelt werden, für die aufgrund ausstehender zukünftiger Ereignisse (Endurteil) noch keine endgültige Qualifizierung als Vermögenswert möglich ist. In Betracht kommen Schadenersatzforderungen aus Wettbewerbsprozessen, Vertragsverletzungen, Entschädigungszahlungen der Öffentlichen Hand oder aus deliktischen Handlungen.

Nach derzeitigem Diskussionsstand dürfen Eventualforderungen nicht – auch nicht teilweise – aktiviert werden (IAS 37.31). Liegt die Wahrscheinlichkeit, dass aus der Eventualforderung zukünftig mit einem Zufluss eines wirtschaftlichen Nutzens zu rechnen ist, unter 50%, ist weder eine Erfassung noch eine Anhangangabe zulässig. Bei einer Wahrscheinlichkeit über 50% ist eine kurze Beschreibung der Art der Eventualforderung und eine Schätzung der finanziellen Auswirkungen im Anhang aufzunehmen (IAS 37.89). Zur Klärung der Frage, mit welcher Wahrscheinlichkeit ein Aktivprozess gewonnen werden wird, müssen die Unternehmen in Zukunft auf einen Prozesskostenfinanzierer zurückgreifen, wenn und soweit dieser bereit ist, den Fall zu untersuchen. Wahrscheinlichkeitsangaben ohne Inanspruchnahme eines Prozesskostenfinanzierers sind mit großer Vorsicht zu genießen, weil sie auf einer höchst subjektiven und von eigenen Interessen geleiteten Selbsteinschätzung beruhen. Aus dem das gesamte IFRS-Regelwerk leitenden Grundgedanken des True and Fair View (IAS 1.0) folgt, dass die Zwischenschaltung eines Prozesskostenfinanzierers zur Bestimmung der Wahrscheinlichkeit von Eventualforderungen jedenfalls dann und soweit erfolgen muss, wie Prozesskostenfinanzierer als Dienstleister im Einzelfall bereit stehen.

Die Tätigkeit eines Prozesskostenfinanzierers kann aber auch insoweit von Bedeutung sein, als der Ansatz als Forderung jedenfalls dann zu geschehen hat, wenn die Realisation „so gut wie sicher“ (virtually certain) ist (IAS 37.33). Der Begriff „so gut wie sicher“ bedeutet, dass die Realisierung des Mittelzuflusses jedenfalls nicht absolut sicher sein muss. Daher darf die Erfassung einer solchen Forderung in der Bilanz nicht bis zum Eintritt der Rechtskraft eines Urteils oder bis zum Abschluss eines verbindlichen Vergleichs aufgeschoben werden.⁴⁰

40 Thiele, aaO., Die Wirtschaftsprüfung 2004, 737, 743.



VI. Auswirkungen der Prozesskostenfinanzierung auf die Bilanzierung nach IFRS/IAS

Umgekehrt bedeutet die Formulierung „so gut wie sicher“ aber auch, dass keine wirkliche Ungewissheit in Bezug auf das Eintreffen des konkreten Ressourcenzuflusses bestehen darf. Es wird deshalb gefordert, dass ein Schadenersatzanspruch regelmäßig erst nach Verkündung eines richterlichen Urteils – aber noch vor dem Eintritt seiner Rechtskraft – aktiviert werden muss.⁴¹

Diese Überlegungen sind nicht in vollem Umfang überzeugend – sie lassen die Tatsache außer Acht, dass es mit Mitteln der Wahrscheinlichkeitsrechnung ohne weiteres möglich ist, den wahrscheinlichen Erwartungswert einer Forderung sehr präzise und sicher anzugeben. Die Prozessrisikoanalyse benutzt Methoden der Entscheidungstheorie. Das Verfahren wurde in den USA entwickelt und wird inzwischen auch in Deutschland, vor allem in der Mediation, angewendet.⁴² Fragen dieser Art werden im International Financial Reporting Board nach Berichten aus gut informierten Kreisen auch heute schon diskutiert.⁴³ Durch Zwischenschaltung eines Prozesskostenfinanzierers lässt sich der Erwartungswert einer Eventualforderung häufig sehr präzise berechnen. Ganz besonders genau werden die Aussagen dann, wenn ein Unternehmen über eine größere Anzahl von Prozessen verfügt und der Erwartungswert über die Gesamtheit der Prozesse errechnet wird. Die Aussagen über die Erfolgswahrscheinlichkeit betreffen dann zwar nicht den einzelnen Fall, aber das Bündel aller im Streit befindlichen Forderungen. Die hinter diesen Aussagen stehenden Wahrscheinlichkeitsberechnungen sind Grundlage für die Kalkulation aller Versicherungsverträge. Das heißt, es kann auf langfristig erprobtes und ausdifferenziertes Erfahrungswissen zurückgegriffen werden.

VII. Wesentliche Ergebnisse

1. Im Rahmen des nach § 91 Abs. 2 AktG für Unternehmen zwingend erforderlichen Risikomanagementsystems ist als Systembaustein die Prozessrisikoanalyse einzufügen.
2. Der Vorstand hat bei der Durchführung einer Prozessrisikoanalyse lege artis Prozesskostenfinanzierer soweit wie möglich zwischenschalten, um die von subjektiven Interessen geprägte hauseigene Prozessrisikoanalyse zu objektivieren.
3. Wirtschaftsprüfer haben im Bestätigungsvermerk nach § 322 Abs. 3 Satz 2 HGB explizit darauf einzugehen, ob die Prozessrisiken der künftigen Entwicklung im Lagebericht zutreffend dargestellt sind. Das Risikomanagementsystem ist prinzipiell fehlerhaft, wenn der Vorstand Prozesskostenfinanzierer auch dann nicht einschaltet, wenn dies möglich ist.
4. Prozesskostenfinanzierer sind im Rahmen der Bilanzierung nach IFRS/IAS – und auch nach HGB-Grundsätzen – einzuschalten, um nachprüfbar und quantifizierbare Aussagen über die Höhe von Eventualforderungen und von Eventualverbindlichkeiten machen zu können.
5. Mit Blick auf Prozesskosten ist die Einschaltung eines Prozesskostenfinanzierers durch den Vorstand im Unternehmensinteresse geboten, um zu prüfen, ob der Vorstand Kostenrisiken auf den Finanzierer verlagern und damit den Nutzen für das Unternehmen mehren kann.

⁴¹ Thiele, aaO., Die Wirtschaftsprüfung 2004, 737, 743; ähnlich zurückhaltend: Beck-IFRS-HB/Scheinpflug, 2. Aufl., § 10, Rz. 55.

⁴² Matthias Morawietz, Prozessrisikoanalyse in der Wirtschaftsmediation, IDR 2004, 133 ff.

⁴³ Gespräch mit Mitarbeitern von Ernest & Young in Düsseldorf am 31.10.2005.



Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski

- *23.09.1947 in Bad-Harzburg
- 1964-73: Berufsausbildung und -tätigkeit
- 1973-78: Studium Universität Göttingen
- 1978: Erstes Staatsexamen
- 1980: Zweites Staatsexamen
- 1982: Promotion bei Prof. Dr. Ulrich Immenga, Göttingen
- 1986: Habilitation bei Prof. Dr. Ulrich Immenga, Göttingen
- 1988: Ernennung zum Universitätsprofessor (C 2)
- 1990: Berufung an die Universität Würzburg (C 3)
- 1991: Berufung an die Universität Passau (C 4)
- 1993: Berufung an die Humboldt-Universität zu Berlin (C 4)
- 1996: Vorsitzender des Wissenschaftlichen Beirats beim Bund der Versicherten
- ab 2000: Geschäftsführender Direktor des Instituts für Energie- und Wettbewerbsrecht in der Kommunalen Wirtschaft e.V. an der Humboldt-Universität zu Berlin
- 2003: Ruf an die Universität Hamburg – Ablehnung 2004
- ab 2004 Geschäftsführender Direktor des Institutes für Neue Alterssicherungssysteme und Rechtsbiometrik (NESTOR)
- Feb. 2005: Berufung in den Versicherungsbeirat bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
- April 2005: Geschäftsführender Direktor der Forschungsstelle „Finanzierung von Gerichtsprozessen“
- April 2006 Aufsichtsratsvorsitzender der Juragent AG

Arbeitsschwerpunkte

Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Kartellrecht, Prozesskostenfinanzierung, Privatversicherungsrecht, Bank- und Kapitalmarktrecht

Für genauere Informationen:

<http://www.rewi.hu-berlin.de/jura/ls/swt/>

Wir finanzieren Ihren Gerichtsprozess

- Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung
- Übernahme des Prozesskostenrisikos ab einem Mindeststreitwert von 500.000 Euro
- Kostenlose Prüfung der Erfolgsaussichten durch Richter a.D. bei LG und OLG
- Schnelle Finanzierungsentscheidung
- Kompetente Prozessbegleitung

Juragent AG
Joachimstaler Str. 10 - 12
D- 10719 Berlin
Fon +49 (0)30 - 88 92 38 0
Fax +49 (0)30 - 88 92 38 0
www.juragent.de
pkf@juragent.de