

Berlin, Juli 2008
Stellungnahme Nr. 38/08
abrufbar unter www.anwaltverein.de

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins
durch den Handelsrechtsausschuss
zum
Regierungsentwurf eines
Gesetzes zur Modernisierung des Bilanzrechts (BilMoG)

Mitglieder des Ausschusses:

Prof. Dr. Michael Hoffmann-Becking (Vorsitzender und Berichterstatter)
Dr. Manfred Balz
Dr. Christian Decher
Dr. Hans Friedrich Gelhausen (Berichterstatter)
Dr. Wilhelm Happ
Dr. Peter Hemeling
Dr. Georg Hohner
Dr. Hans-Christoph Ihrig
Prof. Dr. Gerd Krieger
Dr. Georg Maier-Reimer
Prof. Dr. Reinhard Marsch-Barner (Berichterstatter)
Dr. Welf Müller
Dr. Andreas Pentz
Prof. Dr. Arndt Raupach (Berichterstatter)
Dr. Bodo Riegger
Prof. Dr. Johannes Semler
Prof. Dr. Walter Sigle
Prof. Dr. Frank A. Schäfer
Dr. Martin Winter

Zuständiger DAV-Geschäftsführer:

Rechtsanwalt Jens Wagener

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz
Bundesministerium der Finanzen
Vorsitzender des Rechtsausschusses des Bundestages
Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
Landesgruppen und -verbände des DAV
Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des DAV
Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des DAV
Handelsrechtsausschuß des DAV
Bundesrechtsanwaltskammer
Bundesnotarkammer
Deutscher Notarverein
Institut der Wirtschaftsprüfer
Deutscher Richterbund
ÖTV Abt. Richterinnen und Richter
Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz (DSW)
Deutscher Steuerberaterverband
Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)
Bundesverband der Freien Berufe
ver.di
Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK)
Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft
Bundesverband Deutscher Banken
Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger e.V. (SdK) - Die Aktionärsvereinigung -
GmbH-Rundschau
NZG Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
WM Wertpapiermitteilungen
ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Börsenzeitung
Handelsblatt
Frankfurter Allgemeine Zeitung
NJW
Financial Times Deutschland
Deutscher Notarverein
Kommission der Europäischen Gemeinschaften
Financial Times Deutschland
Deutscher Notarverein
Kommission der Europäischen Gemeinschaften

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 65.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Die Bundesregierung hat am 21. Mai 2008 den Regierungsentwurf des BilMoG beschlossen. Zum bilanzrechtlichen Teil des Referentenentwurfs hatte der Handelsrechtsausschuss im Januar 2008 Stellung genommen (Stellungnahme Nr. 4/08, abgedruckt in NZG 2008, 183 ff.). Die nachstehenden Anmerkungen zum Regierungsentwurf betreffen sowohl die Regelungen zur Änderung des materiellen Bilanzrechts als auch die Regelungen zur Umsetzung der sog. Abschlussprüfer-Richtlinie und der sog. Abänderungs-Richtlinie.

1. Zu Art. 1 Nr. 2 (§ 241a HGB-E – Buchführungs- und Bilanzierungspflicht)

1 Der Handelsrechtsausschuss hat in seiner Stellungnahme zum RefE ausführlich zur damaligen Fassung des § 241a HGB-E Stellung genommen. Er begrüßt, dass Personenhandelsgesellschaften und Genossenschaften aus dem Anwendungsbereich der geplanten Erleichterungsvorschrift ausgenommen worden sind, die sich nunmehr ausschließlich auf den Einzelkaufmann bezieht, sofern dieser nicht kapitalmarktorientiert ist. Trotzdem verbleiben Probleme und Zweifelsfragen, die teilweise schon in der Stellungnahme zum RefE vorgetragen worden sind, die aber – bezogen auf die Fassung des RegE – nachfolgend nochmals dargestellt und ergänzt werden:

a) Rückwirkender Wegfall der Buchführungs- und Bilanzierungspflicht?

2 Die Buchführungs- und Bilanzierungspflicht des Einzelkaufmanns soll nach dem RegE entfallen, wenn bestimmte Grenzen für Umsatzerlöse und Jahresüberschuss an den Abschlussstichtagen von zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren nicht überschritten werden. Unklar bleibt, ab wann die Buchführungspflicht konkret entfällt. Würde auf den Zeitpunkt der Aufstellung des Jahresabschlusses abgestellt, dann müsste, da der Jahresabschluss erst im Laufe des folgenden Wirtschaftsjahres aufgestellt wird, über ein Rumpfwirtschaftsjahr Rechnung gelegt werden. Dies wird auch nicht durch den Hinweis in der Begründung (S. 102) verhindert, dass ein Jahresabschluss nicht aufgestellt werden muss, um festzustellen, dass eine gesetzliche Verpflichtung dazu nicht besteht, vielmehr genügen soll, dass „nach überschlägiger Ermittlung ... ein Überschreiten der Schwellenwerte nicht zu erwarten ist.“ Das ist außerdem missverständlich, da die Worte „zu

erwarten ist“ dahin verstanden werden könnten, dass es um die zum nächsten Stichtag zu erwartenden Werte geht. Gemeint sind aber offenbar die Werte zum vorangegangenen Stichtag, für den die Bilanzierungspflicht auch bei Unterschreiten der Werte noch besteht. Diese Werte sollen schon vor endgültiger Aufstellung des Abschlusses überschlägig ermittelt werden, um feststellen zu können, ob auch für das laufende Geschäftsjahr eine Buchführungs- und Bilanzierungspflicht besteht. Es bleibt das Problem, dass auch die überschlägige Berechnung nicht unmittelbar zum Abschlussstichtag durchgeführt werden kann, sondern erst später, so dass gegebenenfalls die Buchführungs- und Bilanzierungspflicht rückwirkend schon für den Zeitraum seit dem letzten Stichtag entfällt. Noch deutlicher wird die Rückwirkung, wenn im Fall der Neugründung auf den ersten Abschlussstichtag nach der Neugründung abgestellt wird (§ 241a Abs. 1 Satz 2 RegE) und dies nach § 242 Abs. 4 HGB-E auch für die Erstellung der Eröffnungsbilanz gelten soll. Nach allgemeiner Meinung ist die Eröffnungsbilanz spätestens aufzustellen, wenn der erste Geschäftsvorfall vorliegt, so dass nicht auf den ersten Jahresabschluss zum Ende des Eröffnungsjahres gewartet werden kann. Im Übrigen kann überhaupt eine Erleichterung nicht durch *rückwirkenden Wegfall* von Pflichten ermöglicht werden.

b) Rechtsfolgen des Verzichts auf die Buchführungs- und Bilanzierungspflicht

3 Die Begründung (S. 101) geht davon aus, dass Einzelkaufleute ohne Buchführungs- und Bilanzierungspflicht eine Überschussrechnung nach § 4 Abs. 3 EStG einrichten. Dazu besteht aber keine handelsrechtliche Verpflichtung. Auch steuerlich ist die Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 3 EStG verfahrensrechtlich nicht ausreichend abgesichert. Es gibt keine steuerlichen Aufzeichnungspflichten für Betriebseinnahmen und Betriebsausgaben, sondern nur die Verpflichtung zur Aufzeichnung von Einnahmen für Umsatzsteuerzwecke, ferner eine Vielzahl von gesetzlichen Einzelaufzeichnungspflichten und die freiwillige Aufzeichnung von Betriebsausgaben. Das ist keine ausreichende Grundlage für eine handelsrechtliche Überschussrechnung.

c) Rückwirkender Beginn der Buchführungspflicht bei Überschreiten der Grenzen des § 241a HGB-E?

4 Dasselbe Problem wie beim rückwirkenden Wegfall der Buchführungs- und Bilanzierungspflicht ergibt sich, wenn sich aufgrund eines Jahresabschlusses erstmals ergibt, dass die Grenzen des § 241a HGB-E überschritten werden.

Dann müsste rückwirkend auf den Beginn des Wirtschaftsjahres eine Eröffnungsbilanz erstellt und, falls ausreichende Aufzeichnungen für eine Überschussrechnung vorliegen, rückwirkend eine Buchführung eingerichtet werden.

d) Unklarheiten im Verhältnis zum Steuerrecht

5 Die Begründung (S. 102) bemerkt, § 141 AO und § 241a HGB-E seien in ihrer Anwendung "in Randbereichen" nicht vollständig kongruent. Abweichungen ergeben sich in der Tat insbesondere bei Überschreiten der Grenzen von § 241a HGB-E und § 141 AO: Handelsrechtlich besteht hier das beschriebene Rückwirkungsproblem. Dies ist dann auch für die Besteuerung maßgebend, da die handelsrechtlichen Buchführungs- und Bilanzierungspflichten auch für die Besteuerung zu erfüllen sind (§ 140 AO). Für Einzelgewerbetreibende, die nicht Kaufleute sind, ist dagegen nach § 141 Abs. 2 AO die Buchführungsverpflichtung erst vom Beginn des Wirtschaftsjahres an zu erfüllen, das auf die Bekanntgabe der Mitteilung folgt, durch die die Finanzbehörde auf den Beginn dieser Verpflichtung hingewiesen hat. Die handelsrechtliche Vereinfachung für Einzelkaufleute kann diese steuerlich in erhebliche Schwierigkeiten bringen.

e) Wesentliche Erleichterung?

6 In Anbetracht dieser vor allem technischen Schwierigkeiten in der Handhabung der Vorschrift sollte noch einmal überdacht werden, ob sie wirklich die angestrebte Vereinfachung und Erleichterung bringt. Handhabbar wäre allenfalls ein gesetzlich geregeltes Schätzverfahren oder die voraussetzungslose Anknüpfung an die steuerrechtliche Regelung (§ 141 Abs. 2 AO). Beide Möglichkeiten sind aber aus handelsrechtlicher Sicht nicht zu befürworten.

2. Zu Art. 1 Nr. 4 (§ 246 HGB-E – Vollständigkeit und Verrechnungsverbot)

7 § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB-E weicht vom RefE ab. Nach dem RegE sind Vermögensgegenstände nur in die Bilanz aufzunehmen, wenn sie dem Eigentümer auch wirtschaftlich zuzurechnen sind. Die Aktivierung ist damit kumulativ an zwei Voraussetzungen gebunden: das rechtliche Eigentum („dem Eigentümer“) und das wirtschaftliche Eigentum! Der Wortlaut lässt Zweifel aufkommen, ob das wirtschaftliche Eigentum allein für eine Aktivierung in Zukunft noch ausreicht. Das wäre aber eine gewichtige Veränderung des bisherigen Rechtszustands. Danach hat, bisher unbestritten, der wirtschaftliche Eigentümer zu bilanzieren. Das ergibt sich

nicht nur aus § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB, sondern auch aus den GoB z.B. zur Bilanzierung von Leasing-, Treuhand-, Kommissions- (Einkaufskommissions-) und Pensionsgeschäften. Nur aus der Begründung (S. 104) lässt sich entnehmen, dass eine Veränderung dieser bewährten und sinnvollen Grundsätze nicht beabsichtigt ist. Bei einer so grundsätzlichen Frage ist aber eine Klarstellung im Gesetzestext selbst vorzuziehen. Aus Gründen der Maßgeblichkeit gilt dies umso mehr für die steuerlichen Auswirkungen. Für die Vermögensgegenstände sollte man es deshalb bei der Formulierung des RefE belassen.

8 Für Schulden folgt der Handelsrechtsausschuss dagegen der Konzeption des RegE: Sie sind stets (auch) beim Schuldner zu passivieren, selbst wenn sie ihm wirtschaftlich nicht (mehr) zuzurechnen sind. Das schließt nicht aus, dass sie auch beim wirtschaftlich Verpflichteten zu passivieren sind.

3. Zu Art. 1 Nr. 10 (§ 253 Abs. 1, 3 und 4 HGB-E – Zugangs und Folgebewertung) und Nr. 11 (§ 255 Abs. 4 HGB-E – Zeitwert)

9 § 253 Abs. 1 Satz 3 HGB-E bestimmt, – wie schon der RefE – , dass zu Handelszwecken erworbene Finanzinstrumente mit ihrem beizulegenden Zeitwert zu bewerten sind. Der Begriff „zu Handelszwecken erworbene“ kann die Frage aufwerfen, ob damit eine Umwidmung der Finanzinstrumente zu einer anderen Zweckbestimmung (z.B. ins Anlagevermögen) definitiv ausgeschlossen werden soll. Dies gilt auch für den umgekehrten Fall, dass ursprünglich nicht zu Handelszwecken erworbene Finanzinstrumente nunmehr dieser Zweckbestimmung zugeführt werden sollen. Einer solchen Umwidmung dürfte auch § 242 Abs. 3 HGB-E nicht entgegen stehen. Diese Fälle könnten eingefangen werden, wenn nicht auf „erworbene“, sondern auf „zu Handelszwecken bestimmte“ Finanzinstrumente abgestellt wird.

10 Die Vorschrift geht davon aus, dass ein beizulegender Zeitwert zu jedem Stichtag vorhanden und verfügbar ist (mark-to-market). Das kann jedoch dann zweifelhaft sein, wenn ein funktionierender Markt für die betroffenen Finanzinstrumente nicht (oder zur Zeit nicht) vorhanden ist. Das war z.B. der Fall bei bestimmten Instrumenten in der noch anhaltenden Bankenkrise. Zwangsläufig muss dann auf synthetische Werte (mark-to-model) auf der Basis gewisser (theoretischer) Bewertungsmodelle ausgewichen werden. Ob diese Werte noch unter den Begriff des „beizulegenden Zeitwerts“ zu subsumieren sind, mag zumindest zweifelhaft sein.

11 Anders ist die Situation bei den außerplanmäßigen Abschreibungen nach § 253 Abs. 3 und 4 HGB-E. Hier ist von dem „niedrigeren Wert“ (nicht Zeitwert) auszugehen. Gibt es einen solchen nicht, bleibt es bei dem um Abschreibungen geminderten Anschaffungs- oder Herstellungskostenansatz. Davon abgesehen, ob

wirklich ein Unterschied zwischen dem „Zeitwert“ (Abs. 1) und „Wert“ (Abs. 3 und Abs. 4) bestehen sollte, wäre zu überlegen, ob bei Finanzprodukten dann, wenn kein Börsen- oder Marktpreis („Zeitwert“) existiert, jedenfalls bei einer Bewertung über Anschaffungskosten (nach oben) an den Anschaffungskosten festgehalten werden sollte, anstatt auf höhere synthetische Werte gehen zu dürfen. Fehlt ein Börsen- oder Marktpreis (mark-to-market), wäre allenfalls zu überlegen, ob bei Finanzprodukten ein „niedriger beizulegender Wert“ im Sinne der Absätze 3 und 4 anzusetzen ist, der dann ggf. auch synthetischer Natur sein dürfte.

4. Zu Art. 1 Nr. 20 (§ 268 Abs. 8 HGB-E – Ausschüttungssperre)

12 Die Ausschüttungssperre für Kapitalgesellschaften bei Aktivierung selbst geschaffener immaterieller Vermögensgegenstände des Anlagevermögens, latenter aktiver Steuern und Erträgen aus der Bewertung von Finanzinstrumenten zu Zeitwerten entspricht dem nach wie vor geltenden Vorsichtsprinzip. Anzumerken ist allerdings, dass die Bewertung mancher selbst geschaffener oder erworbener materieller Vermögensgegenstände keineswegs „sicherer“ ist als die von immateriellen Vermögensgegenständen; hier greift eine Ausschüttungssperre jedoch nicht ein. Systematisch zwingend ist die Ausschüttungssperre jedenfalls bei immateriellen Vermögensgegenständen deshalb nicht. Das ist bei latenten aktiven Steuern und vielleicht auch bei Finanzinstrumenten etwas anders zu sehen.

13 Dem Wortlaut nach fußt die Ausschüttungssperre auf den „Erträgen aus der Aktivierung“ und hebt damit auf die entsprechenden Posten der GuV ab. Solche „Erträge“ sind jedoch in den auf die Aktivierung folgenden Geschäftsjahren nicht mehr vorhanden (sie sind in die entsprechenden Bilanzposten eingegangen). Eine textgetreue Auslegung könnte zu dem Schluss kommen, dass in den Folgejahren keine Ausschüttungssperre mehr besteht. Das ist sicherlich nicht gewollt. Insoweit war die im RefE gefundene Formulierung (die Rücklagen abzüglich Verlustvortrag zuzüglich Gewinnvortrag müssen dem in der Bilanz „angesetzten Betrag mindestens entsprechen“) eindeutig. Es ist deshalb eine klarstellende Formulierung zu empfehlen, dass der „Gesamtbetrag der Erträge“ in einen Merkposten bei den Rücklagen in die Bilanz aufzunehmen und spiegelbildlich zur Aktivierung der entsprechenden Posten fortzuschreiben ist.

14 Es ist zu begrüßen, dass nunmehr auf die frei verfügbaren Rücklagen (Gewinnrücklagen und Rücklagen nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB) und nicht mehr, wie noch im RefE, nur auf die Gewinnrücklagen abgestellt wird.

5. Zu Art. 1 Nr. 23 lit. b (§ 272 Abs. 1a und 1b HGB-E – Bilanzierung eigener Anteile)

15 Der RegE vereinheitlicht die bilanzielle Behandlung eigener Anteile. Bisher gab es hierfür zwei Konzepte. Das traditionelle Konzept des HGB sah eine Aktivierung erworbener eigener Anteile unter gleichzeitiger Bildung einer Rücklage für eigene Anteile zur Neutralisierung vor (§ 272 Abs. 4 HGB). Das in Anlehnung an die international übliche Handhabung neu eingeführte Konzept für eigene Aktien, die zur Einziehung bestimmt waren, sah dagegen eine Absetzung des Nennbetrags in der Vorspalte auf der Passivseite sowie eine Verrechnung des darüber hinausgehenden Erwerbspreises mit verwendbaren Rücklagen vor (§ 272 Abs. 1 Satz 4 - 6 HGB). Dieses Konzept wird nunmehr auf sämtliche eigenen Anteile ausgeweitet. Diese Vereinheitlichung ist zu begrüßen, weil hierdurch die sachlich nicht zwingende unterschiedliche Behandlung vergleichbarer Sachverhalte vermieden wird. Die Regelung verdeutlicht, dass bereits der Erwerb eigener Anteile wirtschaftlich zu einer Kapitalrückzahlung an die Gesellschafter führt. Der Einklang mit der gesellschaftsrechtlich unveränderten Ziffer des Grund- oder Stammkapitals wird dadurch hergestellt, dass der Nennbetrag oder rechnerische Wert in der Vorspalte offen von dem gezeichneten Kapital abzusetzen ist.

16 In der Formulierung des § 272 Abs. 1a Satz 1 HGB-E sollten die Worte "...als Kapitalrückzahlung..." entfallen. Sie weisen lediglich auf das Motiv der offenen Absetzung hin und haben keinen Regelungsgehalt; außerdem erscheint der Zusatz missverständlich, weil auch der Mehrbetrag des Erwerbspreises, der mit den Rücklagen zu verrechnen ist, als Kapitalrückzahlung anzusehen ist. Gleiches gilt erst recht für die Worte "als Kapitalerhöhung" in § 272 Abs. 1b Satz 1 HGB-E. Da der Begriff Kapitalerhöhung in rechtstechnischem Sinne (§§ 182 ff. AktG, §§ 55 ff. GmbHG) verstanden werden könnte, eine formelle Kapitalerhöhung aber gerade nicht vorliegt, ist dieser Zusatz eher irreführend, jedenfalls aber entbehrlich.

17 Der Unterschiedsbetrag zwischen dem Nennbetrag oder dem rechnerischen Wert und dem Kaufpreis der eigenen Anteile ist nach Abs. 1a Satz 2 mit Rücklagen zu verrechnen. Der Handelsrechtsausschuss begrüßt, dass zur Vermeidung von Missverständnissen jetzt der Begriff "frei verfügbare Rücklagen" verwendet wird, weil neben den anderen Gewinnrücklagen je nach Rechtsform auch sonstige Rücklagen verwendet werden können. Die Zusammensetzung der frei verfügbaren Rücklagen wird durch die Ausführungen in der Gesetzesbegründung erläutert. Dass dort nur die Kapitalrücklagen aus Zuzahlungen (§ 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB) ausdrücklich erwähnt werden, ist wohl dem Umstand geschuldet, dass die Bindungsvorschriften rechtsformabhängig ausgestaltet sind.

18 Zu begrüßen ist, dass in dem durch den RegE neu eingefügten Abs. 1b die Folgen einer späteren Veräußerung der eigenen Anteile geregelt werden. Dabei erscheint es zwingend, die Absetzung des Nennbetrags oder rechnerischen Werts in der Vorspalte zu beenden. Die Anweisung in Satz 1, den Vorspaltenausweis "rückgängig zu machen", könnte allerdings missverstanden werden: Es geht nicht um eine Rückgängigmachung des bisherigen Ausweises, sondern um die künftige Bilanzierung nach Veräußerung. Danach könnte besser und einfacher wie folgt formuliert werden: "Nach Veräußerung der eigenen Anteile entfällt der Ausweis nach Absatz 1a Satz 1.". Der Betrag muss dabei nicht genannt werden; dass es nur um den Nennbetrag oder den rechnerischen Wert der veräußerten Anteile gehen kann, versteht sich von selbst.

19 Nach Abs. 1b Satz 2 ist der Unterschiedsbetrag zwischen dem Nennbetrag oder dem rechnerischen Wert der veräußerten Anteile und den ursprünglichen Anschaffungskosten wieder den frei verfügbaren Rücklagen zuzuführen. Dies erscheint folgerichtig, weil es sich um einen actus contrarius handelt. Die Einstellung als Agio in gebundene Kapitalrücklagen (§ 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB), wie sie in Satz 3 vorgesehen ist, würde in der Zusammenschau mit der Behandlung des Erwerbs zu einer nicht gerechtfertigten Zwangsthesaurierung führen. Allerdings sollte in der Formulierung klargestellt werden, dass es nicht im Belieben des Bilanzierenden steht, in welche frei verfügbare Rücklage er den Betrag einstellt; dies erscheint angesichts der Unterscheidung von Kapital- und Gewinnrücklagen (§ 272 Abs. 2 und 3 HGB) sachgerecht. Auch ist der verwendete Begriff "zu verrechnen" missverständlich, weil die Beträge den jeweiligen Rücklagen zugeführt und nicht gekürzt (=verrechnet) werden. Hinzu kommt, dass die Formulierung des RegE die Einstellung in die Rücklagen unabhängig davon verlangt, ob der Betrag bei der Veräußerung auch erzielt worden ist. Dies kann so nicht beabsichtigt sein. Obergrenze ist natürlich der Veräußerungspreis, vermindert um den Nennbetrag oder den rechnerischen Wert.

Die Formulierung könnte danach wie folgt lauten: " Ein den Nennbetrag oder den rechnerischen Wert übersteigender Differenzbetrag aus dem Verkaufserlös ist bis zur Höhe des nach Abs. 1a Satz 2 mit den frei verfügbaren Rücklagen verrechneten Betrags in die jeweiligen Rücklagen einzustellen." In Fortführung dieser Formulierung müsste Satz 3 dann wie folgt beginnen: "Der darüber hinausgehende Differenzbetrag ist ...".

20 In Abs. 1b Satz 3 wird bestimmt, dass ein bei Veräußerung erzielter Mehrbetrag wie ein Agio in die Rücklage nach § 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB einzustellen ist. Dem liegt offenbar die Vorstellung zu Grunde, dass die Veräußerung einer Kapitalerhöhung gleichkommt. Nachdem der Erwerb zwar als Kapitalrückzahlung behandelt, aber

nicht als Einziehung der Aktien ausgestaltet ist, läge es näher, die spätere Veräußerung nicht einer Neubegebung gleichzustellen. Vielmehr erzielt die Gesellschaft einen Ertrag aus dem Handeln mit den eigenen Anteilen. Selbst wenn man gegen die Vorstellung Vorbehalte hat, dass Gesellschaften, die keine Kreditinstitute sind, mit eigenen Anteilen handeln - dies ist bereits Regelungsgegenstand in § 71 AktG -, besteht keine Notwendigkeit, die Wiederveräußerung rechtlich existenter Anteile der Neubegebung von Anteilen gleichzustellen. Hier sollte überdacht werden, ob nicht der Ausweis als sonstiger betrieblicher Ertrag zugelassen werden kann, wie dies auch derzeit im Schrifttum befürwortet wird. Eine erfolgsneutrale unmittelbare Einstellung in nicht gebundene Kapitalrücklagen (§ 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB) kommt dagegen nicht in Betracht, weil der Kaufpreis als Entgelt für ein Verkehrsgeschäft nicht als Gesellschafterzuzahlung interpretiert werden kann. Eine unmittelbare Einstellung in Gewinnrücklagen wäre ebenfalls nicht sachgerecht.

- 21 Bei der Formulierung der Erwerbvoraussetzungen für eigene Aktien und Geschäftsanteile (§ 71 Abs. 2 Satz AktG-E; § 71a Abs. 1 Satz 2 2. Halbsatz AktG-E; § 33 Abs. 2 Satz 1 GmbHG-E) fällt auf, dass hier nach wie vor vorausgesetzt wird, dass die Gesellschaft in der Lage sein muss, eine Rücklage in Höhe der Aufwendungen für den Erwerb bilden zu können. Die Formulierung dieser Erwerbsvoraussetzung war stimmig, solange die eigenen Anteile nach Erwerb durch Bildung einer Rücklage für eigene Anteile gedeckt werden mussten. Nachdem diese Voraussetzung jedoch entfallen ist, erscheint die Beibehaltung dieser Formulierung nicht folgerichtig. Stattdessen sollte darauf abgestellt werden, ob der Kaufpreis durch die frei verfügbaren Rücklagen (und ggf. auch den bis zum Erwerbszeitpunkt bereits erzielten Gewinn) gedeckt werden kann.
- 22 In diesem Zusammenhang bleibt auch zu klären, ob es wie bisher auf eine Prognose für die Verhältnisse zum Ende des Geschäftsjahres ankommen soll oder ob die Deckung abschließend zum Zeitpunkt des Erwerbsgeschäfts festgestellt werden muss, wie dies die Neuformulierung nahe legt. Hier dürfte die neue Regelung wohl sachgerecht sein, wenn auch gewisse Probleme damit verbunden sind, unterjährige Gewinne festzustellen.
- 23 Nachdem nunmehr die Absetzung des Nennbetrags in der Vorspalte generell vorgeschrieben wird, gewinnt ein Problem an Bedeutung, das schon bisher im Zusammenhang mit der Regelung über die Bilanzierung „eingefrorener“ eigener Aktien (§ 272 Abs. 1 Satz 4 - 6 HGB) verbunden war. Bei der späteren Einziehung dieser Aktien nach den Vorschriften für die vereinfachte Kapitalherabsetzung muss in die Kapitalrücklage ein Betrag eingestellt werden, der dem auf die eingezogenen Aktien entfallenden Betrag des Grundkapitals gleichkommt (§ 237 Abs. 5 AktG).

Hiermit wird die Kapitalbindung in Höhe des Nennbetrags perpetuiert. Bei dem nunmehr einheitlich vorgeschriebenen Nettoausweis der zurückerworbenen eigenen Aktien wird dieser Schutz dagegen nicht gewährleistet, weil sich die Kapitalziffer entsprechend vermindert, ohne dass die Rücklage bereits dotiert wird.

24 Hieraus wird im Schrifttum teilweise gefolgert, dass die Regelung des § 237 Abs. 5 AktG schon vor der Einziehung allein aufgrund des Rückerwerbs analog anzuwenden ist. Hier sollte der Gesetzgeber Klarheit schaffen und entweder die Bildung der Rücklage ausdrücklich anordnen oder regeln, dass eine Rücklagendotierung nicht erforderlich ist. Eine solche klare Regelung ist auch im Hinblick auf die drohende Nichtigkeitsfolge (§ 256 Abs. 1 Nr. 4 AktG) unbedingt wünschenswert.

6. Zu Art. 1 Nr. 29 (§ 285 HGB-E – Pflichtangaben im Anhang)

a) Nicht bilanzierte Geschäfte (Nr. 3)

25 Nach Satz 1 Nr. 3 sollen im Anhang „Art, Zweck sowie Risiken und Vorteile von nicht in der Bilanz enthaltenen Geschäften, soweit dies für die Beurteilung der Finanzlage notwendig ist“, angegeben werden. Die Bestimmung setzt Art. 43 Abs. 1 Nr. 7a der RL 78/660/EWG um; diese schreibt allerdings eine Angabepflicht nur unter zwei Voraussetzungen vor:

- (i) Risiken und Chancen aus solchen Geschäften müssen wesentlich sein und
- (ii) die Angabe muss für die Beurteilung der Finanzlage der Gesellschaft notwendig sein.

Auf die erste dieser beiden Voraussetzungen wird im RegE verzichtet; wahrscheinlich unter der Annahme, dass für die Beurteilung der Finanzlage ohnehin nur wesentliche Risiken und Chancen in Frage kommen. Das wird i.d.R. auch so sein. Trotzdem ist festzuhalten, dass Art. 43 Abs. 1 Nr. 7a RL einen doppelten Filter vorsieht. Enthält das Einzelgeschäft keine wesentlichen Risiken oder Chancen, ist es nach der RL in die Prüfung der Auswirkungen auf die Finanzlage gar nicht einzubeziehen. Die RL geht also von einer Einzelfallbetrachtung aus und kommt dann zur Gesamtbetrachtung. Der RefE geht von vorneherein nur von einer Gesamtbetrachtung aus. Das kann in besonderen Fällen zu unterschiedlichen Berichtfolgen führen (z.B. Einzelgeschäft im Risiko unwesentlich, aber Klumpenrisiko). Unter dem

Transparenzgesichtspunkt ist der RegE sinnvoll, auch wenn die RL gegebenenfalls einschränkender zu handhaben wäre.

26 Nicht ganz klar wird (auch in der RL), ob nur im Geschäftsjahr des Abschlusses „der Geschäfte“ berichtet werden muss oder, wenn das Geschäft einen Dauerzustand bewirkt (z.B. Zweckgesellschaften), in jedem Geschäftsjahr, in dem das Geschäft wirksam ist, insbesondere wenn die Voraussetzungen (Wesentlichkeit und Beurteilungsnotwendigkeit) erst nach Abschluss des Geschäfts eintreten. Treten die Voraussetzungen erst nach Abschluss des Geschäfts ein, ist im Bericht über das Geschäftsjahr des Eintritts der Voraussetzungen zu berichten. Bei Dauerschuldverhältnissen – sofern sie für die Beurteilung der Finanzlage notwendig sind – ist zu jedem Bilanzstichtag bis zur Beendigung zu berichten. In allen anderen Fällen genügt eine einmalige Angabe bei Abschluss des Geschäfts; der Einfluss auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage wird durch die zutreffende bilanzielle Behandlung (z.B. Drohverlustrückstellungen) hinreichend abgebildet. Der entsprechende Hinweis in der Begründung (S. 150/153) weist zutreffend auf dieses Verständnis hin.

b) Nutzungsdauer des erworbenen Geschäfts- oder Firmenwerts (Nr. 13)

27 Mit der vollständigen Neufassung des § 255 Abs. 4 HGB entfallen auch dessen Sätze 2 und 3, wonach ein Geschäfts- oder Firmenwert grundsätzlich in fünf Jahren abzuschreiben ist, es sei denn eine längere Nutzungsdauer kann nachgewiesen werden. Diese „Regelabschreibungsdauer“ kann nunmehr nur noch aus der Anhangsvorschrift in § 285 Satz 1 Nr. 13 HGB-E entnommen werden. Darin kann man eine „Herabstufung“ des bisherigen Grundsatzes erkennen. Art. 37 Abs. 2 i.V.m. Art. 34 Abs. 1 (a) RL 78/660/EWG formuliert bestimmter i.S. einer Regelabschreibung von fünf Jahren, was aus systematischen Gründen für eine Aufnahme in § 253 Abs. 5 HGB-E mit zusätzlicher Anhangsangabe spricht.

28 Die Bestimmung setzt Art. 37 Abs. 2 i.V.m. Art. 34 Abs. 1 (a) RL 78/660/EWG um. Dem deutschen Gesetzgeber ist ein weiterer Spielraum nicht gegeben. Bemerkenswert ist jedoch, dass steuerlich eine Nutzungsdauer von 15 Jahren fingiert wird (§ 7 Abs. 3 EStG). Da – außer aus fiskalpolitischen Gründen – eine unterschiedliche und dazu noch festgeschriebene Nutzungsdauer für einen Vermögensgegenstand/Wirtschaftsgut im Steuerrecht, abweichend vom Handelsrecht, weder wirtschaftlich noch systematisch nachvollziehbar ist, sollte insoweit wieder der Maßgeblichkeitsgrundsatz der Handelsbilanz gelten (§ 5 Abs. 1 Satz 2 E-EStG).

c) Geschäfte mit nahestehenden Unternehmen und Personen (Nr. 21)

29 Die Vorschrift verlangt „zumindest“ die Angabe von nicht zu marktüblichen Bedingungen zustande gekommenen Geschäften – soweit sie wesentlich sind – mit nahestehenden Unternehmen und Personen, einschließlich Angaben zur Art der Beziehung, zum Wert der Geschäfte sowie weitere Angaben, die für die Beurteilung der Finanzlage notwendig sind; ausgenommen sind Geschäfte zwischen mittel- und unmittelbar in 100%igem Anteilsbesitz stehenden Tochtergesellschaften, sofern sie in einen Konzernabschluss einbezogen sind. Damit wird Art. 43 Abs. 1 Nr. 7b RL 78/660/EWG umgesetzt. Auch hier ist ein Spielraum des deutschen Gesetzgebers nicht vorhanden; von dem Mitgliedstaatenwahlrecht des Art. 43 Abs. 1 Nr. 7b (ii) wird mit § 285 Satz 1 Nr. 21 2. Halbsatz HGB-E Gebrauch gemacht.

30 Bei Aktiengesellschaften überschneidet sich diese externe Berichtspflicht weitgehend mit der internen Berichtspflicht im Abhängigkeitsbericht nach § 312 AktG. Nur 100%ige Konzernunternehmen (mittelbar oder unmittelbar) gehen in den Bericht nach § 312 AktG, nicht aber in die externe Berichterstattung im Anhang nach § 285 Satz 1 Nr. 21 HGB-E ein. Die Abgrenzung zu den „Geschäften“ in § 285 Satz 1 Nr. 21 HGB-E kann allerdings problematisch werden, jedenfalls wenn der Begriff „Geschäfte“ umfassender zu verstehen sein sollte als Rechtsgeschäfte i.S.v. § 312 Abs. 1 AktG. Außerdem sind in den Abhängigkeitsbericht nach § 312 AktG alle Rechtsgeschäfte und Maßnahmen ohne Rücksicht auf die Einhaltung der Marktüblichkeit einzubeziehen.

31 Es ist zu begrüßen, dass der RegE von der Befreiungsmöglichkeit in Art. 43 Abs. 1 Nr. 7b Abs. 2 RL 78/660/EWG Gebrauch machen will und kleine AG's von der Anhangsangabe freistellt und bei der mittelgroßen AG die Angabepflicht auf Geschäfte mit dem Hauptgesellschafter oder Mitgliedern des Geschäftsführungs-, Aufsichts- oder Verwaltungsorgans beschränkt (§ 288 Abs. 2 Satz 4 HGB-E). Dabei ergibt sich allerdings die Frage, was unter dem bisher im HGB nicht definierten „Hauptgesellschafter“ zu verstehen ist. Beim Squeeze out gibt es den „Hauptaktionär“ ab einer Beteiligungsquote von 95% (§ 327a Abs. 1 AktG; ähnlich § 39a Abs. 1 WpÜG). Dieser Schwellenwert ist sicherlich für die Angabepflichten nach Nr. 21 zu hoch. Die Begründung (S. 167) gibt den Hinweis, dass der Begriff funktional zu verstehen sei und diejenigen natürlichen oder juristischen Personen oder Personengesellschaften erfasse, die die Möglichkeit haben, die Finanz- und Geschäftspolitik des Unternehmens zu bestimmen und infolgedessen die

Eingehung eines marktüblichen Geschäfts zum eigenen Nutzen durchsetzen können. Diese Definition mag hilfreich sein, eröffnet aber doch einen weiten Interpretationsspielraum. Griffiger erscheint es, auf die Definition des herrschenden Unternehmens (Unternehmers) i.S.v. §§ 17, 311 AktG abzustellen.

32 Bedauerlich, aber aus Richtliniengründen offenbar unabwendbar ist das Fehlen einer Schutzklausel. Geschäfte zu nicht-marktüblichen Bedingungen können häufig valide unternehmerische Gründe haben, für die eine Publizität kontraproduktiv ist.

33 Nicht gelöst ist auch das Problem von Lieferungen und Leistungen im Unternehmensverbund, für die es marktübliche Bedingungen schlechterdings nicht gibt. Diese Frage spielt nur bei 100%igen Beteiligungsketten für die Angabepflicht keine Rolle. Zumindest bei Vorliegen von Ergebnisabführungsverträgen müsste hier eine weitere Bereichsausnahme gemacht werden. Eine solche Ausnahme erscheint bei teleologischer Auslegung auch mit Art. 43 Abs. 1 Nr. 7b Abs. 3 RL 78/660/EWG vereinbar.

d) Investmentanteile (Nr. 26)

34 Die Vorschrift verlangt für Anteile oder Anlageaktien an inländischen Investmentvermögen i.S.v. § 1 InvG oder ausländischen Investmentanteilen i.S.v. § 2 Abs. 9 InvG umfassende Angaben zu stillen Reserven oder stillen Lasten.

Soweit solche Spezialfonds konsolidiert werden müssen (was bei unternehmerischer Anlage oder bei Bilanzierung nach internationalen Rechnungslegungsgrundsätzen – je nach Einzelfall – erforderlich werden dürfte) entfällt im Konzernanhang die Angabepflicht, da „Anteile“ in der Konzernbilanz nicht ausgewiesen werden (§ 314 Abs. 1 Nr. 18 HGB-E); sie sind wegkonsolidiert. Dann sollte aber auch im Einzelabschluss insoweit eine Anhangsangabe nach § 285 Satz 1 Nr. 26 HGB-E entfallen.

35 Unklar ist ferner, ob sich die Prüfungspflicht des Abschlussprüfers (§ 317 Abs. 1 Satz 1 HGB) nur auf die Vollständigkeit der Angaben oder auch auf deren Richtigkeit erstrecken soll. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Jahresbericht des Fonds (Sondervermögen) ohnehin durch einen Abschlussprüfer zu prüfen und mit einem besonderen Vermerk zu versehen ist (§ 44 Abs. 5 InvG). Eine weitere Prüfung durch den Abschlussprüfer der Gesellschaft im Rahmen der Prüfung des Anhangs ist sicherlich nicht geboten

und wäre zudem mit praktischen Schwierigkeiten bei der Informationsbeschaffung verbunden.

7. Zu Art. 1 Nr. 33 und 51 (§§ 289 Abs. 5, 315 Abs. 2 Nr. 5 HGB-E – Risikomanagementsystem)

36 Nach §§ 289 Abs. 5, 315 Abs. 2 Nr. 5 HGB-E sollen kapitalmarktorientierte Kapitalgesellschaften i. S. von § 264 d HGB-E die wesentlichen Merkmale ihres internen Kontroll- und internen Risikomanagementsystems im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess beschreiben. Damit soll Art. 46 a Abs. 1 c) der Abänderungsrichtlinie umgesetzt werden. Während die Richtlinie vom „internen Kontroll- und Risikomanagementsystem“ und damit von einem offenbar einheitlichen System spricht, wird in §§ 289 Abs. 5, 315 Abs. 2 Nr. 5 HGB-E differenziert von einem internen Kontroll- und einem internen Risikomanagementsystem gesprochen. Da es nur um die Beschreibung der wesentlichen Merkmale geht, kann dieser Unterschied auf sich beruhen.

37 Die Beschreibung des internen Risikomanagementsystems ist Teil des Lage- bzw. Konzernlageberichts und damit Gegenstand der Abschlussprüfung (§ 316 Abs. 1 und 2 HGB). Die Prüfung der Risiken beschränkt sich auf ihre zutreffende und vollständige Darstellung (§ 317 Abs. 2 Satz 2 HGB). Diese Regelung wird für Aktiengesellschaften jedoch an anderer Stelle unausgesprochen erweitert. So soll der Abschlussprüfer nach § 171 Abs. 1 Satz 2 AktG-E im Aufsichtsrat oder Prüfungsausschuss über wesentliche Schwächen des internen Kontroll- und des internen Risikomanagementsystems berichten. Ein solcher Bericht ist nur möglich, wenn zuvor eine inhaltliche Prüfung der Tauglichkeit des Systems stattgefunden hat.

38 Eine inhaltliche Prüfung sieht das geltende Recht bei börsennotierten Aktiengesellschaften bereits für das nach § 91 Abs. 2 AktG einzurichtende Früherkennungssystem vor (§§ 317 Abs. 4, 321 Abs. 4 HGB). Bei diesem System hat der Abschlussprüfer zu beurteilen, ob es in geeigneter Form geschaffen wurde und seine Aufgaben erfüllen kann. Da dieses Frühwarnsystem u.a. auch Unrichtigkeiten bei der Rechnungslegung erkennen soll, ist unklar, wie die Abgrenzung zu dem Kontroll- und Risikomanagementsystem für den Prozess der Rechnungslegung erfolgen soll.

8. Zu Art. 1 Nr. 34 und Art. 5 Nr. 9 (§ 289a HGB-E, § 161 AktG-E - Erklärung zur Unternehmensführung)

a) Allgemeines

39 Nach § 289a HGB-E haben börsennotierte und andere kapitalmarktorientierte Aktiengesellschaften eine Erklärung zur Unternehmensführung abzugeben, die entweder in den Lagebericht aufzunehmen oder auf der Internetseite der Gesellschaft öffentlich zugänglich zu machen ist. Damit sollen die weiteren Vorgaben von Art. 46 a Abs. 1 der Abänderungsrichtlinie umgesetzt werden.

40 Verpflichtet zur Abgabe dieser Erklärung ist die Gesellschaft und damit der Vorstand als deren Vertretungsorgan (§ 76 AktG). Im Schrifttum zu Art. 46 a der Abänderungsrichtlinie wurde die Auffassung vertreten, dass die sog. Corporate Governance-Erklärung von Vorstand und Aufsichtsrat gemeinsam verfasst werden sollte (vgl. z. B. Lentfer/Weber DB 2006, 2357, 2362). Dies wurde mit dem Einfluss des Aufsichtsrats auf den Gegenstand der Erklärung begründet. Für die Entsprechenserklärung gemäß § 161 AktG ist die Mitwirkung des Aufsichtsrates schon von Gesetzes wegen notwendig. Im Übrigen ist die Erklärung zur Unternehmensführung Teil des Lageberichts und wird damit vom Vorstand erstellt. Sie wird sodann vom Aufsichtsrat als Teil des Lageberichts gemäß § 171 Abs. 1 AktG geprüft und ggf. gebilligt. Damit sind beide Organe ausreichend in die Verabschiedung des Textes eingebunden. Eine andere Beurteilung kann veranlasst sein, wenn die Erklärung zur Unternehmensführung nicht im Lagebericht, sondern nur auf der Internetseite der Gesellschaft veröffentlicht wird. Für diesen Fall wird es in der Tat angebracht sein, den Inhalt der Erklärung zur Unternehmensführung als gemeinsame Erklärung der beiden Organe zu präsentieren.

41 Die Erklärung zur Unternehmensführung kann nach der Begründung (S. 170) wahlweise als gesonderter Text in den Lagebericht oder auf der Internetseite der Gesellschaft veröffentlicht werden. Im Gesetzeswortlaut kommt dieses Wahlrecht jedoch nur unzureichend zum Ausdruck, wenn es dort heißt, dass die Erklärung „auch“ auf der Internetseite der Gesellschaft öffentlich zugänglich gemacht werden kann. Zur Klarstellung sollte vor „auch“ das Wort „stattdessen“ in den Gesetzestext aufgenommen werden.

42 Wird die Erklärung zur Unternehmensführung in den Lagebericht aufgenommen, unterliegt sie an sich der Abschlussprüfung (§ 316 Abs. 1 und 2 HGB). Dies geht aber über Art. 46 a Abs. 2 Satz 3 der Abänderungsrichtlinie hinaus, wonach nur geprüft werden soll, ob die Erklärung zur

Unternehmensführung abgegeben worden ist. Dem wird dadurch Rechnung getragen, dass § 317 Abs. 2 HGB auf die Angaben nach § 289a HGB-E für nicht anwendbar erklärt wird (§ 317 Abs. 2 Satz 3 HGB-E). Der Abschlussprüfer prüft somit nur die Abgabe der Erklärung. Dies entspricht dem Regelungskonzept der §§ 285 Nr. 16, 314 Abs. 1 Nr. 8 HGB für die Entsprechenserklärung nach § 161 AktG.

b) Entsprechenserklärung gemäß § 161 AktG

43 Die Erklärung zur Unternehmensführung enthält zunächst die Entsprechenserklärung gemäß § 161 AktG (§ 289a Abs. 2 Nr. 1 HGB-E). Der Text dieser Erklärung soll dahin erweitert werden, dass die Nichtbefolgung von Empfehlungen der Kodexkommission zu begründen ist („und warum nicht“). Mit dieser Erweiterung des § 161 AktG wird die entsprechende Empfehlung in Ziffer 3.10 des Deutschen Corporate Governance Kodex gesetzlich normiert. Insoweit dürfte nur bei wenigen Gesellschaften Ergänzungsbedarf bestehen. Eine entsprechende Ergänzung unmittelbar nach Inkrafttreten des Gesetzes ist wohl nicht erforderlich. Wie bei Änderungen des Kodex sollte dafür die nächste turnusmäßige Entsprechenserklärung ausreichen.

44 Darüber hinaus soll der Anwendungsbereich des § 161 AktG auf alle den Kapitalmarkt in Anspruch nehmenden Aktiengesellschaften ausgedehnt werden, auch wenn deren Aktien nur im Freiverkehr gehandelt werden (§ 161 Abs. 1 Satz 2 AktG-E). Dies soll aber nur gelten, wenn die Gesellschaft Kenntnis von diesem Handel hat. Dass eine Gesellschaft keine Kenntnis davon hat, dass ihre Aktien im Freiverkehr gehandelt werden, dürfte eher selten sein, sodass diese Differenzierung, die beim Insiderrecht nicht gilt (vgl. § 12 Nr. 1 WpHG), keine große praktische Bedeutung haben dürfte.

45 Die Entsprechenserklärung soll künftig nicht mehr nur den Aktionären, sondern der Öffentlichkeit dauerhaft zugänglich gemacht werden (§ 161 Abs. 2 AktG-E). Dies geschieht, wie jetzt ausdrücklich geregelt wird, durch Veröffentlichung auf der Internetseite der Gesellschaft.

c) Angaben zu Unternehmensführungspraktiken

46 Die Erklärung zur Unternehmensführung soll als weiteren Inhalt relevante Angaben zu Unternehmensführungspraktiken enthalten, die über die gesetzlichen Anforderungen hinaus angewandt werden (§ 289 a Abs. 2 Nr. 2 HGB-E). Nach Art. 46 a Abs. 1a der Abänderungsrichtlinie stehen die Angaben zu Unternehmensführungspraktiken im Zusammenhang mit einem

Verweis auf den nationalen oder einen eventuell freiwillig angewendeten Unternehmensführungskodex. Mit den Angaben zu Unternehmensführungspraktiken ist aufgrund dieses Zusammenhangs und der Entstehungsgeschichte der Hinweis auf einen unternehmensindividuellen, die besondere Unternehmensführungspraxis beschreibenden Kodex gemeint. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs (S. 172) sollen darüber hinaus auch Regelungsbereiche gemeint sein, die ein Unternehmensführungskodex ausfüllen könnte. Damit wird die Vorschrift unnötigerweise auf alle unternehmensweit geltenden Standards ausgeweitet, die einen irgendwie gearteten Bezug zur Unternehmensführung haben.

d) Vorstand und Aufsichtsrat

47 Die Erklärung zur Unternehmensführung muss als drittes Element eine Beschreibung der Arbeitsweise von Vorstand und Aufsichtsrat sowie der Zusammensetzung und Arbeitsweise ihrer Ausschüsse enthalten (§ 289a Abs. 2 Nr. 3 HGB-E). Zur Zusammensetzung von Vorstand und Aufsichtsrat sind nach § 285 Nr. 10 HGB bereits Angaben im Anhang zu machen. Der entsprechende Teil von Art. 46 a Abs. 1 f) der Abänderungsrichtlinie muss deshalb nicht umgesetzt werden (vgl. Begründung S. 172). Angaben sind künftig allerdings zur „Arbeitsweise“ von Vorstand und Aufsichtsrat erforderlich. Bei wörtlicher Auslegung ist damit das Verfahren gemeint, in dem Vorstand und Aufsichtsrat Entscheidungen treffen. Dieses Verfahren ist regelmäßig in den Geschäftsordnungen für Vorstand und Aufsichtsrat näher ausformuliert. Im Übrigen verweist die Begründung (S. 172) auf die Empfehlung der Kommission vom 15. Februar 2005 zu den Aufgaben der Aufsichtsratsmitglieder börsennotierter Gesellschaften. Diese Empfehlung befasst sich, entsprechend ihrer Benennung, allerdings mehr mit den Aufgaben der Aufsichtsräte und weniger mit Verfahrensfragen. Lediglich der Anhang I enthält zur Arbeitsweise der Ausschüsse verschiedene Hinweise. Insoweit bleibt offen, ob und inwieweit die Erklärung auch eine Darstellung der Aufgaben und inneren Organisation der beiden Gremien enthalten soll.

48 Soweit sich die Erklärung auf die vom Aufsichtsrat gebildeten Ausschüsse bezieht, muss bei börsennotierten Gesellschaften bereits der Bericht des Aufsichtsrates gemäß § 171 Abs. 2 Satz 2 AktG nähere Angaben enthalten. Insoweit kommt es zu Doppelangaben. Die Arbeitsweise dieser Ausschüsse ergibt sich wiederum aus den Geschäftsordnungen des Aufsichtsrates, die heute schon von vielen Gesellschaften auf ihrer Internetseite veröffentlicht werden. Insofern wäre ein Hinweis in der Gesetzesbegründung hilfreich, dass

im Rahmen der Angaben nach § 289 a Abs. 2 HGB-E eine Bezugnahme auf andere Internet-Veröffentlichungen der Gesellschaft ausreicht.

49 Soweit auch Angaben zu Ausschüssen des Vorstands verlangt werden, ist unklar, ob damit – wie beim Aufsichtsrat – nur solche Gremien gemeint sind, die ausschließlich aus Mitgliedern des Vorstandes bestehen, oder ob auch Gremien erfasst sein sollen, denen z. B. nur ein Vorstandsmitglied angehört und die im Übrigen aus Mitarbeitern des Unternehmens bestehen. Solche Gremien werden vielfach für Querschnittsfunktionen oder zur operativen Steuerung des Unternehmens gebildet. Sie dürften jedoch kaum als „Ausschüsse des Vorstands“ zu verstehen sein. Ausschüsse des Vorstandes dürften nur solche Gremien sein, die unmittelbare und nicht nur auf Delegation beruhende Leitungsaufgaben des Vorstandes, also Organfunktionen, wahrnehmen. Im deutschen dualistischen Führungssystem sind solche Ausschüsse eher selten.

9. Zu Art. 1 Nr. 35 (§ 290 Abs. 1 Satz 1 HGB-E – Konsolidierung ohne Beteiligung)

50 Die Konsolidierungspflicht nach dem deutschen Konzept der „einheitlichen Leitung“ soll dadurch ausgeweitet werden, dass künftig auf das Erfordernis einer Beteiligung an dem Tochterunternehmen verzichtet wird. Ausreichend ist, dass jemand die einheitliche Leitung über das andere Unternehmen ausüben kann. Ein Anteilsbesitz mit einem bestimmten Mindestmaß (vgl. die Definition des Begriffs der Beteiligung in § 271 Abs. 1 HGB) wird nicht mehr vorausgesetzt; erfasst werden nach dem Wortlaut sogar Fälle ohne jeden Anteilsbesitz. Die Begründung (S. 173) hebt als Vorteil dieser Regelung hervor, dass die international üblichen Konsolidierungskriterien wegen der Einbettung in das nationale Konzept der einheitlichen Leitung nicht als Auslegungshilfen herangezogen werden könnten. Ob ein Unternehmen tatsächlich unter der einheitlichen Leitung eines Mutterunternehmens stehe, sei dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse zu entnehmen. Mit der Regelung werde formaljuristische Gestaltungen, die dazu dienen, Vermögensgegenstände und Schulden aus dem Konzernabschluss fern zu halten, zumindest teilweise der Boden entzogen.

51 Das Aktienrecht kennt den Tatbestand der einheitlichen Leitung seit langem und knüpft bestimmte Rechtsfolgen daran. Allerdings besteht auch Einvernehmen darüber, dass die Kriterien für die Feststellung, dass einheitliche Leitung ausgeübt wird, im Einzelfall schwer abgrenzbar sein können. Daher hat das Gesetz die Vermutungskette der §§ 17 Abs. 2, 18 Abs. 1 Satz 3 AktG geschaffen. Diese schließt aus einer Mehrheitsbeteiligung auf Abhängigkeit und vermutet von einem

abhängigen Unternehmen, dass es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet, d.h. unter dessen einheitlicher Leitung steht. Diese Regelung dient dazu, die Subsumtion unter den Konzernbegriff handhabbar zu machen und die praktischen Schwierigkeiten bei der positiven Feststellung einheitlicher Leitung zu vermeiden.

- 52 Dieses bewährte System wird nun verlassen. Zwar ist davon auszugehen, dass die Vermutung einheitlicher Leitung (§ 18 Abs 1 Satz 3 AktG) auch auf die Auslegung des § 290 Abs. 1 HGB-E ausstrahlt. Die Vermutungskette beruht aber gerade auf einer Anforderung, die jetzt aus den Tatbestandsvoraussetzungen des § 290 Abs. 1 HGB gestrichen werden soll: der durch Anteilsbesitz vermittelten Einflussmöglichkeit. Gerade für die neu zu erfassenden Umgehungsfälle hilft daher die Vermutungskette nicht weiter. Ob die in der Praxis beklagten Schwierigkeiten, das Bestehen einheitlicher Leitung positiv festzustellen, für die Abgrenzung des Konsolidierungskreises überwunden werden können, bleibt abzuwarten, muss aber bezweifelt werden.
- 53 Hinzu kommt, dass das Tatbestandsmerkmal der einheitlichen Leitung auch nicht geeignet ist, typische Gestaltungen von „Zweckgesellschaften“ zu erfassen. Wenn beispielsweise die Funktionsweise einer Zweckgesellschaft durch die vertraglichen Grundlagen auf lange Zeit festgelegt ist („Autopilot“), kommt es auf die fortlaufende Übernahme originärer Konzernleitungsaufgaben durch das Mutterunternehmen nicht an. Die Gestaltung und den Abschluss der zugrunde liegenden Verträge aber als dauernde Ausübung von einheitlichen Leitungsfunktionen während der Vertragslaufzeit zu deuten, erscheint zumindest problematisch.
- 54 Außerdem lässt der neue Regelungsansatz außer Betracht, dass eine Einbeziehung in den Konsolidierungskreis allein aufgrund von Leitungsfunktionen ohne wirtschaftliche Verknüpfungen nicht sachgerecht erscheint. Im Konzernabschluss soll nicht der Einflusskreis eines Mutterunternehmens abgebildet werden, sondern das diesem zuzurechnende Vermögen und die Schulden. Wenn es aber an einer Beteiligung als Zurechnungsgrundlage fehlt, muss sie in einer anderen Gestaltung gefunden werden.
- 55 Vorzuziehen wäre daher, die Lösung in einer Erweiterung der Zurechnungstatbestände des § 290 Abs. 3 HGB zu suchen. Hier könnte bestimmt werden, unter welchen Voraussetzungen die Rechte Dritter (insb. des formalen Gesellschafters) einem andern Unternehmen zuzurechnen sind. Wenn diese Zurechnungskriterien ähnlich wie die international üblichen Abgrenzungskriterien bestimmt werden (risk and rewards approach), könnte dies zu einer Annäherung der Rechnungslegungssysteme führen, die im RegE ansonsten gerade angestrebt wird.

56 Unklar ist auch, ob durch den Verzicht auf die Beteiligung als Grundlage der Konsolidierungspflicht nunmehr erstmalig eine Pflicht zur Konsolidierung der in einem Gleichordnungskonzern verbundenen Unternehmen begründet werden soll. Einheitliche Leitung gibt es auch im Gleichordnungskonzern ohne wechselseitige Beteiligung, aber die Bezeichnungen „Tochterunternehmen“ und „Mutterunternehmen“ passen für keines der beiden gleichgeordneten Unternehmen. Zumindest die Gesetzesbegründung sollte sich dazu klarstellend äußern.

10. Zu Art. 1 Nr. 53 (§ 317 Abs. 5 und Abs. 6 HGB-E – Internationale Prüfungsstandards)

57 § 317 Abs. HGB-E ordnet – im Vorgriff auf eine entsprechende Anerkennung durch die EU – die unmittelbare Anwendung der ISA für Abschlussprüfungen i.S.d. §§ 316 ff. HGB an. Zwar entfaltet diese Regelung zunächst noch keine Wirkung. Werden dann die ISA jedoch anerkannt, stellt sich die Frage, ob und mit welchem Inhalt die derzeitigen Vorschriften des Dritten Unterabschnitts erhalten bleiben sollen.

58 Hier liegt es nahe, die Regelungen zumindest insoweit aufzuheben, als sie den Regelungsgegenständen der ISA entsprechen. Andernfalls könnten hier Wertungswidersprüche entstehen. Ferner bleibt zu entscheiden, in welchem Umfang zusätzliche Punkte geregelt werden sollen (sog. Add Ons, z.B. Prüfungsbericht) und in welchem Umfang etwaige Nichtanwendungen (sog. Carve Outs) angeordnet werden sollen.

59 Es fragt sich, ob die Grundsatzregelung über die Direktanwendung der ISA in § 317 Abs. 5 HGB-E bereits jetzt getroffen werden kann, ohne gleichzeitig über Add Ons und Carve Outs zu entscheiden und damit den Regelungstext des Dritten Unterabschnitts wesentlich zu überarbeiten. Da andererseits noch nicht absehbar ist, in welchem Umfang die ISA von der EU übernommen werden, erscheint es vorzugswürdig, die Regelungen zur Direktanwendung der ISA erst zu einem späteren Zeitpunkt zu treffen.

60 In § 317 Abs. 6 HGB-E wird das BMJ ermächtigt, durch nicht zustimmungsbedürftige Rechtsverordnung weitere Abschlussprüfungsanforderungen oder die Nichtanwendung von Teilen der internationalen Standards vorzuschreiben. Hier stellt sich die Frage, ob eine solche Verordnungsermächtigung angemessen ist. Bisher hat der Gesetzgeber spezifische Prüfungsanforderungen z.B. für den Prüfungsbericht und den Bestätigungsvermerk selbst im HGB geregelt. Solche Regelungen sollten auch weiterhin dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben. Hinzu kommt, dass die Rechtswirksamkeit der Verordnungsermächtigung zweifelhaft sein könnte, weil sie

den möglichen Inhalt nur ansatzweise erkennen lässt und auch Zweck und Ausmaß der Regelung nur vage umschrieben sind ("wenn dies durch den Umfang der Abschlussprüfung bedingt ist und den in Absatz 1 bis 4 genannten Prüfungszielen dient").

11. Zu Art. 5 Nr. 4 und Nr. 6 (§§ 107, 124 AktG-E - Prüfungsausschuss)

61 Mit der Änderung verschiedener Bestimmungen des AktG soll Art. 41 der Abschlussprüferrichtlinie zur Einrichtung eines Prüfungsausschusses umgesetzt werden. Im Unterschied zum RefE bleibt die Einrichtung eines solchen Ausschusses auch für kapitalmarktorientierte Kapitalgesellschaften freiwillig. Solche Gesellschaften sind aber verpflichtet, dafür zu sorgen, dass ihrem Aufsichtsrat mindestens ein unabhängiges Mitglied mit Sachverstand auf den Gebieten der Rechnungslegung oder Abschlussprüfung angehört (§ 100 Abs. 5 AktG-E). Ein Anreiz zur Bildung eines Prüfungsausschusses wird sich daher auch künftig vor allem aus der Empfehlung gemäß Ziffer 5.3.2 DCGK ergeben.

62 Wird ein Prüfungsausschuss eingerichtet, so werden seine Aufgaben jetzt in § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG-E umschrieben. Diese Umschreibung ist allerdings, wie der Begründung (S. 226) zu entnehmen ist kein zwingendes Pflichtprogramm, sondern beschreibt nur das mögliche Aufgabenspektrum; wenn der Aufsichtsrat nur einen Teil dieser Aufgaben einem Prüfungsausschuss zuweist, muss er die übrigen in § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG-E aufgezählten Aufgaben selbst wahrnehmen. Die Aufgabenbeschreibung geht teilweise über die Anforderungen nach dem Kodex hinaus. So soll sich der Prüfungsausschuss künftig mit der „Überwachung des Rechnungslegungsprozesses“ und nicht nur, wie nach dem Kodex, mit „Fragen der Rechnungslegung“ befassen. Zu dem gesetzlichen Aufgabengebiet gehört neben der Befassung mit der Wirksamkeit des Risikomanagementsystems auch die Befassung mit der Wirksamkeit des internen Kontrollsystems und des internen Revisionssystems. Dies deutet auf umfassende Effizienzprüfungen hin, wie sie nicht einmal dem Abschlussprüfer auferlegt werden. Die Befassung mit dem Kontroll- und dem Risikomanagementsystem ist dabei auch nicht auf den Rechnungslegungsprozess beschränkt (vgl. Begründung S. 227). Im Gesetz nicht erwähnt sind die weiteren, im Kodex angeführten Aufgaben, nämlich die Bestimmung von Prüfungsschwerpunkten und der Abschluss der Honorarvereinbarung mit dem Abschlussprüfer. Da die im Gesetz genannten Aufgaben nur Beispiele darstellen („insbesondere“), können dem Prüfungsausschuss weitere Aufgaben zugewiesen werden. In der Begründung des Regierungsentwurfs (S. 226) ist zudem klargestellt, dass dem Prüfungsausschuss wie bisher auch Aufgaben zur abschließenden Erledigung durch Beschlussfassung anstelle des Aufsichtsrats übertragen werden können.

- 63 Ergänzend zu den Aufgaben des Prüfungsausschusses sieht § 124 Abs. 3 Satz 2 AktG-E vor, dass der Vorschlag des Aufsichtsrats zur Wahl des Abschlussprüfers auf die Empfehlung des Prüfungsausschusses „zu stützen“ ist. Diese Formulierung lässt offen, ob die Empfehlung des Prüfungsausschusses für den Gesamtaufsichtsrat bindend sein soll oder nicht. In der Begründung (S. 228) findet sich jetzt, anders als noch beim RefE, die Klarstellung, dass der Aufsichtsrat von der Empfehlung des Prüfungsausschusses abweichen kann.
- 64 Was die erforderliche Unabhängigkeit mindestens eines Mitglieds des Aufsichtsrates und/oder des Prüfungsausschusses nach § 100 Abs. 5 AktG-E angeht, so verweist die Begründung (S. 208 f.) auf die Empfehlung der Kommission zu den Aufgaben der Aufsichtsratsmitglieder börsennotierter Gesellschaften vom 15. Februar 2005. Die im Anhang II dieser Empfehlung enthaltene Umschreibung geht in verschiedener Hinsicht über die deutsche Rechtstradition weit hinaus, insbesondere, soweit es um die Vertreter eines Großaktionärs oder den Ausschluss ehemaliger Vorstandsmitglieder für eine Übergangszeit von fünf Jahren geht (vgl. Anhang II a und d). Insofern ist der Hinweis in der Gesetzesbegründung zu begrüßen, dass die Kommissionsempfehlung keine zwingenden Vorgaben, sondern nur Hinweise auf Beziehungen und Umstände enthält, die für die Beurteilung der Unabhängigkeit relevant sein können.
- 65 Der Entwurf sollte eine Übergangsfrist zu §§ 100 Abs. 5, 107 Abs. 4 AktG-E vorsehen. Richtiger Ort für eine Regelung wäre wohl § 12 EG AktG und – für den isolierten Prüfungsausschuss des § 324 HGB-E – ein neuer Art. 67 EG HGB. Als Frist sollte vorsorglich ein Jahr eingeräumt werden, um den u.U. nötigen Wechsel im Aufsichtsrat in einer ordentlichen Hauptversammlung beschließen zu können.