

Stellungnahme des Deutschen Aktieninstituts e.V. zum Regierungsentwurf eines Transparenzrichtlinie- Umsetzungsgesetzes (TUG) vom 28. Juni 2006

16. August 2006

A. Vorbemerkung

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt die durch die Transparenzrichtlinie vom 15. Dezember 2004 (2004/109/EG) und durch andere Initiativen gesetzlicher wie auch freiwilliger Art angestoßene Entwicklung des Kapitalmarkts hin zu mehr Transparenz und Offenheit. Ohne Transparenz und Publizität kann das Vertrauen in die Kapitalmärkte erschüttert werden, was letztlich sowohl Emittenten als auch der gesamten Volkswirtschaft schadet. Vertrauen der Anleger in ein Unternehmen setzt glaubwürdige und relevante Informationen über die Unternehmenstätigkeit voraus. Die Transparenzrichtlinie bringt dabei nicht nur erhöhte inhaltliche Transparenzanforderungen in der Finanzberichterstattung mit sich, sondern stellt insbesondere auch hinsichtlich der europaweiten Verbreitung von Finanzinformationen eine enorme Herausforderung für alle Beteiligten dar.

Das Ziel der Transparenzrichtlinie soll v.a. auch durch die EU-weite Standardisierung und Vergleichbarkeit von Informationen erreicht werden. Durch einseitiges Ausscheren Deutschlands aus dem Regelungsregime der Transparenzrichtlinie werden diese Ziele konterkariert und zwar nicht nur hinsichtlich des Harmonisierungseffekts, sondern auch der Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen im europäischen Vergleich.

Offenbar geht der Bundesregierung die Transparenzrichtlinie (im Folgenden TRL) in manchen Punkten nicht weit genug, ohne dass sich in der Begründung überzeugende Argumente für eine Verschärfung der Regelungen finden lassen. Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung eines Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetzes vom 28. Juni 2006 geht dabei zwar nur in einigen Aspekten über die Anforderungen der TRL hinaus, dies aber mit gewaltigen Folgen. Diese beinhalten eine drastischen Kostenerhöhung hinsichtlich internen Risikomanagements und Wirtschaftsprüfung, die zum Ziel der Erhöhung der Transparenz außer Verhältnis stehen.

So ist eine der auffälligsten Neuerungen des vorliegenden Gesetzesentwurfs die Einführung eines sog. „Bilanzzeides“, die in ausdrücklicher Anlehnung an den US-amerikanischen „Sarbanes-Oxley Act of 2002“ erfolgt und entschieden abgelehnt wird. Der Regierungsentwurf sieht eine zwingende prüferische Durchsicht und ein Enforcement von Halbjahresfinanzberichten vor. Dies wird von der TRL nicht gefordert und wird ebenfalls abgelehnt. Die Bundesregie-

zung konzipiert die Zwischenmitteilungen zudem als Quartalsberichte, obwohl dies von der TRL gerade nicht vorgesehen ist. Hier sollte die von der TRL eingeräumte Flexibilität für den Zeitpunkt der Zwischenmitteilung übernommen werden. Darüber hinaus ergeben sich Änderungen zur elektronischen Kommunikation mit Aktionären, indem hierfür nunmehr ein Hauptversammlungsbeschluss verlangt wird. Dies gibt zwar die TRL vor, die betreffende Regelung wird jedoch möglicherweise durch die geplante Aktionärsrechterichtlinie geändert. Zudem sollte für bereits praktizierte elektronische Kommunikation eine Übergangsregelung geschaffen werden. Das TUG sollte zudem eine Übergangsregelung vorsehen, damit Informationen, die von Emittenten in Drittstaaten veröffentlicht und unter das Veröffentlichungsregime der TRL gestellt werden, nicht übersetzt werden müssen.

B. Stellungnahme

Art. 1 Änderungen des Wertpapierhandelsgesetzes

§ 23 Abs. 6 WpHG

Besonders im Falle eines Handels außerhalb eines organisierten Marktes (OTC) ist der Zeitraum von drei Handelstagen für die Höchstdauer für das Halten von Stimmrechten zur Abrechnung und Abwicklung von Geschäften für zu kurz, wie das Deutsche Aktieninstitut in seiner Stellungnahme zum Entwurf der Durchführungsrichtlinie 2006/X/EG der Europäischen Kommission (Arbeitsdokument ESC/34/2005 Rev. 2) schon angemerkt hat. Dies kann zu irreführenden Meldungen von Stimmrechten führen.

§ 26 WpHG

Wie das Deutsche Aktieninstitut in seiner Stellungnahme zum Kommissionsentwurf der TRL vom 25. April 2003 dargelegt hat, ist die vorzunehmende Offenlegung der Verteilung der Stimmrechte durch den Emittenten binnen drei Handelstagen in der Praxis kaum umzusetzen.

Die Vorbereitung der Publikation in Printmedien erfordert eine vorherige Erstellung und Abstimmung des Veröffentlichungstextes sowie dessen Übersetzung. Darüber hinaus muss der Text durch die Printmedien technisch erstellt werden, wobei Korrekturen häufig erforderlich sind; schließlich sind die Einreichungsfristen bei den einzelnen Zeitungen und deren Erscheinungsfrequenz zu beachten, so dass eine Frist von drei Tagen zur Veröffentlichung der Meldung in Printmedien in der Praxis kaum einzuhalten ist.

Hier sollte in der WpAIV vorgesehen werden, dass zur Einhaltung der drei Handelstage eine Veröffentlichung im Internet ausreichend ist, wenn dem Printmedium gleichzeitig der Auftrag auf Schaltung der Anzeige erteilt wird.

§ 30a bis 30e WpHG**§ 30b Abs. 1 Nr. 1 WpHG**

§ 30b Abs. 1 Nr. 1 WpHG regelt die Veröffentlichung des Orts, des Zeitpunkts, der Tagesordnung der Hauptversammlung, der Gesamtzahl der Aktien und Stimmrechte und der Rechte der Aktionäre bezüglich der Teilnahme an der Hauptversammlung, die „unverzüglich“ im Bundesanzeiger zu veröffentlichen sind.

Eine vergleichbare Pflicht zur Veröffentlichung enthält auch § 121 Abs. 3 AktG. Die Begründung des Entwurfs enthält zwar einen Vorrang der aktienrechtlichen Veröffentlichung, es sollte jedoch im Gesetz geregelt sein, dass mit einer Veröffentlichung nach § 121 Abs. 3 AktG die Voraussetzungen des § 30b Abs. 1 Nr. 1 WpHG erfüllt sind, wenn diese die zusätzlichen Angaben der Gesamtzahl der Aktien und Stimmrechte enthält. Dies gilt umso mehr, als der zeitliche Anknüpfungspunkt für die Veröffentlichung nach § 30b Abs. 1 Nr. 1 WpHG unklar ist.

§ 30b Abs. 3 Satz 1 a) WpHG

§ 30b Abs. 3 Satz 1 a) WpHG knüpft die elektronische Kommunikation der Gesellschaft mit ihren Aktionären an eine Zustimmung der Hauptversammlung, eine Bestimmung, die auf Art. 17 Abs. 3 TRL zurückzuführen ist.

Dabei sollte zumindest klargestellt werden, dass bestehende Einwilligungen zur elektronischen Übermittlung von Unterlagen unberührt bleiben. Dies würde sonst einen Rückschritt gegenüber dem Status Quo vieler (Namens-) Aktiengesellschaften bedeuten. Bei der Hauptversammlungssaison 2005 sind bereits ca. 40.000 Aktionäre der Allianz AG und Siemens AG und ca. 50.000 Aktionäre bei der DaimlerChrysler AG¹ auf elektronischem Wege über die HV informiert worden. Da die Gesellschaften dies auf der Grundlage individueller Einwilligung praktizieren und keinen HV-Beschluss haben, würde dies bedeuten, dass für die Hauptversammlungen im Jahr 2007, auf denen entsprechende Beschlüsse erst gefasst werden könnten, wieder auf die Papierform zurückgegriffen werden müsste. Hier wäre zumindest eine Vorschrift für „Altfälle“ erforderlich, und zwar auch im Hinblick darauf, dass sich Art. 17 TRL noch durch die Aktionärsrechterichtlinie nachträglich ändern könnte.

Hier ergibt sich nämlich ein Widerspruch mit den Zielen der geplanten Aktionärsrechterichtlinie (Vorschlag der Kommission zu einer Richtlinie über die Ausübung der Stimmrechte durch Aktionäre von Gesellschaften, die ihren

¹ Prof. Dr. Ulrich Noack, „Elektronische Benachrichtigung der Aktionäre über HV in Gefahr“, <http://www.jura.uni-duesseldorf.de/dozenten/noack/notizen/PermaLink,guid,5ea1f78a-c165-4f9d-8f88-501e96f7e37b.aspx>

eingetragenen Sitz in einem Mitgliedstaat haben und deren Aktien zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, sowie zur Änderung der Richtlinie 2004/109/EG), deren Ziel der Abbau von Hemmnissen in der Aktionärskommunikation ist, und zwar insbesondere im Hinblick auf ausländische Aktionäre. Jedoch ist gerade bei diesen im Hinblick auf u.U. lange Versandlaufzeiten die elektronische Kommunikation besonders wichtig. In ihrem „Aktionsplan zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und zur Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union“ vertrat die Kommission daher die Auffassung, dass die Ausübung des Stimmrechts von Aktionären im Ausland erleichtert werden müsse. Es wurde nicht nur anerkannt, dass der Zugang zu Hauptversammlungen und damit verbundenen Rechten den Aktionären unabhängig davon offen stehen müsste, in welchem Mitgliedstaat sie ansässig sind, sondern dass auch eine Reihe spezifischer Probleme im Zusammenhang mit der Ausübung des Stimmrechts im Ausland gelöst werden müssten (Kommissionsvorschlag, KOM(2005) 685 endgültig, S.2).

So ist es möglich, dass das Erfordernis des Art. 17 Abs. 3 TRL noch geändert wird, da es inkonsequent wäre, die Frage der elektronischen Kommunikation in diesem Zusammenhang nicht zu liberalisieren und zum Anlass zu nehmen, die Hürden für den Einsatz elektronischer Hilfsmittel zum Zwecke der Übermittlung von Informationen an die Aktionäre auf ein vernünftiges Maß abzusenken. Das Deutsche Aktieninstitut hat dies in seiner gemeinsamen Stellungnahme mit BDA, BDI, DAI, DIHK und GDV vom 8. März 2006 angeregt.

Es sollte deshalb ausreichen, dass die Aktionäre individuell über den Einsatz elektronischer Hilfsmittel entscheiden. Auf einen förmlichen HV-Beschluss sollte verzichtet werden.

§ 30e WpHG, 3 b WpAIV

Gemäß § 30e Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 muss ein Inlandsemittent Informationen, die er in einem Drittstaat veröffentlicht und die für die Öffentlichkeit in der Europäischen Union und dem Europäischen Wirtschaftsraum Bedeutung haben können, unverzüglich veröffentlichen, gleichzeitig der BaFin diese Veröffentlichung mitteilen und sie dem Unternehmensregister zur Speicherung übermitteln.

Hierunter könnte z.B. ein von einem Inlandsemittenten mit Zweitnotierung in den USA bei der SEC eingereichter Bericht in Form 20-F fallen, der dann entsprechend den weiteren Vorgaben der WpAIV veröffentlicht und mitgeteilt werden müsste. Da die Informationen dem allgemeinen Veröffentlichungs- und Mitteilungsregime des §§ 3b WpAIV unterworfen sind, müssen Emittenten z.B. bei der SEC in den USA eingereichte Berichte in Form 20-F und andere Mitteilungen immer auch auf deutsch übersetzen. Die Notwendigkeit einer solchen Übersetzung, insbesondere im Umfang eines 20-F, würde die Emittenten jedoch über Gebühr belasten und wäre als zusätzliche Mitteilungspflicht einer Information, die ohnehin schon leicht erhältlich ist, nicht durch einen zusätzlichen Nutzen für den europäischen Kapitalmarkt gedeckt. Die bei der SEC eingereichten Informationen sind zum einen bereits über die öffent-

lich zugängliche Edgar-Webseite des SEC abrufbar. Zum anderen stellen die Emittenten die bei der SEC eingereichten Informationen auch bereits regelmäßig auf ihrer Homepage zur Verfügung.

Für diesen Sachverhalt sollte in § 3b ein Ausnahmetatbestand dahingehend geschaffen werden, dass Informationen i.S.v. § 30 e WpHG nicht übersetzt werden müssen. Für eine solche Regelung spricht die Sprachenregelung des Wertpapierprospektgesetzes, das grundsätzlich die Möglichkeit einer Veröffentlichung in Englisch vorsieht. So wird dies z.B. für das jährliche Dokument gem. § 10 WpPG für Mitteilungen in Form 20-F gehandhabt. So heißt es in den „Häufig gestellte Fragen zum jährlichen Dokument“ (auf der Homepage der BaFin eingestellt am 28. Juni 2006) unter der Ziffer 4.) Sprache des jährlichen Dokuments:

„Das jährliche Dokument selbst ist in deutscher Sprache zu erstellen. Sollten die Informationen, die in dem jährlichen Dokument enthalten sind oder auf die verwiesen wird, ursprünglich in einer anderen Sprache veröffentlicht worden sein, so müssen diese nicht übersetzt werden. Die jeweiligen Informationen können in dem jährlichen Dokument in der ursprünglichen Sprache enthalten sein bzw. es kann auf die entsprechende Veröffentlichung in einer anderen Sprache verwiesen werden.“

Es ist kein Grund ersichtlich, warum man hiervon wieder abweichen sollte. Die Veröffentlichung zusätzlicher Angaben sollte daher zumindest vom Sprachenregime des § 3b WpAIV ausgenommen bleiben. Dies würde auch in Einklang mit den Voraussetzungen der Transparenzrichtlinie stehen, die in Art. 20 Abs. 2 TRL verlangt, dass die Informationen (i) in einer von der zuständigen Behörde des Herkunftsmitgliedstaates **akzeptierten Sprache** und (ii) je nach Wahl des Emittenten entweder in einer Sprache, die von den zuständigen Behörden der betreffenden Aufnahmemitgliedstaaten akzeptiert wird oder in einer Sprache, die in internationalen Finanzkreisen gebräuchlich ist, bekannt zu geben sind. So kann der deutsche Gesetzgeber für diesen Fall die englische Sprache genügen lassen.

§ 30g WpHG

Zu begrüßen ist der durch den Regierungsentwurf neu eingeführte § 30 g WpHG, der eine Anfechtung eines Hauptversammlungsbeschlusses auf Grund einer Verletzung der Vorschriften des Abschnitts 5a ausschließt.

§ 37n WpHG

Durch § 37n WpHG wird der in § 37w WpHG vorgesehene Halbjahresfinanzberichten das Enforcementverfahren der Deutschen Prüfstelle für Rechnungslegung (DPR) bzw. BaFin einbezogen. Dies geht über die Anforderungen der TRL hinaus, die in Art. 24 Abs. 4 h) zwar Befugnisse der Behörden klarstellt, aber keine Handlungsanweisung an die Mitgliedsstaaten beinhaltet. Die TRL regelt

„die Befugnis zur Überprüfung, ob die nach der Transparenzrichtlinie offen zu legenden Informationen den einschlägigen Anforderungen an die Berichterstattung entsprechen sowie die Befugnis, im Falle aufgedeckter Verstöße geeignete Maßnahmen zu ergreifen“.

Der Kommissionsvorschlag sah von Anfang an nur eine Sicherstellung der Kompetenzen der Regulierungsbehörden vor, die durch die TRL nicht berührt werden sollte: „Die Behörde soll die Vollständigkeit, Korrektheit und Verständlichkeit der im Sinne dieser Richtlinie geforderten Informationen in dem Maß nachprüfen können, in dem ein Mitgliedstaat eine derartige Prüfung insgesamt oder nur in Bezug auf die Vollständigkeit und die Verständlichkeit vorschreibt.“ (Art. 20 Abs. 4 h TRL-E in der Fassung des Kommissionsvorschlags vom 26. März 2003, Kom(2003) 138 end.).

Auf europäischer Ebene sollte durch die Transparenzrichtlinie kein Zwang zur inhaltlichen Prüfung festgelegt werden. Obwohl der Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses (vom 11. Dezember 2003, abgedr. in ABl. C 80/128 v. 30. März 2004) feststellte, dass nicht alle Regulierungsbehörden Abschlüsse einheitlich kontrollierten, was eine „nicht zu unterschätzende“ Ungleichbehandlung der Emittenten bedeuten könne, lautete die Empfehlung:

„In diesem Stadium ist eine Harmonisierung der Rolle der Regulierungsbehörden der Herkunftsmitgliedstaaten in Bezug auf die Informationsanforderungen des Richtlinienvorschlags nicht vorgesehen. Die Regulierungsbehörden haben lediglich zu überprüfen, dass die Informationen im vorgesehenen Zeitraum veröffentlicht werden.“

Ausweislich der Begründung zum Änderungsantrag 147 der Stellungnahme des Parlaments nach der ersten Lesung (A5 0079/2004 v. 25. Februar 2004), der zum jetzigen Wortlaut des Art. 24 Abs. 4 h) TRL geführt hat, sollten durch die Änderung in Art. 20 Abs. 4 h TRL-E lediglich die Befugnisse der Behörden hinsichtlich der Abschlüsse klargestellt werden. Das bedeutet, dass der (oben genannte) schwer verständliche Wortlaut umformuliert werden sollte. Damit sollte also nicht der Inhalt des vorherigen Wortlaut geändert werden, nach dem die Behörden sich auch auf eine formelle Prüfung beschränken können. (engl. Fassung: „...that a member state decides to make mandatory...“). Die Änderung hatte also nicht die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur inhaltlichen Prüfung von Berichten zum Ziel.

Wenn dies also der Gesetzgeber vorsieht, geht er über die zwingenden Vorgaben der TRL hinaus mit der Folge zusätzlicher Belastungen für Emittenten in Deutschland. Die zusätzliche Erkenntnis, die durch ein Enforcement für Halbjahresfinanzberichte gewonnen würde, dürfte zudem beschränkt sein.

§ 37w WpHG

Der Entwurf des § 37w Abs. 5 WpHG fordert für Halbjahresfinanzberichte mindestens eine prüferische Durchsicht durch einen Abschlussprüfer und geht

damit über die Transparenzrichtlinie hinaus. Diese stellt es in Art. 5 Abs. 5 den Unternehmen frei, die Berichte einer Prüfung unterziehen zu lassen.

Dieses Wahlrecht wird bekräftigt, wenn man sich den Verlauf des Richtlinienverfahrens betrachtet. So wurde eine Bestimmung im ursprünglichen Entwurf des Richtlinien texts, wonach im Rahmen des Komitologieverfahrens in bestimmten Fällen eine Prüfung durch den Abschlussprüfer zwingend vorgeschrieben werden könne, gestrichen. Dieser lautete:

„Die Kommission wird insbesondere... c) in Fällen, in denen ganz offensichtlich die dringende Notwendigkeit besteht, den Anlegerschutz gemeinschaftsweit zu verbessern, für den Halbjahresbericht eine eingeschränkte Prüfung durch einen Abschlussprüfer verbindlich vorzuschreiben.“

Außerdem waren Abgeordnete mit Änderungsanträgen hierzu nicht erfolgreich:

Phillippe A.R. Herzog konnte mit seinem Änderungsantrag 71 (Dok. PE 333.043 vom 26. November 2003), den oben zitierten damaligen Absatz 4 folgendermaßen zu fassen

„Der Halbjahresfinanzbericht ist Gegenstand einer Prüfung. Dabei sind der Bestätigungsvermerk sowie jede diesbezügliche Einschränkung oder jede Hervorhebung von Fragen, auf die die Prüfer besonders hinweisen möchten, ohne dabei ihren Bestätigungsvermerk einzuschränken, in vollem Umfang wiederzugeben“

nicht durchdringen.

Siehe hierzu auch Abschnitt 4.4. zur Art. 5, Seite 26 des Kommissionsentwurfs vom 26. März 2003, KOM(2003) 138 endgültig:

„Dieser Artikel gilt für Emittenten aller Arten von Wertpapieren. Die Emittenten werden darin nicht verpflichtet, ihre Berichte von einem Abschlussprüfer prüfen zu lassen. Im jetzigen Stadium folgt die Kommission damit dem von der Mehrheit vertretenen Standpunkt, es bestehe keine unmittelbare Notwendigkeit, dies auf Gemeinschaftsebene vorzuschreiben. Nach dem vorgeschlagenen Artikel 3 Absatz 2 soll der Herkunftsmitgliedstaat des Emittenten dies vorschreiben können.“

Das Wahlrecht in Art 5 Abs. 5 TRL wird auch nicht durch andere Vorschriften der TRL derogiert, da sie sonst in sich widersprüchlich wäre.

Die Regelung in § 30w Abs. 5 WpHG kann also nicht mit der TRL begründet werden. Dieses Wahlrecht sollte von dem TUG nicht abgeschafft werden. Eine weitere prüferische Durchsicht würde für die Unternehmen einen erheblichen Mehraufwand bedeuten und wird nicht einmal auf EU-Ebene für erforderlich gehalten. Der durch die Transparenzrichtlinie gewährte Freiraum sollte im

Rahmen der nationalen Umsetzung daher nicht eingeschränkt werden, v.a. deswegen, weil in anderen Mitgliedsstaaten dieser Freiraum ausgeschöpft werden kann. Das benachteiligt deutsche Unternehmen etwa gegenüber den englischen. In Großbritannien wird die Regelung der TRL unverändert in nationales Recht übernommen.

§ 37w WpHG i.V.m §§ 37y Nr. 2 und 46 WpHG

Nach § 37w i.V.m. §§ 37y und 46 WpHG besteht die Verpflichtung, die Halbjahresfinanzberichte ab dem Jahr 2007 zu veröffentlichen, und zwar nach den International Accounting Standards/International Financial Reporting Standards (IAS/IFRS), wenn eine generelle Verpflichtung des Emittenten hierzu besteht. Gemäß Art. 9 IAS-Verordnung (Verordnung [EG] Nr. 1606/2002) besteht jedoch eine Übergangsregelung mit der Möglichkeit, einen IAS/IFRS-Abschluss erst ab dem Jahr 2007 erstmals aufzustellen. Das hätte zur Folge, dass die betroffenen Emittenten bereits vor der erstmaligen Veröffentlichung eines IAS/IFRS-Konzernabschlusses zum 31. Dezember 2007 einen Halbjahresfinanzbericht (Konzern) nach den IAS/IFRS-Standards erstellen müssten.

Die Übergangsregelung gemäß Art. 9 IAS-Verordnung sollte nicht unterlaufen werden und für die Halbjahresfinanzberichte eine entsprechende Übergangsregelung im WpHG vorgesehen werden.

37x WpHG

Nach § 37x Abs. 1 Satz 1 WpHG wird für Aktienemittenten die Frist zur Abgabe von Zwischenmitteilungen auf nunmehr sechs Wochen nach Ablauf des Mitteilungszeitraums festgelegt. Dies ist als sachgerecht zu begrüßen. Entgegen der Begründung der Bundesregierung sieht die Transparenzrichtlinie allerdings nicht vor, die Zwischenmitteilungen „jeweils für das Ende des ersten und dritten Quartals eines Geschäftsjahrs“ zu erstellen. Vielmehr sind in Art. 6 Abs. 1 TRL die Zwischenmitteilungen „in der ersten und in der zweiten Hälfte des Geschäftsjahrs“ vorgesehen. Hier ist ein breiterer Zeitraum angegeben, in dem die Zwischenmitteilung zu erstellen ist:

„Diese Mitteilungen sind in einem Zeitraum zwischen zehn Wochen nach Beginn und sechs Wochen vor Ende des betreffenden Sechsmonatszeitraums zu erstellen“.

Die TRL bezieht sich also auf das Ende des Sechsmonatszeitraums und nicht auf das jeweilige Quartalsende. Dies räumt den Unternehmen ein flexibleres Wahlrecht für den Zeitpunkt der Zwischenmitteilung ein. Die Bundesregierung konzipiert die Zwischenmitteilungen ohne Not als Quartalsberichte, obwohl dies von der TRL gerade nicht vorgesehen ist.

Art. 2 Änderungen der Wertpapierhandelsanzeige- und Insiderverzeichnisverordnung (WpAIV)

Siehe oben, Anmerkung zu § 30e WpHG.

Art. 5 Änderung des HGB

Die vom Regierungsentwurf vorgeschlagene Umsetzung des durch Art. 4 Abs. 2 c) und Art. 5 Abs. 2 c) TRL eingeführten Bilanzzeids ist abzulehnen.

Der Bilanzzeit soll sicherstellen, dass die beim Emittenten verantwortlichen Personen die Verhältnisse des Unternehmens in den Finanzberichten richtig darstellen (Begründung des Regierungsentwurfs, S. 64). Dazu sind die Genannten jedoch bereits durch Rechtsvorschriften verpflichtet. Dieser als Pflichtverstärkungsfaktor konzipierte Eid kann drastische Folgen haben und sollte weder strafrechtliche Sanktionen noch eine zivilrechtliche Haftung auslösen.

§ 37w Abs. 2 WpHG, § 264 HGB, 289 Abs. 1 Nr. 3a HGB

Die TRL verlangt in Art. 4 Abs. 2 c) die Erklärung der Vorstände, „dass ...der aufgestellte Abschluss ihres Wissens ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild...vermittelt“. Diesen Wissensvorbehalt übernimmt der Regierungsentwurf in die Tatbestände der § 37w Abs. 2 WpHG, §§ 264 HGB, 289 Abs. 1 Nr. 3a HGB nicht. Während dies für die Strafvorschrift damit begründet wird, dass die Strafbarkeit ohnehin eine „wissentliche Begehung“ voraussetze (S. 130, Regierungsentwurf), schweigt der Entwurf zu der zivilrechtlichen Bedeutung. Für die zivilrechtliche Haftung hat dies weit reichende Konsequenzen, da der Bilanzzeit einer Garantieerklärung gleichkommen kann. Im Entwurf wird nicht erklärt, ob diese zivilrechtlichen Folgen beabsichtigt sind, nur ausdrücklich dazu, dass es zu einer Verschärfung der Strafvorschriften im Kapitalmarktbereich kommen soll.

Es gibt keinen ersichtlichen Grund, von dem Wortlaut der Richtlinie, den die meisten Staaten übernommen haben oder übernehmen werden (z.B. Großbritannien, Frankreich) abzuweichen. Dies ist einer Harmonisierung des Kapitalmarkts nicht dienlich.

1. Tatsache ist, dass der Vorstand nicht alle Zahlen und Fakten selbst ermitteln kann, sondern selbstverständlich auf Delegation angewiesen ist. Man denke nur an einen internationalen Konzern. Diese Reibungsverluste versucht man durch internes Risikomanagement und Kontrollsysteme aufzufangen. Gewisse Restunsicherheiten können mit letzter Sicherheit aber nicht kompensiert werden. Dies muss durch einen Wissensvorbehalt zum Ausdruck kommen.

Die Erstreckung des Bilanzzeids auf „Chancen und Risiken“ ist zudem problematisch, da es sich hier um Prognosen handelt. Wenn über Risiken zu berich-

ten ist, kann das naturgemäß nur für erkannte Risiken und auch Chancen gelten.² Es handelt sich dabei um die Darstellung ungewisser künftiger Entwicklungen, die sich positiv oder negativ auf die Erreichung der Unternehmensziele auswirken können, die in der Beurteilung, ob alle wesentlichen Faktoren aufgezählt sind, einen erheblichen Beurteilungsspielraum einräumen. Bei der Prüfung von Beurteilungsspielräumen wird normalerweise auf einen Vergleich mit Einschätzungen „einschlägiger Fachleute“ herangezogen. Die ist bei den „Verhältnissen“ der Gesellschaft möglich, bei Zukunftsprognosen allerdings ausgeschlossen. Dann kann aber nur darauf abgestellt werden, ob die Gegenwartsdaten, die der Prognose zugrunde gelegt werden, falsch oder anhand evident unzutreffender Erfahrungssätze entwickelt wurden. Hier ist eine Garantierklärung durch einen Bilanzzeit quasi sinnlogisch ausgeschlossen, die Erklärung ist aber auch mit dem Wissensvorbehalt nicht sinnvoll und sollte nur auf die Darstellung der Gegenwartsdaten erstreckt werden.

2. Die Regelung weicht zudem grundlos von vergleichbaren Vorschriften im Wertpapierprospektrecht ab. Diese sehen selbstverständlich die Möglichkeit vor, die Versicherung unter einen Wissensvorbehalt zu stellen, vgl. § 5 Abs. 4 Satz 2 WpPG, aber auch § 3 VermVerkProspV, § 11 Abs. 3 Hs. 2 WpÜG. Selbst der Sarbanes-Oxley Act sieht diese Einschränkung für den Bilanzzeit vor. Es ist kein Grund ersichtlich, gerade in diesem Fall davon abzuweichen. Im Prospektrecht hat der Gesetzgeber aus Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG (Prospektrichtlinie, PRL) den Wissensvorbehalt übernommen. Auch hier waren die Mitgliedstaaten gehalten, sicherzustellen, dass ihre Rechts- und Verwaltungsvorschriften im Bereich der Haftung für die Personen gelten, die für die in einem Prospekt enthaltenen Angaben verantwortlich sind. Diese Anforderung hat den deutschen Gesetzgeber trotzdem nicht dazu bewogen, eine Garantierklärung einzuführen. Im Gegenteil ist in § 45 Abs. 1 BörsG ausdrücklich geregelt, dass nach § 44 BörsG nicht in Anspruch genommen werden kann, „wer nachweist, dass er die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben des Prospekts nicht gekannt hat und die Unkenntnis nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht.“

3. Gegenüber dem Prospektrecht besteht sogar ein niedrigeres Schutzbedürfnis der Adressaten. Ein Wertpapierprospekt wird mit der Intention der Gesellschaft ausgegeben, Anleger zu einer Anlageentscheidung zu bewegen und hierzu die benötigten Informationen bereitzustellen. Es besteht eine Verbindung zwischen Information und Investition. Diese Intention des Unternehmens besteht bei der periodischen Veröffentlichung der Finanzberichte nicht. Die Finanzberichte werden zunächst in Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht

² Prof. Dr. Knut Werner Lange, „Grundsätzliche und unbegrenzte Pflicht zur Berichterstattung im Lagebericht?“ Betriebs-Berater 1999, 2447-2453, 2452.

aufgestellt. Obwohl also der Versicherung im Prospekt eine viel höhere Bedeutung für eine konkrete Anlageentscheidung zukommt, als der geplante Bilanzzeit als Teil des Jahresfinanzberichts, sieht die Prospektrichtlinie wie das Wertpapierprospektgesetz vor, dass die Versicherung im Prospektrecht unter einen Wissensvorbehalt gestellt werden kann.

Das bedeutet aber auch, dass dem von der TRL vorgegebenen Wissensvorbehalt enorme Bedeutung zukommt und auf jeden Fall in die Vorschrift mit aufgenommen werden muss. Aber auch mit Wissensvorbehalt werden sich die Gerichte in Haftungsfragen im Zusammenhang mit dem Bilanzzeit damit befassen, ob ein Vorstandsmitglied, das von bestimmten Fakten wissen „musste“, bzw. seine Sorgfaltspflicht verletzt hat. Das wiederum würde dazu führen, dass die Vorstände sich in einem Maße mit Kontrollmaßnahmen für die richtige Erstellung von Finanzberichten befassen müssen, die zu den Erwartungen an den Bilanzzeit außer Verhältnis stehen und zu vergleichbaren Anforderungen an eine Zertifizierung interner Kontrollen führen könnte, wie die viel kritisierte Sec. 404 des Sarbanes-Oxley Act es vorsieht. Vergleichbare Anforderungen sind zuletzt durch die Expertengruppe European Corporate Governance Forum wegen des Missverhältnisses von Kosten und Nutzen ausdrücklich abgelehnt worden, verbunden mit der Empfehlung an die Mitgliedsstaaten, dies bei der Umsetzung von Richtlinien zu beachten.³

§ 331 HGB

Für den Fall, dass gegen die Pflicht zum Bilanzzeit verstoßen wird, sieht der Regierungsentwurf eine Strafvorschrift vor, die mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe sanktioniert ist.⁴

Der Bilanzzeit wird in der Gesetzesbegründung ausdrücklich an den US-amerikanischen „Sarbanes-Oxley Act of 2002“ angelehnt (Regierungsentwurf, S. 130). Obwohl die Einführung des Sarbanes-Oxley Act in den USA damals auf großen Widerstand auf Seiten der deutschen Unternehmen, der Interessenverbände und der deutschen Regierung gestoßen war, hat sich die Bundesregierung nun über alle Bedenken hinweggesetzt und sich zur Einführung einer ähnlichen Regelung in Deutschland entschlossen.

Zunächst ist festzuhalten, dass die TRL die Mitgliedstaaten nicht dazu verpflichtet, strafrechtliche Sanktionen vorzusehen. Art. 28 Abs. 1 TRL verlangt

³ Statement on internal control v. 24. Juli 2006, http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/ecgforum/statement_internal_control_en.pdf.

⁴ Siehe hierzu im Einzelnen *Cordula Heldt/Sascha Ziemann*, „Sarbanes Oxley in Deutschland? Zur geplanten Einführung eines strafbewehrten „Bilanzzeit“ nach dem Regierungsentwurf eines Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetzes“, NZG 2006, 652-654.

von den Mitgliedsstaaten lediglich, bei Verstößen gegen die gemäß der Richtlinie erlassenen Vorschriften „zumindest geeignete Verwaltungsmaßnahmen“ zu ergreifen.

Der geplante Straftatbestand des Bilanzzeides ist kriminalpolitisch zweifelhaft und wird entschieden abgelehnt. Eine Strafbarkeit für Bilanzfälschung ist für das Vertrauen in den Kapitalmarkt wichtig und richtig. Solche Strafvorschriften bestehen jedoch bereits und sind ausreichend. Das Vertrauen in die objektive Richtigkeit der Bilanzberichterstattung wird bereits durch die bestehenden Strafvorschriften der §§ 331 ff. HGB umfassend geschützt. Es ist zudem fraglich, ob die mit dem Regierungsentwurf beabsichtigte Abschreckungswirkung erreicht wird und geeignet ist, die Bilanzkriminalität wirksam zu bekämpfen. Neuere empirische Untersuchungen erheben ernste Zweifel an einer rein strafrechtlichen Antwort auf Wirtschaftskriminalität.⁵ Zweifel an der Abschreckungswirkung strafrechtlicher Sanktionierung hat selbst die von der EU-Kommission berufene Winter-Gruppe⁶, die sich statt dessen für eine zivilrechtliche Lösung im Bereich von Bilanzfehlern ausgesprochen hat. Zumindest jedoch sollte die Möglichkeit geschaffen werden, die unterlassene Versicherung oder falsche Versicherung rechtzeitig zu berichtigen oder zeitnah nachzuholen. In dogmatischer Hinsicht zeigt sich, dass hinsichtlich des Rechtsguts, des Beginns der Strafbarkeit und des subjektiven Tatbestands große Unklarheiten bestehen, deren Klärung nicht allein der Rechtsprechung überlassen werden sollte. Gerade im subjektiven Tatbestand sollten zumindest diese Unklarheiten durch Änderungen im Tatbestand ausgeräumt werden.

Im Einzelnen:

I. Dogmatische Fragen

Der Entwurf des § 331 Abs. 1 Nr. 3a beinhaltet zunächst einige dogmatische Unklarheiten. Diese sollten durch Änderungen im Tatbestand oder im Wege einer ausführlicheren Gesetzesbegründung ausgeräumt werden.

1. Der Bilanzeid schützt entweder kein anderes Rechtsgut als bestehende Vorschriften oder soll zu einer vergleichbaren strafrechtlichen Haftung wie des

⁵ Roland Hefendehl, „Enron, Worldcom und die Folgen: Das Wirtschaftsstrafrecht zwischen kriminalpolitischen Erwartungen und die dogmatischen Erfordernissen“, in: JZ 2004, S. 18-23, 21 mit Nachw. – Zur Wirksamkeit von Strafe auf dem Gebiet der Wirtschaftskriminalität s. auch ders., „Kriminalitätstheorien und empirisch nachweisbare Funktionen der Strafe: Argumente für oder wider die Etablierung einer Unternehmensstrafbarkeit?“ In: MschrKrim 86 (2003), 27–43.

⁶ Bericht der hochrangigen Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa vom 04. November 2002, S. 74 ff., abrufbar über http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_de.pdf.

Wirtschaftsprüfers für die Erteilung eines „*inhaltlich unrichtigen Bestätigungsvermerks*“ führen.

Die bereits in § 331 Nr. 1–2 HGB geregelte Bilanzfälschung und Bilanzverschleierung⁷ schützen die Öffentlichkeit vor fehlerhaften Finanzberichten über die Finanzverhältnisse der Kapitalgesellschaft von Mitgliedern des vertretungsberechtigten Organs oder des Aufsichtsrats. Rechtsgut ist das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Richtigkeit und Vollständigkeit der Bilanzberichterstattung⁸. Der Bilanzeid soll ebenfalls sicherstellen, so der Entwurf, „dass die beim Emittenten verantwortlichen Personen die Verhältnisse des Unternehmens in den Finanzberichten richtig darstellen“ (Begründung des Regierungsentwurfs, S. 64). Dies allerdings wäre bereits durch § 331 Nr. 1–2 HGB umfassend geschützt, womit sich die Frage stellt, ob der Bilanzeid einen gegenüber diesen beiden Strafvorschriften eigenständigen Regelungsgehalt haben soll. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll mit dem Bilanzeid dazu beigetragen werden, „*der Forderung nach einer Verschärfung der Strafvorschriften im Kapitalmarktbereich als Reaktion auf die verschiedenen Finanzskandale der letzten Jahre (...) nachzukommen.*“ (Begründung des Regierungsentwurfs, S. 132) Die geforderte *Verschärfung* könnte sich nun so ausdrücken, dass es beim Bilanzeid nicht primär um die *objektive* Richtigkeit des Abschlussergebnisses geht – so die Nummern 1 bis 2 – sondern um die *subjektive* Übereinstimmung des Bilanzrides mit den Ergebnissen der Prüfung durch den jeweiligen Verantwortlichen. Eine vergleichbare Regelung findet sich in § 332 I HGB, der die strafrechtliche Haftung des Wirtschaftsprüfers für die Erteilung eines „*inhaltlich unrichtigen Bestätigungsvermerks*“ regelt.⁹ Rechtsgut wäre damit nicht das Vertrauen in die Richtigkeit der Bilanzberichterstattung, sondern das Vertrauen in die „Ehrlichkeit“¹⁰ des jeweiligen Verantwortlichen.

2. § 331 Nr. 3a HGB pönalisiert zwei Tathandlungen: die Nicht-Abgabe (Alt. 1) und die nicht richtige Abgabe (Alt. 2) einer Versicherung im Sinne der Vorschriften zur Berichtserstellung.

a) Die Strafbarkeit für die Nicht-Abgabe des Bilanzrides ist völlig überzogen.

Die erst im Regierungsentwurf hinzugekommene erste Alternative von § 331 Nr. 3a HGB stellt die Nichtabgabe des Bilanzrides unter Strafe. Bei den Eides-

⁷ Übersicht bei *Südbeck*, § 331 HGB, in: Park (Hrsg.), Kapitalmarkt-Strafrecht: Handkommentar, 2004, S. 466–486; *Ransiek*, Bilanzdelikte, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2004, S. 583–610.

⁸ *Quedenfeld*, in: MünchKomm-HGB, 2001, § 331 Rdn. 1; *Dannecker*, in: Staub, HGB, 4. Aufl. 2002, § 331 Rdn. 3; anders *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 2004, Rdn. 362: „Vermögen“.

⁹ Vgl. *Dannecker*, (o. Fußn. 8), Vor 331 Rdn. 53 u. § 332 Rdn. 5 f.

¹⁰ Für § 332 HGB s. *Spatscheck/Wulf*, Straftatbestände der Bilanzfälschung nach dem HGB – ein Überblick, in: DStR 2003, S. 173–180 (178).

delikten existiert dagegen keine vergleichbare Strafbarkeit etwa für die „Eidesverweigerung“. Der vor Gericht den Eid oder die eidesgleiche Bekräftigung verweigernde Zeuge bleibt wegen der „Eidesverweigerung“ als solcher straf-frei. Die Abgabe z.B. eines Eides vor Gericht kann gleichwohl durch Ord-nungsmittel erzwungen werden. Auch hier wäre etwa die Festsetzung von Zwangsgeld, wie in § 335 HGB vollkommen ausreichend.

b) Bei der nicht richtigen Abgabe ergeben sich Unsicherheiten im Tatbestand.

Die zweite Alternative des § 331 Nr. 3a HGB regelt die „nicht richtige“ Abga-be eines Bilanzoides, d.h. die Abgabe einer unrichtigen Versicherung. Die Un-richtigkeit der Versicherung bzw. Umfang und Grenzen der (Bi-lanz-)wahrheitspflicht dürften sich in Anlehnung an die Tatbestände der Bi-lanzfälschung und -verschleierung in Abstimmung mit den Grundsätzen ord-nungsgemäßer Buchführung und den Vorschriften des Bilanzrechts ergeben.¹¹ Unrichtigkeit dürfte beispielsweise für den Fall des Lageberichts dann gege-ben sein, wenn der Finanzbericht kein den „tatsächlichen Verhältnissen ent-sprechendes Bild vermittelt“ und nicht „die wesentlichen Chancen und Risi-ken“¹² beschrieben sind (vgl. § 289 Abs. 1 Alt. 1 HGB). Entscheidend ist damit die objektive Unrichtigkeit des Finanzberichts. Soll es hier allerdings nicht primär um die Richtigkeit des Abschlussergebnisses gehen, sondern um die Übereinstimmung des Bilanzoides mit den Ergebnissen der Prüfung durch den jeweiligen Vorstand¹³, ist fraglich, ob der Bilanzoid auch falsch sein kann, wenn der Finanzbericht „richtig“ ist. Dies wäre z.B. der Fall, wenn schon ge-ringe Fehler eine Strafbarkeit wegen Bilanzoides begründen würden, während der Finanzbericht nach allgemeiner Meinung nur bei erheblichen Unrichtig-keiten falsch ist¹⁴. Allerdings wird man auch für den Bilanzoid erhebliche Un-richtigkeiten verlangen müssen, um das Kriminalunrecht von einem Ord-nungswidrigkeitenverstoß nach § 334 HGB abzugrenzen. § 334 HGB blieb im übrigen durch den Entwurf unverändert und regelt Bußgeldtatbestände auch für Verstöße gegen Vorschriften des neuen Bilanzoides, z.B. Verstöße gegen „Form oder Inhalt“ von § 264 Abs. 2 HGB oder „Inhalt“ von § 289 Abs. 1 HGB (vgl. § 334 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 3 HGB).

¹¹ Vgl. §§ 252 ff. HGB; dazu *Quedenfeld*, (o. Fußn. 8), § 331 Rdn. 34. Zur Abhängig-keit des Strafrechts von bilanzrechtlichen Vorentscheidungen s. *Ransiek*, (o. Fußn. 7), Rdn. 6 ff.

¹² Zur Problematik s. o. S. 10.

¹³ S. o. S. 13.

¹⁴ Für § 331 Nr. 1 HGB s. *Quedenfeld*, (o. Fußn. 8), § 331 Rdn. 41 f.

3. Vollendung und Beendigung der Tat

Grenze der Strafbarkeit ist die Vollendung der Tat. Insbesondere bei der Unterlassensvariante des Bilanzzeiches sind Vollendung und Beendigung nach der geplanten Regelung schwierig zu bestimmen.

Im Wortlaut des § 264 Abs. 2 HGB heißt es: „Die gesetzlichen Vertreter einer Kapitalgesellschaft (...) haben bei der Unterzeichnung schriftlich zu versichern (...).“ Hiermit dürfte die Unterzeichnung des Jahresabschlusses gemeint sein, da in § 264 Abs. 2 HGB dessen Grundsätze zur Aufstellung geregelt sind. Der Zeitpunkt der Vollendung der Pflichtverletzung durch Unterlassen wäre danach die Unterzeichnung des Jahresabschlusses. Diese Lesart wäre jedoch zu streng, da zu diesem Zeitpunkt noch keine Veröffentlichung ergangen und somit auch kein Vertrauen enttäuscht worden ist. Hinzu kommt, dass der Bilanzzeit in § 289 Abs. 1 HGB (Lagebericht) und § 315 Abs. 1 HGB (Konzernlagebericht) ohnehin nicht an eine Unterzeichnung geknüpft ist. Statt dessen sollte auf die handelsrechtliche Offenlegung abgestellt werden, auf deren Vorrang § 37v Abs. 2 Nr. 3 WpHG verweist¹⁵. Der Beginn der Unterlassensstrafbarkeit wegen „Eidesverweigerung“ wäre danach die Einreichung zum Handelsregister, die der Bekanntmachung im Bundesanzeiger zeitlich vorgeht, vgl. § 325 Abs. 1 Satz 2 HGB. Das sollte im Tatbestand zum Ausdruck kommen.

4. Subjektiver Tatbestand

Für den Bilanzzeit sollte nur eine Versicherung „wider besseres Wissen“ strafbar sein.

Anders als die Richtlinie, die davon spricht, dass die Versicherung sich am Maßstab des „Wissens“¹⁶ der verantwortlichen Personen bzw. nach deren „bestem Wissen“¹⁷ orientiere, verzichtet der Regierungsentwurf auf eine tatbestandliche Konkretisierung der subjektiven Voraussetzungen. Nach § 15 StGB wäre danach (Eventual-)Vorsatz erforderlich und auch ausreichend. Allerdings wird der Verzicht seitens der Regierungsentwurf auf eine Umsetzung eines „Wissensvorbehalts“ mit dem Argument begründet, dass der Bilanzzeit eine „wissentliche Begehung“ voraussetze (Begründung des Regierungsentwurfs, S. 130). Da es im Strafrecht bei einigen Delikten die Vorsatzform der „Wissentlichkeit“ (dolus directus 2. Grades¹⁸) gibt, die durch den Ausdruck

¹⁵ Zur kriminalpolitischen Notwendigkeit der Möglichkeit, einen „Bilanzzeit“ zu berichtigen oder nachzuholen, s. unten S. 17.

¹⁶ Art. 4 Abs. 2 c TRL bzgl. Jahresfinanzbericht.

¹⁷ Art. 5 Abs. 2 c TRL bzgl. Halbjahresfinanzbericht. Vorgesehen sind hier lediglich Bußgeldvorschriften für die Nicht-Abgabe oder nicht rechtzeitige Abgabe des gesamten Halbjahresfinanzberichts (vgl. § 39 Abs. 2 Nr. 19 WpHG-E).

¹⁸ Hierzu nur *Lackner/Kühl*, StGB, Kommentar, 25. Aufl. 2004, § 15 Rdn. 21.

„wider besseres Wissen“ angezeigt wird¹⁹, stellt sich die Frage, ob der in der Wissensvorbehalt technisch als *dolus directus* 2. Grades zu verstehen ist oder ob es sich hier nur um einen strafrechtlich ungenauen Sprachgebrauch handelt.²⁰ Es sollte auf jeden Fall nur positives Wissen strafbar sein. Zum einen würde dadurch dem eigenständigen Rechtsgut des Bilanzzeides – dem Vertrauen in die (subjektive) „Ehrlichkeit“ der Bilanzverantwortlichen – Rechnung getragen werden. Zum anderen könnten dadurch Schärfen des Bilanzzeides aufgefangen werden, die sich aus der schwierigen Abgrenzung von Eventualvorsatz zur bewussten Fahrlässigkeit ergeben. Da die Gerichte auf vorsätzliches Handeln nur aus Indizien schließen können, könnte das ihren Blick auf möglicherweise unterlassene Kontrollmaßnahmen durch die Vorstandsmitglieder lenken. So könnten die Unternehmen über diesen Umweg unter Druck geraten, letztlich solch umfassende und kostenintensive Kontrollsysteme einzuführen, wie sie in der viel kritisierten Vorschrift 404 des Sarbanes-Oxley Act vorgesehen sind. Als Warnsignal muss gelten, dass 20 % der US-börsennotierten Unternehmen darüber nachdenken, die Börse zu verlassen.

Um diese erheblichen Unsicherheiten zu vermeiden, sollte der Wissensvorbehalt im Tatbestand durch die Formulierung „wider besseres Wissen“ zum Ausdruck kommen.

II. Kriminalpolitische Bedenken gegen den Bilanzzeit

Über dogmatische Fragen hinaus begegnet der Bilanzzeit kriminalpolitischen Bedenken²¹. Es kann angezweifelt werden, inwieweit dem Bilanzzeit eine eigenständige Bedeutung gegenüber den bereits bestehenden Bilanzdelikten der Bilanzfälschung und Bilanzverschleierung zukommt. Bei der Begehensvariante erlangt der Bilanzzeit dadurch eine eigenständige Bedeutung, indem er zusätzlich zur objektiv unrichtigen Finanzberichterstattung (§ 331 Nr. 1–2 HGB) die subjektiv unrichtige Finanzberichterstattung pönalisiert. Da es sich bei den Normadressaten des Bilanzzeides nicht um Angehörige eines Berufszweiges mit besonderen Berufspflichten handelt, wie es beispielsweise beim § 332 HGB und dem Wirtschaftsprüfer der Fall ist, stellt sich die Frage nach der Legitimität einer verschärften Verantwortlichkeit auch für subjektiv unrichtige Finanzberichterstattung. Einen eigenen Regelungsbereich erlangt der Bilanzzeit auch im Bereich der Unterlassensstrafbarkeit. Auch hier ist nicht ersicht-

¹⁹ Z.B. § 145d StGB, § 164 StGB, § 187 StGB, § 278 StGB. „Wider besseres Wissen“ bedeutet nach der h.L. sichere Kenntnis, womit Eventualvorsatz ausgeschlossen ist. S. nur *Lackner/Kühl*, (o. FuBn. 18), § 145d Rdn. 9; § 164 Rdn. 8; § 187 Rdn. 1 und allg. § 15 Rdn. 21; anders *Puppe*, die für eine deliktsspezifische Auslegung eintritt (NK-StGB-*Puppe*, 2. Aufl. 2005, § 15 Rdn. 112 f.).

²⁰ Zur Abgrenzung s. allg. *Lackner/Kühl*, (o. FuBn. 18), § 15 Rdn. 23 ff.

²¹ Vgl. Bericht v. 04. November 2002, S. 71 ff., abrufbar über http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_de.pdf

lich, warum der Verstoß gegen die Verpflichtung zur Abgabe eines Bilanzzeids strafwürdiges Unrecht darstellen soll.

Nach der derzeitigen Regelung dürfte sich das Vorstandsmitglied, das sich weigert den Bilanzzeit abzugeben, weil es die Bilanz für falsch hält, strafbar machen. Weiterhin ist zweifelhaft, dass es für den Täter keinen Anreiz gibt, die unterlassene Versicherung oder falsche Versicherung zu berichtigen oder nachzuholen, obwohl doch gerade dadurch das Vertrauen in die Bilanzerstellung wiederhergestellt werden könnte. Wer eine unterlassene Versicherung oder falsche Versicherung berichtigt oder zeitnah nachholt²², für den besteht kein Präventions- und Vergeltungsbedürfnis mehr durch Strafe: Die Gesetzmäßigkeit der Bilanzerstellung wird wiederhergestellt, die Rechtsgemeinschaft wird in ihrem Vertrauen auf die Bilanzverantwortlichen positiv bestätigt, und der Täter wird schließlich für seine Rückkehr in die Legalität prämiert.

²² Wie dies etwa bei der eidesstattlichen Versicherung (§ 158 StGB) oder in Fällen der tätigen Reue (z.B. §§ 306e Abs. , 314a Abs. 3 StGB) oder der strafbefreienden Selbstanzeige (z.B. § 371 AO) der Fall ist; ähnlich *Ransiek*, (o. Fußn. 7), Rdn. 51 (§ 331 Nr. 1 HGB).